



**APUNTES DE LA MATERIA G3191421 - FORMAS
ESPECÍFICAS DE CRIMINALIDAD III**

CURSO ACADÉMICO 2023/2024

4º GRADO DE CRIMINOLOGIA

**Inma Valeije Álvarez
Área de Derecho Penal
Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa
Facultad de Derecho
Universidad de Santiago de Compostela**

DATOS DESCRIPTIVOS DE LA MATERIA (G3191421) FORMAS ESPECÍFICAS DE LA CRIMINALIDAD III.

Titulación: Grado en Criminología de la Universidad de Santiago de Compostela

Nombre: Formas Específicas de Criminalidad III (Código G3191421)

Carácter: Obligatoria

Curso y convocatoria: Cuarto. Primer semestre

Créditos: 4.5 ECTS

Departamento: Derecho Público Especial y de la Empresa.

Área de conocimiento: Derecho Penal

Objetivo general y objetivos específicos (resultados del aprendizaje).

El objetivo general de la asignatura es la obtención por el estudiante de un conocimiento especializado en la diversidad de la fenomenología delictiva más representativa. Se pretende, por un lado, fortalecer el conocimiento en el análisis y en la investigación criminológica de los diferentes modos en los que cursa el delito y, por otro, motivar la capacidad crítica de los y las estudiantes teniendo en consideración las diferentes explicaciones teóricas sobre la etiología del crimen. Cada lección irá precedida de un análisis de las causas explicativas de cada tipo de criminalidad, de las respuestas preventivas y sancionadoras ofrecidas desde las diversas instituciones y los actores y agentes implicados en su prevención o represión. Igualmente, el estudio de las diversas tipologías criminales irá precedida por una consideración de los datos empíricos de su frecuencia e incidencia en la sociedad, así como de los posibles patrones de comportamiento de los autores de las diferentes formas de criminalidad y de los potenciales factores de riesgo que pueden propiciar su comisión.

Este objetivo general se desgrana en cinco objetivos específicos:

1. Fortalecer el conocimiento en el análisis y en la investigación criminológica de los diferentes modos en los que cursa el delito y motivar la capacidad crítica del estudiantado teniendo en consideración las diferentes explicaciones teóricas sobre la etiología del crimen.
2. Conocer los conceptos básicos y fundamentales de las formas específicas del delito y sus relaciones epistemológicas con otras disciplinas.
3. Promover una visión integradora de las formas específicas de delincuencia, a nivel teórico y práctico.
4. Conocer los procesos de interacción entre miembros de diferentes formas específicas de delincuencia.

5. Saber reconocer diferentes perfiles de delincuencia específicos.

5. Comprender la nocividad social del comportamiento y funcionamiento de estas formas específicas de delincuencia.

Y los resultados del aprendizaje, vinculados a los conocimientos y habilidades a adquirir en la materia y concebidos como esenciales en la superación de la asignatura y en la futura vida profesional ligada a esta área de conocimiento:

- a)** Conocimiento por parte del estudiantado de los conceptos fundamentales de la Criminología y de las diversas líneas de investigación.
- b)** Adquisición de los métodos y técnicas de investigación necesarias para la práctica criminológica.
- c)** Incentivar al alumnado para una comprensión global e interdisciplinar sobre el fenómeno delictivo, superando una visión parcial y simplista.
- d)** Propiciar la reflexión sobre los factores y las causas que propician la aparición de los fenómenos criminales, diseñando estrategias innovadoras sobre modelos de prevención estructural e individual.
- e)** Fomentar una actitud crítica en la respuesta social al problema del delito desde una perspectiva interdisciplinar en donde a la Criminología le corresponde el momento explicativo empírico, el decisional a la Política Criminal y el instrumental al Derecho Penal y Procesal.

ÍNDICE

TEMA 1: SUBCULTURAS _____ **4**

- 1. Origen y delimitación del concepto de «subcultura».**
- 2. Principales enfoques «subculturales».**
- 3. Crítica al componente clasista de las teorías subculturales.**
- 4. Concepto de bandas juveniles.**
- 5. Tipos, características e ideología de bandas juveniles.**
- 6. Bandas y Tribus urbanas en España.**
- 7. La construcción mediática de las bandas latinas.**
- 8. Tratamiento legal de los “Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil”.**
 - 8.1 La Ley 19/2007, de 11 de Julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.**
 - 8.2 Tratamiento policial y los programas de prevención y control de bandas.**
 - 8.3 Tratamiento penal: Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales.**

TEMA 2: CRIMEN ORGANIZADO _____ **32**

- 1. Introducción al Crimen organizado y sus consecuencias jurídico penales.**
- 2. Preocupación político criminal por la criminalidad organizada y factores de expansión.**
- 3. Delimitación conceptual de crimen organizado.**
- 4. Principales indicadores del Crimen organizado.**
- 5. Diferencias entre la criminalidad organizada y otras agrupaciones de tipo criminal: bandas juveniles, organización terrorista y criminalidad de empresa.**
- 6. Impacto social y político.**
- 7. La medición del crimen organizado: enfoques directos e indirectos. Áreas de actuación y principales mercados ilícitos y rutas internacionales.**

8. Aspectos penales e procesales del crimen organizado.
9. Principales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada: el comiso de las ganancias y la Oficina de recuperación y Gestión de Activos (ORGA).

TEMA 3: CRIMINALIDAD DEL TRÁFICO_____ 74

1. Introducción a la Criminología Vial.
2. Aspectos criminológicos de la delincuencia en el campo de la seguridad vial.
3. Perfil Criminológico del delincuente vial.
4. Delitos contra la seguridad vial en el Código penal español.
5. Consecuencias jurídicas de los delitos contra la seguridad vial.
6. Informes criminológicos para evaluar el riesgo de un infractor vial en la vía judicial.

TEMA 4: CRIMINALIDAD DEL MEDIO AMBIENTE_____ 114

1. Criminología verde: teorías y tipologías de daños y víctimas.
2. Principales campos de estudio de la Criminología verde.
3. Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas de 2011.
4. Política medioambiental comunitaria para la protección del medio ambiente y la biodiversidad.
5. Delitos contra la flora y fauna.
6. Delitos contra animales.
7. Delitos de incendio.
8. Nuevas perspectivas infractoras en medio ambiente: la técnica del *greenwashing* y sus efectos.

- 1. El ciber espacio como un nuevo ámbito de oportunidad criminal**
- 2. Perfil de los delincuentes cibernéticos.**
- 3. Fenomenologías de los ataques de la ciberdelincuencia.**
- 4. Factores que explicativos de la cifra negra en materia de cibercriminalidad.**
- 5. Problemas jurídico penales de la ciberdelincuencia.**
- 6. Marco comparado e internacional de la ciberdelincuencia.**
 - 6.1. Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa.**
 - 6.2. Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los Sistemas de información.**
- 7. Tratamiento en el CP de los Delitos Informáticos o Ciberdelitos**
 - 7.1. Delitos contra la intimidad cometidos a través de medios informáticos;**
 - 7.2. Delitos contra el patrimonio;**
 - 7.3. Delitos de daños informáticos: daños y sabotajes (cracking).**
- 8. Actores institucionales.**



TEMA 1: SUBCULTURAS

Formas Específicas de Criminalidad III
4º Curso del Grado de Criminología USC.

Año académico 2023/2024

· Inma.valeije@usc.es

Sumario:

1. **Origen y delimitación del concepto de «subcultura».**
2. **Principales enfoques «subculturales».**
3. **Crítica al componente clasista de las teorías subculturales.**
4. **Concepto de bandas juveniles.**
5. **Tipos, características e ideología de bandas juveniles.**
6. **Bandas y Tribus urbanas en España.**
7. **La construcción mediática de las bandas latinas.**
8. **Tratamiento legal de los “Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil”.**
 - 8.1 **La Ley 19/2007, de 11 de Julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.**
 - 8.2 **Tratamiento policial y los programas de prevención y control de bandas.**
 - 8.3 **Tratamiento penal: Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales.**

1. Origen y delimitación del concepto de «subcultura»

El concepto de «subcultura» se utiliza por primera vez en la Sociología por A. M. LEE¹. Su posterior recepción por la Sociología Criminal se debió, sin duda, al hecho de que los estudiosos de la delincuencia juvenil durante los años cincuenta vieron en el mismo un instrumento útil para analizar y describir una de sus características más llamativas: la tendencia de los jóvenes y adolescentes a organizarse en bandas. Las investigaciones de los penitenciaristas sobre el mundo de las prisiones (subculturas carcelarias) propiciaron, también, el éxito de este concepto hasta entonces infrautilizado por las teorías de la anomia y la Escuela de Chicago².

Como veremos a continuación, a las teorías subculturales no les interesa tanto la estructura interna de las «bandas», como el origen de éstas, estrechamente ligado al problema de la estratificación social. Para los partidarios de las teorías subculturales, el delito no es consecuencia de la desorganización social, de la carencia o vacío normativo, sino de una organización social distinta, de unos códigos de valores propios o ambivalentes respecto a los de la sociedad oficial: de los valores de cada subcultura

Estas teorías subculturales surgen, en la década de los años cincuenta, como respuesta, tal vez, a la problemática que planteaban, sobre todo en los Estados Unidos, determinadas minorías marginales: minorías étnicas, políticas, raciales, culturales, etc., especialmente activas.³ Aunque tales teorías pretenden circunscribirse de modo muy particular, a vincular la delincuencia «juvenil» con bandas y pandillas, con la obra de ALBERT COHEN se convierten en una explicación generalizadora de la conducta desviada, llegando a adquirir un papel predominante en las teorías de la criminalidad de la Sociología Criminal norteamericana.

Las teorías subculturales aportan tres ideas fundamentales: el carácter pluralista y atomizado del orden social, la cobertura normativa de la conducta desviada y la semejanza estructural, en su génesis, del comportamiento regular y el irregular.

El concepto de subcultura presupone la existencia de una sociedad plural, con diversos sistemas de valores divergentes en torno a los cuales se organizan otros tantos grupos desviados. Obliga, además, a examinar dichas minorías y sus códigos axiológicos «desde dentro», desde la óptica de los propios subgrupos. Y, lo que es más importante: a comprender

¹ MACLUNG LEE, A.: “Niveles de cultura como niveles de generalización social”. Revista de sociología estadounidense., vol. 10, núm. 4, págs. 485-495.

² Este epígrafe sigue a GARCÍA PABLOS, A.: Criminología: Una Introducción a sus Fundamentos Teóricos 8ª Edición 2016, págs. 473-486. Vid. también del mismo autor, Tratado de Criminología (5ª ed.), Tirant Lo Blanch. Valencia 2014, págs. 1165 y ss. MENDOZA CALDERÓN, S./MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: Teorías de la criminalidad. Tirant Lo Blanch. Valencia 2013. Págs. 99-107. Más recientemente, MENDOZA CALDERÓN, S.: Criminalidad juvenil en la era digital. Tirant Lo Blanch. Valencia 2022, pág. 42.

³ Vid sobre la represión de los Pachucos <https://www.bbc.com/mundo/noticias-48468711>; Sobre los movimientos Mods y los Rokers en Reino Unido, vid. <https://lcallevistealamoda.com/2021/08/25/we-are-the-mods-estilo-y-estetica-de-la-subcultura-de-los-jovenes-de-los-60/>

Y sobre lo mal que se llevaban unos y otros: <https://archivoshistoria.com/brighton-64-rockers-y-mods/>

el crimen como opción colectiva, como opción de grupo, con un particular simbolismo o significado. Así, en el caso concreto de la delincuencia «juvenil», como decisión de rebeldía hacia los valores oficiales de las clases medias, por oposición a la actitud racional y utilitaria propia del mundo de los adultos.

Por otra parte, a las teorías subculturales, como ya hemos adelantado, no les interesa tanto la estructura interna de las «bandas» y «organizaciones» (objetivo prioritario de las teorías «ecológicas»), sino el «origen» de aquéllas, cuestión estrechamente ligada al problema de la estratificación social. No en vano representan un «enfoque de clase social», que supera y matiza el análisis puramente ecológico o ambiental. Para los modelos subculturales no son ciertas áreas deterioradas (desorganización social) las que generan la criminalidad de las bajas clases sociales que habitan las mismas, sino todo lo contrario: las subculturas criminales son un producto del limitado acceso de las clases sociales deprimidas a los objetivos y metas culturales de las clases medias, operando como instrumento para que aquéllas obtengan sus formas de éxito alternativas o sucedáneos gratificantes en guetos restringidos. Dicho de otro modo: el delito no es consecuencia de la desorganización social, de la carencia o vacío normativo, sino de una organización social distinta, de unos códigos de valores propios o ambivalentes respecto de los de la sociedad oficial: de los valores de cada subcultura.

Ahora bien, el concepto de «subcultura» dista mucho de ser pacífico. Algunos autores lo utilizan como sinónimo de «subsociedad», pero otros lo hacen para designar la mera «diferenciación de roles» o, incluso, en la bien distinta acepción de «contracultura».

A la subcultura corresponderían las siguientes características, según la opinión mayoritaria:

- a) La subcultura es un grupo de rasgos diferenciales respecto a la sociedad oficial porque institucionaliza particulares formas de ver el mundo o *cosmovisiones*.
- b) Su código axiológico o sistema de valores cuenta con una cierta autonomía, si bien no llega a independizarse por completo de la cultura dominante.
- c) La subcultura tiene también una organización interna que regula las relaciones de sus miembros. Estructuralmente se aprecia en la misma un grado de cohesión y un entramado de relaciones similar al que pueda existir en la sociedad convencional.
- d) Las subculturas surgen en un modelo de sociedad plural y heterogénea. El proceso de interacción con otras personas que padecen semejantes problemas de adaptación social genera un sentimiento de solidaridad de grupo y determinados estándares comunes en la subcultura aporta así a sus miembros el estatus que les niega la sociedad mayoritaria. Es, por ello, un mecanismo sustitutivo de participación social, una «mini sociedad» de recambio para ciertas minorías que gracias a una infraestructura organizativa y singular cuadro de valores obtienen de su integración en la subcultura el necesario sentimiento de pertenencia e identidad, de camaradería y estima. Por otra parte, la subcultura prepara al joven para una carrera criminal de adulto, razón por la que todas estas teorías relacionan estrechamente la adolescencia de los delincuentes de clases bajas, las bandas y subculturas y las carreras delictivas.

2. Principales enfoques «subculturales»

Según García Pablos los autores más representativos de los enfoques o teorías de la subcultura fueron COHEN y WHYTE, aunque son importantes, también, las posteriores investigaciones de MATZA, BLOCH, CLOWARD, OHLIN, WOLFANG y FERRACUTI, etc.

ALBERT K. COHEN (*Delinquent Boys. The culture of the gangs. New York 1955*) y WHYTE (Street Corner Society) son los promotores de las tesis subculturales. El primero centró su obra en el análisis de la delincuencia juvenil de las clases más desfavorecidas, concluyendo ambos, según se dijo, que las «delinquency areas» o zonas donde se concentra la criminalidad no son ámbitos «desorganizados», carentes de normas y de controles sociales, sino zonas o terrenos en los que están vigentes unas normas distintas de las oficiales, otros valores «en buen estado de funcionamiento».

2.1. ALBERT K. COHEN (*Delinquent Boys*)

ALBERT K. COHEN, director de Orientación del *Indiana State Institution for juvenile delinquents*, trató de verificar por qué se observan tasas de criminalidad desproporcionadamente elevadas en las estadísticas oficiales entre los jóvenes de las *clases bajas* de los barrios pobres (*slum*), concluyendo que el comportamiento delictivo del joven refleja una protesta contra las normas y valores de las clases medias de la cultura norteamericana⁴. En su opinión, la estructura social impide a ese joven el acceso al bienestar por vías legales, por lo que experimenta un conflicto «cultural» o estado de frustración que determina la integración de este en una subcultura enfrentada a la de la sociedad o cultura oficial y que posee un sistema de valores directamente enfrentados a los de aquella.

El modelo explicativo de COHEN persigue un análisis global de la conducta del joven, que pondere todos sus componentes: sociales (estratificación social), culturales (diversos valores de las respectivas clases sociales y problemas de adaptación) y psicológicos (frustración).

El delito, según esto, no es consecuencia del «contagio social», de la «desorganización» (como mantenían las teorías ecológicas), sino expresión de otros sistemas normativos (subculturales) cuyos valores difieren de los mayoritarios, o incluso se contraponen deliberadamente a éstos. La subcultura opera como evasión a la cultura general o como reacción negativa frente a la misma; es una suerte de «cultura de recambio» que ciertas minorías marginadas, pertenecientes a las clases menos favorecidas, crean dentro de la cultura oficial para dar salida a la ansiedad y frustración que padecen al no poder participar, por medios legítimos, de las expectativas que teóricamente a todos ofrece la sociedad. La vía «criminal», es, así considerado, un mecanismo sustitutivo de la ausencia real de vías legítimas para hacer valer las metas culturales ideales que, de hecho, la misma sociedad niega a las clases menos privilegiadas. Un cauce para que las clases proletarias participen, aunque sea por medios ilegítimos, en los valores de las clases medias (éxitos, respetabilidad, poder e influencia, etc.). Según COHEN, sus investigaciones demuestran que tales subculturas criminales (de jóvenes) se caracterizan por ciertas notas: no son utilitarias,

⁴ También KOBRIN en 1951, preocupado por el problema de la delincuencia juvenil de Chicago, observó que en las áreas de más elevadas tasas de criminalidad existía un auténtico dualismo de valores o normas, los de la sociedad «oficial» y los de ciertas minorías. Apartándose de los postulados de los ecologistas de la Escuela de Chicago concluyó que tales «áreas» no se caracterizaban por una ausencia de valores (deterioro, desorganización social), ni siquiera por el predominio o hegemonía de las pautas de conducta delictivas respecto a las de la cultura de la sociedad oficial, sino que en las mismas coexistían ambos códigos axiológicos: el criminal y el convencional. A su juicio, las subculturas criminales se originan en una situación de hostilidad de grupo. Son, en definitiva, una expresión «colectiva» de las adaptaciones del individuo a las necesidades defensivas del «yo». El conflicto cultural generado en esta situación se reflejaría psicológicamente en la interiorización por el delincuente de una actitud valorativa ambivalente, dualista, que acreditaría, por ejemplo, su destructividad agresiva.

poseen una clara intencionalidad (maliciosa, dice), espíritu de grupo y pretenden negar los valores correlativos de la sociedad oficial.

No son «utilitarias», porque predomina en sus comportamientos el «significado» simbólico de los mismos sobre el material o pecuniario: un hurto, por ejemplo, afirma COHEN, cuando es cometido en un contexto subcultural «está lejos de reflexiones como provecho y lucro, es más bien una actividad valorizada que se encuentra estrechamente relacionada como la fama, el valor y la íntima satisfacción».

La intencionalidad que COHEN advierte en los grupos subculturales se aproxima a la «malicia» y consiste en una particular autocomplacencia hacia la provocación y el desafío de los tabúes sociales de la cultura «oficial».

La última característica presenta a las subculturas como rechazo deliberado de los valores correlativos de la clase media, pues no en vano la propia subcultura se autodefine como alternativa, como recambio, como mecanismo de sustitución⁵.

En todo caso, la subcultura criminal es una cultura de «grupo», colectiva, y no una opción individual, privada, en el sentido mertoniano.

En consecuencia, estratificación social, dualismo normativo (valores de las clases medias versus valores de las clases bajas), conflicto y actitud ambivalente del joven de las bajas clases sociales y frustración son los conceptos básicos de la teoría subcultural de COHEN.

Según COHEN cada clase social tiene su particular código de valores. La clase media, pone especial énfasis en la eficiencia y la responsabilidad individual, en la racionalidad, el respeto a la propiedad, la constructividad en el empleo del tiempo libre, en el ahorro y en la postposición del placer, en la movilidad social. Mientras las bajas clases sociales conceden mayor significación a la fuerza física y a la colectividad y menor a la postergación del placer

⁵ Según COHEN, la subcultura criminal se caracteriza por varias notas:

1. Es gratuita (no lucrativa), maliciosa, destructiva. Gratuita, no utilitaria, en el sentido de que los propios hechos criminales no persiguen la obtención de un beneficio económico, sino otros objetivos. «Robar por el placer de robar —dice COHEN— independientemente de consideraciones de ganancia y de provecho, es una actividad a la que se atribuye valor, audacia, prestigio y una profunda satisfacción. En los esfuerzos empleados, en el riesgo que se corre al robar cosas que, con frecuencia, son —más tarde— desechadas, destruidas o regaladas, no hay un cálculo en términos racionales inspirados en un criterio cualquiera de utilidad»
2. Maliciosa, por cuanto la satisfacción deriva precisamente de la disconformidad de los otros.
3. Negativa, destructiva, porque se enorgullece de hacer aquello que es incorrecto según los estándares de las clases medias. Una actitud valorativa ambivalente, cuando menos respecto a las normas de la cultura oficial. Se trata —afirma COHEN— no ya de «un conjunto de reglas y un modelo de vida distintos a las normas de la sociedad adulta respetable o bien indiferente ante ésta o por añadidura en conflicto con la misma. Resultaría admisible definirla, por lo menos, por su polaridad negativa en relación con estas normas. Es decir, la subcultura delincuente toma sus normas de la cultura circundante, pero las invierte. La conducta del delincuente es justa, según los principios estándares que rigen su subcultura, precisamente porque es injusta según las normas de la cultura circundante».
4. Hedonismo inmediato y espíritu de grupo Así, según COHEN, una de las notas de la subcultura criminal es el «hedonismo inmediato» que conduce a sus miembros a una satisfacción urgente («ya mismo») de sus pretensiones, frente a la «postergación del placer» característico de la actitud de las clases medias (Vid. GARCÍA PABLOS, A.: Tratado de Criminología... op. cit. pág. 813 y ss.)

y al ahorro. Los jóvenes pertenecientes a ésta últimas están avocados al conflicto y a la frustración -añade COHEN- porque se hallan en desventaja. De algún modo, participan de ambos sistemas de valores, pues perteneciendo a la clase trabajadora, sus propios padres se sienten atraídos por los modelos de las clases medias, actitud reforzada por el sistema educativo y por el bombardeo institucional que oferta éxito y estima social. Sin embargo, carecen de las adecuadas técnicas de socialización para seguir unos valores —los de las clases medias— que no se acomodan al estatus de estos jóvenes, hándicap insalvable para responder a las demandas de la sociedad. El «conflicto» se produce, argumenta COHEN, cuando dichos jóvenes se identifican con las clases medias y, al propio tiempo, interiorizan los valores de la clase a la que pertenecen. Ubicados en una posición social inferior —y en desventaja— no podrán superar las demandas del grupo al que aspiran padeciendo graves problemas de adaptación.

En resumen, ALBERT COHEN (1955) consideró globalmente adecuada la propuesta de Merton en el sentido de que el conflicto fines-medios fuera el origen principal de las tensiones sociales y la conducta delictiva. Sin embargo, a la vez creyó en exceso restrictiva y racional la idea mertoniana de que la principal fuente de tensión fuera, al menos para el caso de los jóvenes, de cariz utilitario y económico y aunque ocasionalmente los objetivos juveniles serían materiales, la prioridad de los jóvenes sería más bien la mejora del propio estatus y reconocimiento social, especialmente en los propios contextos juveniles de pandillas o grupos de amigos. Así pues, Cohen realzó el papel que en la génesis de la tensión tendría la incapacidad de los jóvenes de la clase baja para lograr un mayor estatus y una aceptación adecuada en la sociedad convencional. Esta privación de estatus conduciría a muchos jóvenes de estos estratos sociales mas desfavorecidos a una *frustración de estatus*. Frente a ello, la subcultura delictiva podría ofrecer a estos sujetos la aprobación y el reconocimiento social (aunque sea marginal o subcultural) que necesitan.

COHEN concluyó que en todas las grandes ciudades existirían “barrios de delincuencia”, en los cuales la cultura de banda constituía una manera de vivir. Las subculturas delictivas aflorarían entre aquellos jóvenes que se sienten ajenos a un sistema social —y particularmente al sistema educativo— que parece existir y funcionar contra ellos. En muchos casos no contarían con las habilidades y las actitudes necesarias para triunfar en una institución que, como la escolar, parece concebida para permitir y favorecer el triunfo de las clases medias y altas. Por ello acabarían reaccionando contra dicho sistema (de ahí el nombre de teoría de la reactancia, como también se la conoce), e integrándose en una subcultura antisocial que exalta un sistema de vida contrario al preconizado por el sistema escolar.

2.2 . La teoría de la «oportunidad diferencial» de CLOWARD y OHLIN

La teoría de la oportunidad diferencial tiene interesantes particularidades respecto al modelo subcultural de COHEN y aporta una descripción más realista y compleja de la delincuencia juvenil urbana.

Para los autores citados no todas las áreas de las clases sociales más desfavorecidas tienen idéntica organización y estabilidad, ni ofrecen las mismas oportunidades a sus miembros. Existe, también, un reparto desigual en el propio barrio o «*slum*» de chances para acceder por vías ilícitas a las metas culturales. CLOWARD y OHLIN consideran que no basta identificar tensiones estructurales y presiones hacia la desviación social, sino que el origen de la conducta desviada depende no de variables como la edad o el sexo sino del tipo de ambiente social en el que tiene lugar. Surge la oportunidad diferencial en el sentido de diferentes grados

de acceso a medios legítimos e ilegítimos de procedencia ecológica. La conducta criminal depende de la efectiva organización social y del mayor o menor número de oportunidades legítimas o ilegítimas que se deparan a los miembros. Si el área ecológica en la que reside el individuo proporciona a este la oportunidad de un éxito a través de actividades relacionadas con el crimen, sin duda hará uso de esos medios. El joven se asociará con otros jóvenes de su entorno y formará una banda.

Frente al concepto unitario de subcultura de COHEN, estos autores distinguen tres tipos de subculturas o respuestas colectivas: la subcultura «criminal» (*criminal gangs*), la subcultura «conflictiva» (*conflict gang*) y la subcultura «evasiva» (*retreatist gang*).

Subcultura criminal: Nace en las estructuras integradas, donde existe una criminalidad adulta estratificada según la edad y con estrechos vínculos con la organización convencional de su entorno. Cumple tres funciones básicas: hace posible que opere el aprendizaje del joven delincuente por los adultos; crea un marco efectivo de oportunidades y articula un mecanismo de control del comportamiento del joven para limitar el empleo de medios ilegales que podrían poner en peligro el propio beneficio de la subcultura.

Subcultura del conflicto: Va ligada a estructuras desorganizadas donde la movilidad social y geográfica es muy elevada y existe una alta tasa de precariedad en todos los componentes de la vida social. Como falta la oportuna integración de los valores convencionales y los delictivos, falta también una estructura estable de oportunidades ilegítimas. En consecuencia, la criminalidad en estas áreas es marcadamente individualista.

Subcultura evasiva: Es un doble fracaso. Agrupa a jóvenes que no han conseguido el éxito codiciado ni siquiera a través de procedimientos ilícitos. El integrante de esta cultura se refugia en la droga, en el alcohol para evadirse.

La estructura y organización de cada subcultura —y la clientela de estas— varía, no sus funciones básicas que son las mismas: hacer posible el aprendizaje del joven, preparando su carrera delictiva futura; crear un marco de oportunidades para que obtenga el éxito por vías alternativas; y articular los adecuados mecanismos de control para limitar el empleo de medios ilegales que pudieran poner en peligro aquél

2. 3 Otra aproximación subcultural que tuvo vigencia en las décadas de los sesenta y los setenta fue la formulada por WALTER B. MILLER. La tesis principal de Miller es que las pandillas de clase baja en realidad reflejan los valores del sistema cultural (subcultural) del que forman parte, que incluye elementos como la “dureza”, la “frialdad”, la “búsqueda de excitación”, y la “falta de control sobre el destino”.

Para MILLER la llamada subcultura criminal no sería sino un subproducto de la cultura de las clases bajas sociales, fiel a los valores y estándares (dureza, astucia, criterio del menor coste y de la ventaja inmediata, etc.) de éstas⁶. De este modo, el comportamiento delictivo de los jóvenes no se explicaría tanto a partir de las barreras sociales que les impiden tener éxito cuanto sobre la base de la existencia de ciertos valores subculturales de los que también forman parte la violencia y la delincuencia⁷.

⁶ De este modo, según Miller, el comportamiento delictivo de los jóvenes no se explicaría tanto a partir de las barreras sociales que les impiden tener éxito cuanto sobre la base de la existencia de ciertos valores subculturales de los que también forman parte la violencia y la delincuencia.

⁷ Un aspecto vinculado a las subculturas es la observación frecuente de que en barrios de concentración subcultural existiría una gran impunidad delictiva, de modo que muy pocos delitos

2.4. En sentido opuesto, MATZA y SYKES estiman que la delincuencia juvenil no trata de expresar los valores propios de una subcultura autónoma, supuestamente enfrentada a las normas convencionales de las clases medias, a los valores homogéneos y uniformes de la sociedad matriz. Antes bien, ven en la misma un conflicto generacional que hace surgir a la superficie valores subterráneos de las propias clases medias. En consecuencia, el joven delincuente no adopta una actitud deliberada de antagonismo o enfrentamiento directo, intencionado o malicioso, respecto a los valores convencionales, sino que, con frecuencia, los comparte. De hecho —dicen los autores— tiene mala conciencia al infringirlos como lo ponen de relieve las llamadas técnicas de neutralización o de autojustificación que aquél pone en marcha para compensar el complejo de culpabilidad. El joven delincuente no es un extraño en el cuerpo social, sino un reflejo o caricatura inquietante de éste. Pertenece a una situación de élite que consume sin producir, contexto propicio para que afloren en el joven valores como el amor por la aventura y el peligro, el desprecio de la monotonía cotidiana, la ostentación y la generosidad en el uso del dinero, la exaltación del riesgo y la aventura, del trabajo fácil, de la agresividad y la violencia, que no difieren en absoluto de la ideología del «*leisure* (ocio)» de las clases medias.

3. Crítica al componente clasista de las teorías subculturales.

Las teorías subculturales surgen en el marco de una Sociología liberal, académica. Sin embargo, pronto el epíteto «subcultural» deviene peyorativo y se aplica a todos los fenómenos minoritarios y marginales. Lógicamente han sido objeto de numerosas críticas, sobre todo cuando pretendieron ofrecer una explicación generalizadora de la criminalidad, extrapolando unas conclusiones válidas, en principio, sólo para determinadas manifestaciones de la delincuencia juvenil en los grandes centros urbanos. Se les objetó, por ejemplo, que no justifican ni la delincuencia que se produce al margen de las correspondientes subculturas ni los comportamientos regulares que también tienen lugar en el seno de aquéllas; que no siempre cabe apreciar en los grupos subculturales la cohesión y consenso en torno a determinados valores, réplica de los oficiales, contra lo que opina COHEN; que, a menudo, carecen de autonomía «normativa» (de valores propios, diferenciados de los mayoritarios), siendo, en puridad, la cultura general la que suministra a las subculturas las pautas de conducta de ésta; o, incluso, que sería más importante examinar los problemas derivados del estatus del individuo en su subcultura que la significación de ésta respecto a la cultura general.

Así, por ejemplo, BLOCH y NIEDERHOFFER, para quienes la criminalidad juvenil tiene una explicación intergeneracional y no de clase: la banda, para estos autores, es un fenómeno

llegan realmente a conocerse y ser perseguidos. Algunos autores han Kirk y Matsuda (2011) han acuñado la expresión “cinismo normativo” para referirse al descreimiento de algunas personas y grupos sociales acerca de la legitimidad de la ley. Según estos autores, en muchos barrios de concentración de minorías de clase baja existiría un alto “cinismo normativo”, que se asociaría a una menor eficacia colectiva en dirección a la prevención del delito y, a la postre, a una menor cooperación para el control de los delitos cometidos, muchos de los cuales quedarían de este modo impunes. En la misma dirección, Slocum, Taylor, Brick y Esbensen (2010) han obtenido que la probabilidad auto informada de denuncia de hechos delictivos se asocia inversamente al nivel de pobreza del barrio en que se vive, pero no de forma aislada, sino en interacción con variables individuales como las actitudes y experiencias de los sujetos en relación con la policía, el delito y sus percepciones de la comunidad.

propio de la juventud de todas las clases sociales, que suple, en las sociedades más desarrolladas, los ritos de transición a la edad adulta de las culturas primitivas.

MANNHEIM, siguiendo un enfoque crítico semejante, mantiene que la subcultura criminal no es un fenómeno privativo de los jóvenes de las clases sociales bajas, sino común a todos los estratos sociales y constatable, además, en ciertos grupos (*occupational or professional groups*), actividades e incluso áreas geográficas delimitadas. Detrás de la minoría juvenil que viola las leyes se halla, según MANNHEIM, un amplio y vasto sector social de la misma clase y de la misma subcultura que directa o indirectamente la apoya y la alienta, como los delincuentes de cuello blanco son respaldados por su subcultura. Por ello, MANNHEIM, considera necesario ampliar el objeto de los estudios subculturales, aplicando este análisis a la criminalidad de los adultos de todas las clases sociales.

En cuanto a las perspectivas de futuro del enfoque subcultural, existe diversidad de opiniones. Un sector doctrinal considera ya agotada la aportación de este, siendo partidario de compensar su inevitable ambigüedad con una apertura a planteamientos psicosociales enriquecedores. Otros estiman que la realidad histórica actual ha modificado sustancialmente el cuadro interpretativo tradicional que circunscribía la delincuencia juvenil subcultural a un sector concreto de la población, las clases sociales más desfavorecidas. En consecuencia, el estudio de las subculturas —y de las contraculturas— trascendería el ámbito de la «lower class», permitiendo la comprensión unitaria de numerosos movimientos de protesta de amplia extracción social y sólo aparentemente heterogéneos.

4. Concepto de bandas juveniles

Se ha dicho que la delincuencia juvenil se caracteriza, sobre todo, por constituir un fenómeno grupal; una empresa, muchas veces espontánea, que se comparte con otros compañeros y amigos. Además, lo más frecuente es que el grupo de menores delincuentes lo sea de carácter eventual, de organización difusa -cuando no decididamente confusa- y de estructura horizontal, es decir, no jerarquizada.

Sin embargo, existen grupos con mayor rigor en su organización, estructurados jerárquicamente y cierta permanencia en el tiempo. Son las denominadas bandas juveniles criminales.

Las bandas que no constituyen un fenómeno nuevo. Como hemos dicho, aparecen como preocupación en los Estados Unidos de Norteamérica como consecuencia de la emigración a las grandes ciudades producida tras la revolución industrial, y que proliferan, sobre todo, a partir de la «década de los años sesenta», ofreciendo las siguientes características: constituyen un grupo organizado, integrado por niños, adolescentes y jóvenes.

El concepto de banda criminal se lo debemos a THRASHER, miembro de la Escuela Ecológica de Chicago. Alrededor de los años 30 del pasado siglo investigó el fenómeno de las bandas criminales juveniles y llegó a la conclusión que existían grupos de menores cohesionados por cierta tradición, estructura interna espontánea, espíritu de cuerpo, solidaridad, conciencia de grupo y afición al terreno local⁸. Dichas bandas eran dirigidas por líderes (aunque no siempre esté presente o sea identificable), circunscripción territorial para operar, e integradas por individuos cuyas funciones estaban bien delimitadas. Su objetivo era,

⁸ HERRERO HERRERO, C.: Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico. Ed. Dykinson. Madrid 2008, págs. 111 y ss. Más reciente, MENDOZA CALDERÓN, S.: Criminalidad juvenil en la era digital, .op. cit. pág. 42.

fundamentalmente, la comisión de delitos contra la propiedad, cometiendo ocasionalmente delitos contra las personas sólo como medio para conseguir su objetivo final.

MILLER por su parte consideró un concepto más flexible de banda, valorando los siguientes elementos: grupo organizado de personas, presencia de un líder (aunque no siempre esté presente o sea identificable), circunscripción territorial para operar, doble dimensión (existencia de un grupo formado por un núcleo permanente u otra serie de miembros accidentales o variables) y fin ilícito específico, siendo aglutinador de la clase de banda.

En Europa ha resultado muy clarificadora la definición del término aportada por la Red Eurogang, según la cual, se entiende por “banda” a todo “grupo duradero y callejero de jóvenes para el que la participación en actividades delictivas es parte integral de la identidad del grupo”⁹.

Por su parte, JUANJO MEDINA en base a la mencionada definición, cifra en cinco los elementos característicos “clave” de las “bandas”:

- Carácter duradero. La banda es perdurable en el tiempo, independientemente del flujo de entradas y salidas de sus miembros¹⁰.
- Carácter “callejero”. Gran parte de las actividades de la banda se desarrollan en espacios “públicos” (calles, centros comerciales, parques, etc.).
- Son grupos “jóvenes”. Sus miembros constituidos fundamentalmente por adolescentes o, como mucho, rozando o en los primeros años de la veintena.
- Actividades “delictivas”. De un marcado carácter antisocial y violento, hasta el punto de que las conductas sean susceptibles de ser calificadas como “delito”.
- Grupo con “identidad” propia, más allá de la individual de cada uno de sus integrantes.

Más recientemente, también se definido a la banda juvenil como un grupo de jóvenes unidos de forma permanente por mutuos intereses con las siguientes características: un nombre y una simbología que haga reconocible a la banda, un líder identificable, un territorio geográfico bajo su control, un lugar de reunión regular, e implicación en actividades delictivas.

1. Sus integrantes están unidos de forma permanente bajo un nombre y una simbología que hacen reconocible a la banda.
2. Tienen un líder identificable.
3. Controlan un determinado territorio y tienen un específico lugar de reunión.
4. Un fin delictivo concreto permite la identificación de la banda: delincuencia común - fundamentalmente patrimonial-, de motivación xenófoba, racista o antisistema.

⁹ Vid. “Red Eurogang” <https://eurogangproject.com/>

¹⁰ MEDINA, J. :Consideraciones criminológicas sobre las Bandas Juveniles. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3, 2010, 3º Época. pág. 409 a 446, pág. 411. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24632>

En cualquier caso, en los últimos años las bandas tradicionales han sufrido significativas transformaciones, lo que ha reduplicado las dificultades de su control:

1. Aparecen ya en comunidades sin tradición de bandas juveniles, constituyendo un fenómeno decididamente expansivo.
2. Están compuestas por jóvenes de diferentes razas o etnias¹¹.
3. Se produce un progresivo incremento de la presencia femenina en las bandas, con el mismo rol que sus colegas masculinos.
4. Se constata una incorporación de muchachos cada vez más jóvenes, situándose la franja de edad entre los 12 y los 24 años y la media en torno a los 17-18.
5. Ofrecen las bandas una mejor organización y más jerarquizada.
6. Además, son menos territoriales que las bandas tradicionales.
7. Finalmente, abordan una mayor diversidad de actividades delictivas, en las que a menudo colaboran con otras bandas, incluso integradas por adultos, lo que incrementa su potencial peligrosidad.

5. Tipos, características e ideología de bandas juveniles.

En la copiosa literatura especializada no faltan intentos de diferenciación de estas bandas juveniles delictivas de otras estructuras semejantes (por ejemplo, de las tribus urbanas o de los llamados grupos urbanos violentos).

Incluso, dentro de la tipología de las bandas, CESAR HERRERO siguiendo la tradicional clasificación de CLOWARD Y OHLIN distingue las siguientes modalidades¹² (leer críticamente):

Bandas criminales: se estructuran mediante un liderazgo bien definido y visible, muy jerarquizado. Se dotan de mandos intermedios, están integradas por un número variable de cinco a quince miembros, con distribución clara de tareas. Asimismo, poseen gran cohesión, utilizan la fuerza en las cosas, la violencia o la intimidación en las personas para lograr sus objetivos. En ocasiones se integrarán dentro del círculo profesional de la delincuencia adultos. Cometan, sobre todo, delitos contra el patrimonio, así como algún tráfico ilícito. Son las que más obedecen al esquema de la banda tradicional, suelen pertenecer a las clases sociales más desfavorecidas. A veces también aparecen bandas delincuentes de menores cuyos miembros pertenecen a las clases medias y medias-altas. Realizan delitos contra el patrimonio, fundamentalmente por diversión o por imitación.

Bandas marginales: grupos de jóvenes atraídos por ideas vinculadas a planteamientos subculturales, con concepciones simplistas, resaltando la dimensión colectiva del ser humano y la necesidad de evadirse del mundo real a través del consumo de sustancias estupefacientes. Sus principios filosóficos no están orientados a la comisión de delitos, pero su forma de vida excesivamente permisiva y anárquica impulsa a la realización de

¹¹ <https://elpais.com/espana/madrid/2021-07-19/de-las-banlieu-a-las-bandas-juveniles-la-delincuencia-que-alimenta-la-desigualdad.html>

¹² HERRERO HERRERO, C.: Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico. .op. cit. págs. 111 y ss.

actividades social y jurídicamente ilícitas. Ej. Hippies, yippies, punks

Bandas conflictivas: se caracterizan por estar inspiradas en ideas o sentimientos que propician el nacimiento del conflicto social. Esgrimen el conflicto social a través de concepciones y, sobre todo, acciones provocadoras para las posiciones intelectuales y conductuales de la gran mayoría. Ej. Defensa de la xenofobia y el racismo. Casi todas se caracterizan por el uso de la violencia física, actúan en un determinado territorio y se identifican por una indumentaria. Su registro delictivo es muy amplio, las hay que llegan al homicidio, lesiones graves y muy graves, estragos, incendios y las hay que apenas rozan infracciones penales leves.

6. Bandas y Tribus urbanas en España

Las primeras subculturas juveniles hacen su aparición en el Estado español en los años ochenta del siglo pasado. Pese a que ya entonces fueron objeto de control policial a través de una **brigada especializada -- llamada de tribus urbanas--**, sus rasgos trasgresores eran básicamente estéticos, musicales y de consumo. Su identificación con la violencia urbana se producirá una década más tarde -en los noventa- cuando empiezan a ser tratados globalmente por los medios de comunicación como factores potenciales de desorden y agitación social, recibiendo una intensa.

Fue en el Senado donde se elabora por primera vez, en 1994, un informe sobre bandas juveniles, donde se da cuenta de la existencia de grupos escasamente organizados, marginales, proclives a cierta forma de violencia no especialmente grave (en los estadios de fútbol con frecuencia), al consumo de drogas y a la delincuencia fundamentalmente patrimonial.

Unos años más tarde, en 1998, la fiscalía general del Estado publicará otro informe sobre violencia urbana callejera donde se da cuenta de la existencia de grupos, algunos de los cuales han ido desapareciendo con el tiempo, que desarrollaron una actividad violenta desigualmente intensa en esa época. Aparte de reiteradas alusiones a "la movida" con perturbaciones y molestias a los vecinos y a actos aislados de vandalismo de fin de semana por parte de pandillas de jóvenes "sin otro móvil ideológico que la incivilidad o el aburrimiento", hay referencias individualizadas a numerosos grupos juveniles: por ejemplo, a los insumisos: haciendo referencia a ciertas manifestaciones grupales con sentadas, encadenamientos y, eventualmente, producción de daños materiales y enfrentamiento con las fuerzas del orden público, que se producían en protesta por el régimen penal en relación con la insumisión a la prestación del servicio militar (en este sentido la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias).

En España, los fenómenos grupales que han alcanzado mayor significación por su relación con la delincuencia juvenil son los siguientes:

Okupas: grupos de jóvenes antisistema de ideología libertaria. Su dinámica consiste en la ocupación de inmuebles vacíos. Desarrollan cierto nivel de conflictividad derivado del enfrentamiento con las fuerzas de seguridad en el momento del desalojo.

Movimiento skinhead: La violencia forma parte de su acervo cultural, es su forma de expresión. En su universo de valores, la violencia es una expresión legítima y real de la individualidad, aunque eso implique que deban saltarse algunas reglas oficiales de la convivencia social.

Grupos Nacionalistas como Jarrai, Haiga o Segui: caracterizados por su nacionalismo contra el Estado Español. Principal protagonista del fenómeno *kale borroka*, responsables de acciones vandálicas en las calles del País Vasco y Navarra. Denominados por las instancias oficiales como terrorismo de baja intensidad. Relacionados con la denominada *kale borroka* o conjunto de algaradas, sabotajes e incidentes. Se producen al finalizar una manifestación o con motivo de alguna detención de presuntos miembros de ETA o entrega de éstos por parte de algún país extranjero. Los objetivos fueron instituciones públicas, organismos como RENFE, Telefónica, sede e partidos, bancos y entidades privadas como oficinas bancarias y seguros (Fiscalía de Vitoria).

Hooligans: hincha o forofo de un equipo deportivo que se distingue por sus comportamientos violentos dentro de los Estadios deportivos. Los encontramos en la mayoría de los clubs de primera y segunda división A, se vinculan a cierta ideología política tanto de extrema derecha como de extrema izquierda. La doctrina coincide en negar la condición de bandas organizadas a estos grupos de forofos violentos, si bien algunos sí cuentan con una estructura organizada como Ultra Sur (Real Madrid), Boisos Nois (FC Barcelona), Frente Atlético (Atlético de Madrid), la mayoría se caracterizan por carecer de una organización definida predominando el estilo de organización asambleario o colaboracionista.

Esos grupos serían conocidos más tarde como tribus urbanas, cuyo rasgo distintivo básico iba a ser la existencia de un estilo de vida propio y una identidad social:

Pertenecer a ellas significa aceptar algunas reglas específicas que los lleva a exhibir una diferencia a la que confían su imagen parcial y global y que les hace salir de su anonimato y adquirir un sentido de identidad ... no sólo a través de la música, estética (ropas y peinados), sino a través de la confrontación entre grupos competidores de gente joven y el culto de la imagen violenta.

Su relación con la violencia era y es hoy muy variable, por más que a menudo hayan sido identificados como grupos urbanos violentos. De las más de treinta clases de tribus contabilizadas sólo algunas de ellas fueron o son consideradas grupos políticos o ideológicamente activos en los que una de sus actividades coordinadas es el comportamiento violento. En su momento había relativo acuerdo en señalar como ejemplos de los primeros a Jarrai, Haika o Segui, protagonistas de la *kale borroka* y de los segundos a los *Skin heads*, y los ultras.

En los demás casos de "jóvenes visibles", el encuentro con la violencia es ocasional y a veces puramente simbólico -como un signo de identidad que se exhibe a través de un determinado lenguaje o de una estética o indumentaria provocativos.

Esos atributos de desorden y antisocialidad que se aparecen adscritos a las tribus urbanas son interpretados, desde la psicología social, como una representación simbólica de su disidencia y su conflicto con la sociedad. Un ingrediente éste que quizás sirva para diferenciarlas de esos otros grupos de calle, que la Fiscalía identificaba como "movida" y que algunos analistas españoles prefieren llamar pandillas, caracterizados por carecer de identidad grupal y cuya violencia es puramente expresiva.

La violencia en esos casos no caracteriza al grupo y no es organizada sino que surge espontáneamente en el contexto de relaciones y actividades sociales de la pandilla, especialmente, en tiempo de ocio y relacionada con el consumo de drogas y alcohol.

Los grupos enumerados más arriba van a ser los primeros actores sociales identificados como conflictivos por su relación con la violencia. Tribus y pandillas serán a partir de entonces, en el Estado español, un símbolo de la desviación juvenil colectiva. Con el nuevo milenio, comenzaron a visibilizarse socialmente otros grupos de jóvenes --caracterizados esta vez como bandas-- cuyos signos de identidad iban a variar en función de la mirada "científica" de los distintos investigadores que se aproximaron a su estudio: desde una visión que resaltaba su relación instrumental con el delito a otras que han primado su carácter étnico o bien ambas cosas a la vez.

Se ha resaltado las organizaciones denominadas como **bandas latinas**. Se trata de un fenómeno organizativo de aparición reciente vinculado al masivo movimiento migratorio desde países latinoamericanos hacia España que comienza a finales de la década de los noventa del siglo pasado. En los primeros años del S. XXI se produce en España un flujo migratorio de cierta entidad como consecuencia de diversos factores: entre ellos, condiciones adversas de carácter político, social y económico en países latinoamericanos que provocan la expulsión o abandono de los mismos de un importante número de personas, unido a una demanda de mano de obra en España y la entrada en vigor de la “Ley 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social”, así como al “endurecimiento” de requisitos para acceder a los EE.UU.

Las primeras noticias que llegaron al respecto se refieren fundamentalmente a los “Latin Kings”, la más influyente y organizada de la época, que inspira al resto de bandas, pero no era la única ya que las noticias señalaban una guerra sin cuartel entre la referida y los “Ñetas”, teniendo como punto de inflexión el asesinato de Ronnie Tapias o el 28 de octubre de 2003 en Barcelona. Este joven colombiano de 17 años fue confundido por los integrantes de los Ñetas con un miembro de los Latin Kings lo que supuso que este fuese agredido mortalmente. Después de este acontecimiento, los medios de comunicación llevaron a cabo una extensa difusión del caso y empezaron a informar sobre la existencia de un flujo masivo de diferentes bandas latinoamericanas en el territorio español y a calificar a estos grupos como “altamente delictivos y violentos”. Las bandas callejeras de origen latinoamericano instaladas en los grandes centros urbanos españoles desde aquel momento se convirtieron en uno de los blancos principales para el despliegue de la persecución policial.

A raíz de ese acontecimiento y en gran medida por la presión de los medios de comunicación, queda constancia de que los grupos de jóvenes inmigrantes adoptan comportamientos antisociales que culminan en la catalogación de los mismos como “bandas latinas”. Aunque no hay consenso en la doctrina a la hora de establecer una definición concreta de “banda latina”, hay cierta unanimidad en torno a algunas cuestiones: por ejemplo, principales “factores de riesgo” de pertenencia a una “banda latina”, que más allá de la existencia de un proceso “migratorio”, pues ha quedado patente que, a lo largo de los años de vigencia del fenómeno de las “bandas latinas” en España, ya son muchos los integrantes de nacionalidad española que encuentran cabida en el grupo por motivos de marginalidad, familias desestructuradas o “desajustes” vitales en el plano personal, tal como la llegada de la adolescencia.

- En este sentido se ha enfatizado el fuerte carácter “socializador” de las “bandas latinas” porque promueven en sus miembros un fuerte sentimiento de “pertenencia a una familia”, con una fuerte cohesión entre sus miembros, que reivindican una adhesión “incondicional” al grupo.

- La mayoría de las bandas responden a unas estructuras y patrones de comportamiento similares. Estos grupos, con una estructura jerárquica, rígida y “piramidal”, si bien se caracterizaban inicialmente por desarrollar (y ensalzar) una simbología propia (tatuajes,

vestimenta y complementos, colores, tradiciones) que le otorgaban identidad propia y separada del resto de bandas, dada la intervención de las FCSE, cada vez más patente, se ha ido relativizando de forma paulatina, de forma que los miembros de las bandas tienden cada vez más a pasar desapercibidos. Cuentan también con un lenguaje corporal (saludos, lemas), sistema de infracciones / castigos y una férrea organización territorial. Este último punto, el territorio, es el elemento que más contribuye a la rivalidad entre bandas.

Aunque estas organizaciones juveniles tienen características y orientaciones muy distintas, según expone MENDOZA CALDERON, la razón de ser de casi todas no estaría relacionada con ejercer la violencia, ni con llevar a cabo actividades criminales, como tampoco están integradas, como ya se ha dicho únicamente por jóvenes latinoamericanos¹³. Por su parte, CARLES FEIXA, enfatiza que en su origen muchas de estas bandas u organizaciones tienen un fuerte componente político y que nacieron para vindicar la identidad latina y la condena de la brutalidad policial¹⁴.

Los grupos con más significación en España serán los Latin Kings, los Ñetas, los Dominicans Don't Play, Trinitarios. Se dice que presentan una serie de características: Estructura fuertemente jerarquizada, Funcionamiento sectario, código de Disciplina. Reglamentos, Código del Silencio, Signos de identidad, Tradición de rezos y rituales, Rituales de iniciación, Financiación. Pago de impuestos y cuotas, Actividades ilícitas. Operan en un territorio. Conexiones transnacionales. Clandestinidad¹⁵.

7. La construcción mediática de las bandas latinas

Los flujos migratorios que recibió España en la primera década del siglo XXI han supuesto el aumento de la población urbana de las principales ciudades españolas. Ello ha contribuido a que grupos de jóvenes de origen latinoamericano, se hayan convertido en una parte inherente del paisaje de muchos centros urbanos de España, lo que no ha pasado desapercibido por la comunidad de acogida. Algunos colectivos de jóvenes inmigrantes han adoptado así llamado “comportamiento antisocial grupal”, lo que ha propiciado que los grupos políticos, las fuerzas de seguridad y sobre todo los *mass media* centren su atención en dichos grupos y los cataloguen como bandas.

A pesar de la existencia de ciertas dificultades para adaptar el uso del concepto de “banda”, propio de la tradición criminológica estadounidense, a la realidad española el uso de la expresión “banda latina” se ha ido extendiendo. Ahora empieza emplearse con connotaciones de carácter exclusivamente criminal, en el sentido de que la desviación colectiva de jóvenes latinoamericanos se presenta en términos de “banda callejera” mientras que la desviación colectiva de jóvenes autóctonos se trata en términos no tan ofensivos con expresiones como “tribu urbana”. De ahí que el valor simbólico de la misma conducta antisocial protagonizada por jóvenes latinoamericanos y por jóvenes autóctonos, así como su peligrosidad percibida, acaben siendo muy diferentes.

¹³ MENDOZA CALDERÓN, S.: Criminalidad juvenil en la era digital...op. cit..pág. 42

¹⁴ FEIXA C./ SCANDROGLIO, B./LÓPEZ MARTÍNEZ. J./ FERRANDIZ, F.: ¿Organización cultural o asociación ilícita? Reyes y reinas latinos entre Madrid y Barcelona. Papers, 2011, 96/1 145-163.

Los medios de comunicación, que últimamente han adquirido un papel destacado en la configuración de la visión de la problemática criminal en España, desde el inicio de la aparición de las pandillas latinoamericanas empezaron vincular las actividades de las bandas callejeras con una extensa adopción de modelos de comportamiento delictivo por parte de sus integrantes. En consonancia con esa perspectiva se estima que las bandas callejeras compuestas por jóvenes latinoamericanos son grupos altamente delictivos y violentos.

Según numerosos artículos de prensa estatal y autonómica o local, así como de acuerdo con algunos estudios periodísticos, documentales, informativos etc. Que las bandas callejeras formadas por jóvenes de origen latinoamericano representan un verdadero peligro para la seguridad y la paz pública. Además, a los pandilleros se les adscribe la participación en numerosos delitos de los que estos realmente no han sido protagonistas, lo que no ha tardado en engendrar un auténtico pánico moral¹⁶. Por su parte los grupos políticos y los representantes de los centros de poder hacen hincapié en la notoria presencia de bandas latinas en las grandes ciudades españolas y sobre sus actividades delictivas¹⁷.

De ahí también que no falten responsables políticos que hayan manifestado la necesidad de endurecer la presión con respecto a las bandas latinoamericanas, optando por defender un mayor uso de deportaciones.

En los últimos años en España las agencias estatales de control penal, con frecuencia a través de la implementación de sus políticas criminales en el ámbito de la lucha contra la criminalidad, vienen realizando un ejercicio de “construcción del enemigo público”. Y también las fuerzas de seguridad han incrementado el uso de diferentes herramientas mediáticas tales como: las ruedas de prensa, los comunicados policiales, las comparecencias en el Parlamento o las simples entrevistas con los así llamados expertos en materia criminal donde los agentes de policía y de la fiscalía transmiten aquella información con respecto al estado actual de la criminalidad que tienen interés en publicitar. A menudo, la principal responsabilidad por los problemas criminales en los barrios residenciales, en particular, y en el espacio público en general se atribuye a los colectivos o grupos marginales, de entre los cuales las bandas callejeras supuestamente adquieren un mayor protagonismo. La implicación mediática de la policía en el proceso de identificación y determinación de los problemas sociales (criminales) y su vinculación con el mundo pandillero se emplea no sólo con el fin de aumentar el consenso de la población sobre los verdaderos responsables de su inseguridad y, por lo tanto, de redirigir la atención de la población hacia determinadas conductas desviadas, sino que también, para conseguir una mayor legitimidad en el aumento del control punitivo de las bandas callejeras.

Críticamente, se ha dicho que la continua difusión mediática de algunos mitos relativos a la naturaleza de las bandas callejeras, y sobre todo con respecto al uso desmesurado que estas harían de la violencia, contribuye a moldear la opinión pública que la aboca a reclamar el

¹⁶ En los términos de la obra de STANLEY COHEN: Demonios Populares y pánicos morales, Delincuencia juvenil, subculturas, vandalismo y drogas y violencia. Ed. Gedisa, Barcelona 2017.

¹⁷ El Secretario de Estado de Seguridad en su discurso en el Congreso de los Diputados en junio de 2013 hacía hincapié en el carácter altamente violento y criminal de las bandas latinoamericanas sosteniendo que constituían una verdadera amenaza para la seguridad del Estado (DSCD, 2013). Dicho discurso se encuentra en consonancia con la implementación y desarrollo del Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil promovido mediante las Instrucciones 6/2009, 4/2013 y 2/2014 de la Secretaria de Estado de Seguridad.

endurecimiento del control penal en la delincuencia juvenil y finalmente sirve de coartada para cierta redefinición de la política criminal en términos exclusivamente represivos.

Presentar a las bandas callejeras latinoamericanas y sus actividades en una estrecha relación con la violencia y las actividades delictivas no parece adecuado debido a que dicha imagen no refleja la naturaleza de estos grupos. La finalidad de la formación y de la actuación de las así llamadas bandas callejeras latinoamericanas debe entenderse en función de la necesidad de muchos jóvenes de origen inmigrante de buscar su espacio en una nueva sociedad de acogida, con el fin de conseguir que su proceso de integración no esté amenazado por las políticas de exclusión del estado en general y por el tratamiento discriminatorio y estigmatizante ofrecido por los diversos tipos de instituciones en particular.

Autores, como CARLES FEIXA, insisten en que con frecuencia los jóvenes latinoamericanos vivencian una situación de desarraigo. El específico contexto socioeconómico en el que se encuentran los jóvenes integra elementos tales como su establecimiento en barrios marginados, el acoso por parte de jóvenes de extrema derecha, el racismo manifestado por la policía y por otras instituciones, etc. Tales elementos crean el tipo de obstáculos que dificultan su futura evolución convencional y de ellos emergen finalmente el fracaso escolar, la imposibilidad de una inserción laboral exitosa y la frustración de las expectativas de conseguir algún tipo de reconocimiento por los demás. Por lo tanto, muchas veces la asociación del joven con la banda se produce con el simple fin de adquirir algún estatus social aunque posteriormente su permanencia pueda realizarse a través del compromiso con el comportamiento violento. Aunque la banda en sí no soluciona los problemas socioeconómicos del sujeto, se le representa como una herramienta a través de la cual puede apaciguar las tensiones, obtener el amparo y la protección (o al menos ayudar a los jóvenes a ser visibles en el seno de la nueva sociedad de acogida). En opinión de FEIXA, las bandas latinoamericanas en España como tales no tienen una concreta finalidad delictiva y no se constituyen exclusivamente con base en la violencia o en la delincuencia en general, más bien la finalidad principal de estos grupos normalmente consiste en compensar las carencias identitarias, educativas y socializadoras de sus miembros¹⁸.

Tal y como se ha podido observar a partir de los datos policiales, la desviación que manifiestan las bandas callejeras latinoamericanas no puede presentarse como uno de los principales problemas estatales en materia de seguridad debido a que dichas bandas ya han cedido el protagonismo a otros grupos. No obstante, en España se produce un endurecimiento del tratamiento penal que se otorga precisamente a las bandas callejeras de origen latinoamericano. A pesar de que en general la evolución de la delincuencia juvenil en la última década es relativamente estable y que incluso apunta hacia la disminución del

¹⁸ En la primera década de este siglo el tratamiento de las bandas callejeras era llevado a cabo casi en exclusiva por parte de la policía. Sin embargo los cuerpos policiales de las principales ciudades españolas, aquellas que contaban con mayor presencia de las bandas latinoamericanas, adoptaron diferentes modelos de tratamiento. Si en Barcelona el tratamiento policial de la problemática de las pandillas se enfocaba más bien a través de la óptica de adopción de una estrategia mixta: intervención, prevención y represión, en Madrid el trabajo policial con las bandas se ejecutaba generalmente mediante el uso de estrategias represivas basadas en la persecución y encarcelamiento de sus miembros. Estas estrategias en cierta medida han incidido en la configuración de posturas diferentes de los servicios públicos e instituciones sociales en estas dos ciudades por lo que hace a las bandas callejeras: en la capital catalana se ha abierto una vía de transformación de las bandas latinoamericanas hacia la configuración de asociaciones culturales, mientras que en Madrid los grupos se examinan en términos de asociación ilícita.

comportamiento violento, la justicia española se inscribe en una tendencia criminalizadora de las bandas callejeras. La Fiscalía y las fuerzas de seguridad vinculan directamente a las bandas latinoamericanas con la criminalidad organizada y hacen un claro hincapié en la necesidad de utilizar el instrumento de las expulsiones de los pandilleros a sus respectivos países.

8. Tratamiento legal de los “Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil”

8.1. La Ley 19/2007, de 11 de Julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

La violencia ejercida por menores y jóvenes integrados en bandas o grupos organizados constituye un fenómeno que, si bien no ha tenido una incidencia elevada en nuestro país en términos delictivos, ha despertado con frecuencia un considerable grado de alarma social, en atención a las actitudes antisociales y a los comportamientos vandálicos o xenófobos que, en ocasiones, puede llevar aparejados. El grado de organización de algunos de estos grupos, su participación en altercados violentos, y la intervención de mayores y menores de edad, hicieron aconsejable incrementar la atención a este fenómeno y por ello se dicta la Ley 19/2007, de 11 de Julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. Esta ley define una serie de ilícitos que conforman conductas susceptibles de sanción administrativa. En pocas ocasiones deriva en un procedimiento penal. Las pocas sentencias penales, que se encuentran por violencia en el deporte (estadios de fútbol) sus responsables han sido juzgadas por lesiones con la circunstancia agravante de cometer el hecho por motivos ideológicos) o delito de participación en riña con instrumentos peligrosos.

¹⁹

8.2. Tratamiento policial y los programas de prevención y control de bandas.

8.2.1. Instrucción nº 17/2014 de la Secretaría de Estado de Seguridad, para dar continuidad al “Plan de actuación y coordinación policial contra Grupos Organizados y Violentos de carácter juvenil”

La presente Instrucción tiene por objeto reactivar la vigencia del “Plan de Actuación y Coordinación Policial Contra Grupos Organizados y Violentos de Carácter Juvenil”. Y establece la definición y clasificación de las bandas juveniles.

A los efectos de esta Instrucción se consideran “bandas juveniles” o “grupos violentos de carácter juvenil” los integrados por menores de edad, o conjuntamente por menores y jóvenes, entre 14 y 30 años, como edades de referencia, que presentan estructuras de cohesión y disciplina interna y cuyas actuaciones derivan en conductas, en algunas ocasiones, de carácter violento que generan alarma social.

1. Utilizando criterios de ideología y nacionalidad de origen, los grupos o bandas juveniles más relevantes localizados en España se pueden agrupar en los siguientes bloques:

- . Grupos violentos antisistema de extrema derecha.
- . Grupos violentos antisistema de extrema izquierda.
- . Grupos violentos de origen latino.

¹⁹ Vid. SAP de Barcelona, núm. 840/2019, de 20 diciembre, SAP de Sevilla núm. 393/2021, de 15 de noviembre.

. Otros.

a) Por Grupos violentos antisistema de extrema derecha se entenderán aquellos grupos de inspiración neonazi, fascista, xenófoba, antisemita, etc.

b) Por Grupos violentos antisistema de extrema izquierda se entenderán los grupos de ideología antisistema de extrema de izquierda, movimientos ocupas radicales, y movimientos antifascistas radical.

c) Por Grupos violentos de origen latino se entenderán las bandas creadas a semejanza o inspiración de las que operan en los países Iberoamericanos.

d) En Otros se incluirán aquellas bandas que no sean clasificables en los puntos anteriores, previo acuerdo de la Comisión de Seguimiento prevista en la instrucción.

Asimismo, realiza una segunda clasificación de acuerdo con el grado de independencia o autonomía de estos grupos, utilizando los siguientes conceptos:

a) A los efectos de la presente Instrucción, se consideran “grupos de referencia” aquellas organizaciones, de implantación nacional o internacional, dotadas de elementos ideológicos, modus operandi y signos distintivos propios, con capacidad para aglutinar, bajo su misma denominación, a una serie de “grupos subordinados” (capítulos, subgrupos, etc.) en ámbitos territoriales distintos.

b) Se consideran “grupos subordinados” aquellas unidades organizadas y con capacidad operativa propia que, aun actuando en su ámbito territorial con determinado grado de autonomía, mantienen una dependencia orgánica o simbólica con alguna “organización de referencia”, de la que toman su denominación genérica y sus principales signos distintivos.

c) Finalmente, se consideran “grupos independientes” aquellas bandas que, sin perjuicio de sus eventuales conexiones con otra ideología afín o características similares, actúan con suficiente autonomía y sin dependencia directa con un “grupo de referencia”.

3) En la medida en que se reúnan los requisitos definidos en la presente Instrucción, los grupos o bandas juveniles asociados a actividades de violencia en el deporte quedaran incluidos dentro de su ámbito de aplicación, siendo clasificados conforme a los criterios de ideología y nacionalidad de origen, y de independencia o autonomía, recogidos en los apartados 1 y 2.

Recoge también el catálogo de medidas preventivas y operativas entre las que destaca:

1. Las Direcciones generales de la Policía y de la Guardia Civil elaborarán Planes de Información Específicos de seguimiento de estos grupos y de su actividad delictiva.

2. Los cuerpos policiales elaborarán, un catálogo o censo unificado de grupos violentos de carácter juvenil que recoja, debidamente clasificados según los criterios de ideología y nacionalidad de origen, independencia o autonomía, y con indicación de su grado de actividad.

Respecto a os grupos juveniles violentos relacionados con actos de violencia en el deporte, se clasificarán conforme a los mismos criterios, pero especificando en el Catálogo o censo que se trata de organizaciones relacionadas con la violencia en el deporte.

3. Se intensificará la presencia preventiva policial, fundamentalmente en aquellos lugares donde se haya detectado la implantación o actuación esporádica de grupos violentos organizados, así como los fines de semana y periodos vacacionales, en las zonas de reunión y ocio de los jóvenes. Para incrementar la eficacia de la actuación preventiva policial, podrá complementarse la actuación de las Unidades uniformadas con dispositivos integrados por personal no uniformado.

4. Se intensificará el control y seguimiento de las redes sociales, páginas WEB y foros de Internet que sean activos en la apología de conductas delictivas de tendencia xenófoba, racista, antisemita, etc. o de comportamientos violentos inspirados en el odio a las minorías o en la diferencia étnica o ideológica, así como aquéllas donde se marquen pautas de comportamiento para los integrantes de estos grupos.

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado instarán, en su caso, las medidas judiciales que procedan contra los servidores, empresas, dominios y particulares que sean titulares o alberguen dichas páginas WEB.

5. Se controlará la situación administrativa de los integrantes de estas bandas, promoviendo, en su caso, ante los órganos competentes las medidas previstas en materia de extranjería.

6. Cuando se trate de bandas originarias o que operen en otros países, se promoverá el intercambio de información relativa a su estructura, componentes y características, aprovechando para ello las vías de comunicación establecidas en dichos países (Embajadas, Oficiales de Enlace, etc.).

Respecto a las medidas de coordinación con otros cuerpos policiales o judiciales, la Instrucción establece que: Se impulsará la colaboración y coordinación con el Ministerio Fiscal, desde una triple perspectiva:

1. Desvincular de las bandas a los menores que hayan cometido concretas actuaciones delictivas o se encuentren en situación de desamparo, prestándoles el apoyo y protección necesaria en coordinación con los servicios sociales competentes.

2. Impulsar la labor de identificación y seguimiento de los delincuentes mayores de edad integrados en estas bandas.

3. Establecer criterios y contenidos esenciales de los atestados policiales, que permitan una respuesta adecuada en sede judicial a los hechos delictivos cometidos por ellos., En particular, se prestará especial atención en documentar aquellas circunstancias que permitan inducir la concurrencia de las condiciones preceptuadas en el artículo 515 del Código Penal para la eventual imputación de un delito de asociación ilícita, o en los artículos 570 bis y 570 ter del Código Penal, en relación con las organizaciones o grupos criminales.

8.2.2. La Instrucción núm. 8/2022 del Secretario de Estado de Seguridad, actualización del Plan de Actuación y Coordinación Policial contra Grupos Violentos de Carácter Juvenil.

Esta nueva versión de la Instrucción introduce una nueva clasificación de este tipo de organizaciones y otras iniciativas que permitan adaptar la prevención y la respuesta policial a la realidad actual de dichos grupos para reducir sus expresiones de violencia, el impacto social que provocan y mejorar la protección material de sus víctimas más vulnerables, en

especial los menores. La reforma obedece a que los expertos policiales han constado la evolución reciente de este fenómeno y la conveniencia de acometer su actualización para adaptarlo a la realidad actual.

Los datos de criminalidad y de operatividad policial muestran una tendencia decreciente de la actividad criminal protagonizada por jóvenes y menores de edad vinculada a grupos de ideología radical, pero también que se han generado nuevas dinámicas que influyen en su comportamiento violento de los grupos juveniles y sus aspectos motivacionales, como pudiera ser el odio y la discriminación hacia otros grupos minoritarios o vulnerables (*aporofobia*).

Dados estos factores, y para mejorar el conocimiento policial de estos grupos, el plan fija una nueva clasificación más acorde con su actual entidad y relevancia delictual.

Con carácter general, la instrucción 8/2022 sigue definiendo al igual que la anterior como grupos violentos de carácter juvenil aquellos integrados por menores de edad, o por menores y jóvenes entre 14 y 30 años como edades de referencia, que pueden presentar estructuras de cohesión y disciplina interna y cuyas actuaciones derivan en ocasiones en conductas de carácter violento que generan preocupación y alarma social.

A partir de criterios de ideología, motivación y vinculación con ámbitos concretos, los grupos o bandas juveniles más relevantes localizados en España se pueden agrupar en los siguientes bloques:

- Grupos violentos de extrema derecha, aquellos de inspiración neonazi, fascista, antisemita, etc.
- Grupos violentos de extrema izquierda y anarquistas, incluidos los movimientos 'okupas' o antifascistas de carácter radical.
- Grupos violentos de referencia grupal latino, bandas creadas a semejanza o inspiración de las que operan en países iberoamericanos, importadas de aquellos países y que en la actualidad están formadas por miembros con independencia de su origen étnico o nacional.
- Grupos violentos en el deporte, en los que la violencia integra parte del estilo de vida de los seguidores más fanáticos de equipos deportivos, en especial la que tiene lugar con ocasión de partidos de fútbol.
- Grupos violentos movidos por el odio, que ejercen la violencia contra otras personas por motivos discriminatorios, porque las perciben como diferentes o vulnerables, por lo que sus acciones incluyen elementos compatibles con los delitos de odio o la agravante de discriminación, y siempre que no se hallen incursos en ninguno de los grupos anteriores.
- Otros: aquellos casos de concertación eventual, esporádica o espontánea de jóvenes para ejercer la violencia por alguna de las motivaciones contempladas en los apartados anteriores o que persiguen ejercer violencia física, psíquica o sexual o causar daños a bienes colectivos.

Además, el plan redefine una segunda clasificación de acuerdo con el grado de independencia o autonomía de estos grupos, que queda como sigue:

- "Grupos de referencia" son aquellas organizaciones, de implantación autonómica, nacional o internacional, dotadas de elementos ideológicos, modus operandi y signos distintivos propios, con capacidad para aglutinar, bajo su misma denominación, a una serie de "grupos subordinados" (capítulos, subgrupos, etc.) en ámbitos territoriales distintos.
- "Grupos subordinados", unidades organizadas y con capacidad operativa propia que, aun actuando en su ámbito territorial con determinado grado de autonomía, mantienen una dependencia orgánica o simbólica con alguna "organización de referencia", de la que toman su denominación genérica y sus principales signos distintivos.
- "Grupos independientes" son aquéllos que, sin perjuicio de sus eventuales conexiones con otras de ideología afín o características similares, actúan con suficiente autonomía y sin dependencia directa con un "grupo de referencia".

A partir de esta doble clasificación, la Instrucción 8/2022 dictada por el Secretario de Estado de Seguridad mantiene las directrices del plan orientadas al seguimiento de los grupos violentos de carácter juvenil y a conocer la evolución de la incidencia de sus acciones delictivas.

La Instrucción 8/2022 Nuevo Plan pone énfasis en facilitar la coordinación y el intercambio de la información obtenida entre los servicios policiales dedicados a la persecución de los grupos violentos juveniles y los especializados en otros planes preventivos de la Secretaría de Estado de Seguridad como el Plan Director para la Convivencia y Mejora de la Seguridad en los Centros Educativos y sus Entornos, el Plan contra los Delitos de Odio o el Plan Estratégico Nacional de Lucha Contra la Radicalización Violenta.

La Instrucción 8/2022 perfecciona además los mecanismos de colaboración entre las unidades policiales y las autoridades judiciales y fiscales para garantizar que las investigaciones lleven a la imposición de condenas acordes con la gravedad de los hechos investigados y que produzcan un efecto disuasorio sobre sus integrantes actuales y potenciales. En este sentido, el plan aboga por el perfeccionamiento de los procedimientos consensuados con el Ministerio Fiscal para la adopción de todas aquellas medidas que, sin perjudicar el interés superior del menor de edad y contribuyan a depurar su responsabilidad, consigan su desvinculación de las bandas violentas.

Igualmente, ordena a las Fuerzas de Seguridad incrementar el seguimiento de las redes sociales; Webs y foros de Internet etc. más frecuentadas por menores y jóvenes, un ámbito de riesgo dada la intensa actividad en ellas de los grupos violentos de carácter juvenil para coordinar acciones de contenido violento; para difundir mensajes identitarios con apología delictiva de tendencia xenófoba, racista o antisemita, o para exaltar comportamientos violentos inspirados en el odio a las minorías o en la diferencia étnica o ideológica.

Se controlará la situación administrativa de los integrantes de estas bandas, promoviendo, en su caso, ante los órganos competentes las medidas previstas en materia de extranjería.

En el caso de detenidos menores de edad, se extremarán las medidas necesarias para preservar su superior interés, de conformidad con lo establecido con la legislación aplicable en materia de responsabilidad del menor de edad comunicando inmediatamente la detención a la Sección de menores de la Fiscalía, sin perjuicio de las investigaciones posteriores llevadas a cabo para acreditar o no su relación con actividades de grupos organizados y violentos.

8.3. Tratamiento penal

En primer lugar, puede destacarse que el endurecimiento del tratamiento de la problemática de las bandas a nivel legislativo se inició mediante la modificación de la política criminal en el ámbito de la delincuencia juvenil. Con la entrada en vigor de la LO 8/2006, de Responsabilidad Penal del Menor que modifica la LO 5/2000 que regula responsabilidad penal de los menores, se produjo un endurecimiento en el cumplimiento de las medidas de cumplimiento en régimen cerrado que pueden imponerse al joven si se acreditaba que este, a la hora de cometer el delito, pertenecía a una banda²⁰. Actualmente, según el art. 10.b si un menor ha cometido un delito, en virtud de su pertenecía a una banda, su estancia en los centros de menores puede llegar a ser de seis años frente al máximo de dos años que por regla general se establece en la LORPM.

Por otro lado, si este pandillero ha sido reincidente la LORPM prevé que el juez deba imponer un internamiento en régimen cerrado completado sucesivamente con hasta cinco años de libertad vigilada.

Es creencia generalizada en el mundo académico que este incremento de la presión penal con respecto a la desviación de los jóvenes que pertenecen a las bandas ha sido inspirado básicamente, pensando en las bandas latinoamericanas, y dejando al margen otras agrupaciones juveniles (aunque las Instrucciones comentadas en el epígrafe anterior reflejan que también están en el punto de mira otros grupos violentos).

En segundo lugar, los cambios producidos en la política criminal con relación a las bandas se han debido también a la directa modificación del Código Penal. Con la entrada en vigor de la reforma penal por LO 5/2010 que incorpora en el código penal los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, se introduce la regulación de la criminalidad organizada en España. A pesar de la distinta naturaleza de las bandas callejeras y de los grupos de criminalidad organizada, los órganos de la justicia penal han encontrado la posibilidad de realizar una aplicación extensiva de dichos artículos para ser aplicados a las bandas callejeras latinoamericanas.

8.3.1. Impacto del tratamiento de la Fiscalía

A la mayor criminalización de las bandas callejeras en los artículos del código penal que regulan la criminalidad organizada también ha contribuido la presión que se ha realizado por parte de los fiscales españoles. Según la circular 2/2011 de la Fiscalía General de Estado sobre la reforma del código penal por ley orgánica 5/2010 las bandas juveniles latinas son

²⁰ Art. 9.2 de la LORPM puede imponerse una medida de internamiento en régimen cerrado cuando los hechos delictivos (grave o menos grave) cuando:

a) la actuación sea en grupo,

o b) cuando el menor pertenezca o actuare al servicio de una banda, organización o asociación incluso de carácter transitorio que se dedicara a la realización de tales actividades. Se amplían pues las posibilidades de imposición de medida de internamiento en centro cerrado a supuestos en los que no concurre violencia o intimidación.

Debe ser objeto de exégesis restrictiva: la actuación en grupo no debe desplazar ni sobreponerse a la gravedad objetiva del hecho enjuiciado

organizaciones de carácter criminal²¹. De acuerdo con la argumentación expuesta en la Circular, cualquier banda callejera compuesta por jóvenes de origen latinoamericano y que se asocia con algún nombre que les permite diferenciarse frente de los demás colectivos, debe ser automáticamente interpretada en términos de criminalidad organizada. Al parecer de la Fiscalía General de Estado, todas las bandas callejeras latinoamericanas están fuertemente organizadas y tienen una orientación claramente delictiva. Concretamente la Circular de la Fiscalía 2/2011 establece que las bandas latinoamericanas son:

“a) grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de “reglas” y “leyes” propias;

b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría;

c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo “lo latino”;

d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física, y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas”.

Esta visión excesivamente criminalizadora en cierto modo ha influido en el tratamiento que empiezan recibir las bandas callejeras latinoamericanas por parte de los tribunales españoles. Así, en una de sus sentencias el Tribunal Supremo condena a unos jóvenes pandilleros latinoamericanos por pertenencia a una organización criminal. En la parte de sentencia relativa a los fundamentos de derecho, con el objeto de justificar la identificación de la pandilla con la criminalidad organizada, se hace directamente referencia a la Circular 2/2011, como si se tratase de un documento redactado por expertos en la materia, y literalmente se utiliza toda su argumentación con respecto a la naturaleza ontológicamente delictiva de las bandas latinoamericanas.

8.3.2 .El uso de las pruebas indiciarias

Por otro lado, a lo dicho, también hay que añadir la mayor relevancia que han adquirido los mecanismos por los cuales los órganos de justicia penal pueden comprobar la existencia de una relación directa del joven con una banda. Se trata de las pruebas que se utilizan por parte de la policía, y sobre todo por parte de los tribunales, para determinar la efectiva “militancia” del joven en una banda callejera mediante las cuales puede finalmente inculpársele.

Últimamente para este propósito se utilizan cada vez más las pruebas indiciarias que apuntan, no tanto al establecimiento de una relación efectiva e instrumental entre el joven y el grupo,

²¹ La Memoria 2021 de la Fiscalía de la Comunidad de Madrid, cuya lectura se abordará en profundidad, resalta la problemática de los menores relacionados con “bandas latinas”, donde destaca la comisión de ilícitos penales tales como “riñas tumultuarias”, “tenencia ilícita de armas”, “delitos de lesiones” y, cuestión bastante preocupante, delitos de “homicidio” y “asesinato”. <https://www.fiscal.es/documents/20142/aa48db53-1737-891a-3d6b-1860c0c11d54>

sino que, más bien, determinan la existencia de una relación periférica entre el sujeto y el grupo, lo que no puede evitar generar ciertas dudas desde el momento en que se admiten como pruebas totalmente validas en materia de tratamiento de las bandas callejeras.

Así, en el proceso penal en España, de acuerdo con el estudio de empiezan a considerarse como pruebas de la participación o integración en la banda los siguientes indicios: la autoinculpación, la identificación por parte de un progenitor, una identificación directa o indirecta por un informador fiable, la residencia o frecuente aparición en una zona que cuente con la presencia de una determinada pandilla, la adopción de la simbología de las pandillas, el hecho de ser detenido tres o más veces en compañía de un miembro identificado como perteneciente a banda, las evidencias documentales y testimonios de los expertos²².

Todas estas pruebas son indirectas, ofrecen mucho margen para la diversidad de interpretaciones y presentan ciertas dudas sobre su posible admisión en cuanto a la determinación de la culpabilidad del sujeto.

- a. La autoinculpación. Muchas veces los jóvenes pueden verse presionados por los agentes de policía para admitir los cargos, lo que genera que la autoinculpación se presente como una prueba bastante subjetiva.
- b. La identificación por parte de un progenitor, tutor o un pariente como miembro de la banda. Las personas adultas frecuentemente desconocen las dinámicas que desarrollan realmente los grupos juveniles. Éstas pueden consistir meramente, por ejemplo, en la simple adopción de una determinada simbología por parte del joven sin ninguna efectiva implicación de este en la vida de una determinada pandilla. Por otro lado, la percepción errónea de estas personas puede reflejar sus miedos y preocupaciones con respecto a sus hijos, las cuales son el producto de la extensa difusión de estereotipos y tópicos sobre la realidad de las pandillas.
- c. Una identificación directa o indirecta por un informador fiable. En su trabajo, las policías con frecuencia acuden al uso de los servicios de diferentes informadores que, tras el pacto con la justicia y con el objetivo de evitar su persecución penal, pueden ofrecer testimonios poco fiables o falsos.
- d. Residencia o frecuente aparición en una zona que cuente con presencia de una determinada pandilla. Muchos jóvenes de origen inmigrante con un comportamiento puramente prosocial provienen de barrios que padecen de ciertos problemas de carácter socioeconómico, es decir, de zonas donde las bandas callejeras precisamente desarrollan sus actividades principales. No obstante la mera residencia en un barrio “problemático” no puede servir como prueba de pertenencia a una banda.
- e. Adopción de la simbología de las pandillas. Las dinámicas actuales de la juventud son muy activas a la hora de recibir y de transmitir diferente tipo de la información. El desarrollo de las tecnologías de internet y la ausencia de fronteras de transmisión de la

²² Hay una tendencia al alza a la hora de considerar, por parte de la jurisprudencia, las llamadas “pruebas de indicios” (seguimientos policiales, imágenes que demuestren pertenencia a la banda, presencia de los encausados en lugares usuales de la misma, como meros ejemplos), siempre que dichos indicios tengan una clara interrelación entre sí que, si bien de manera aislada no serían susceptibles de justificar una condena, puestos en conjunto no ofrezcan ninguna duda al respecto.

información en un mundo globalizado permiten a los jóvenes encontrar con facilidad la simbología que más se ajuste a sus necesidades de identificación. Los jóvenes pueden adoptar la estética de diversos tipos de grupos que van desde la extrema derecha hasta la extrema izquierda sin que esto implique su compromiso con una determinada ideología o postura política. En este sentido no es sorprendente que muchos jóvenes latinoamericanos con el fin de solucionar sus problemas de identificación en una nueva sociedad de residencia puedan sentirse tentados por la adopción de una estética pandillera que les parece atractiva y que no genera ningún compromiso con la desviación de estos grupos.

- f. El hecho de ser detenido tres o más veces en compañía de un sujeto identificado como miembro de la banda. Con frecuencia las detenciones policiales de los presuntos pandilleros se realizan en las plazas públicas u otros sitios frecuentados por jóvenes latinoamericanos donde estos desarrollan sus actividades lúdicas, por ejemplo parques o pistas de baloncesto. Cuando el criterio de la detención policial se basa en el aspecto físico del joven y de su estilo de ropa rapera no es sorprendente que muchos jóvenes latinoamericanos que han acudido por ejemplo simplemente al partido de baloncesto queden detenidos junto con los miembros de alguna banda. Las evidencias documentales (fotografías y otros). Muchos jóvenes con un comportamiento convencional pueden tener contactos frecuentes con miembros de bandas en marco de sus actividades de ocio y a menudo estos encuentros pueden ser captados por cámaras de fotos.
- g. **Testimonios de los expertos.** En muchas ocasiones en el proceso penal los agentes de policía acuden en calidad de expertos supuestamente imparciales y conocedores de la realidad pandillera y presentan sus informes con respecto a las bandas callejeras. De este modo los testimonios de los propios policías se convierten en la prueba de la existencia de una relación entre el joven y la banda.

De este modo, como se puede ver, las pruebas que se admiten en el proceso penal no son pruebas directas que indiquen con total claridad la pertenencia del joven a una banda, sino que se trata de las pruebas indiciarias que se sustentan básicamente en ideas preconcebidas o en presunciones de hechos. En este sentido lo llamativo consiste no sólo en que este tipo de pruebas cada vez más adquieran una mayor importancia en los procesos penales contra los pandilleros, sino también, en que este tipo de pruebas se admitan en los procesos contra la delincuencia callejera protagonizada por jóvenes inmigrantes de clase baja .

Como se puede observar, realmente se produce un aumento de la presión punitiva sobre las bandas latinoamericanas. No obstante, existen ciertas dudas con respecto a la eficacia del uso exclusivo de la estrategia represiva en materia del tratamiento de las bandas. Varios estudios criminológicos ya han destacado que la política de intimidación en algunos casos sólo contribuye al refuerzo de la identidad grupal y promueve el aumento del grado de cohesión interna del grupo. Los jóvenes buscarán en su grupo el apoyo y el respaldo ante la represión policial que consideran excesiva y desproporcionada y de este modo el grupo estará más unido y sólido en el momento de ser intervenido externamente. El aumento de la presión punitiva puede accionar el incremento de la participación de los jóvenes en las actividades delictivas debido a que el acoso policial también incentiva el reclutamiento de nuevos miembros. La actitud de sospecha y etiquetadora de la policía con respecto a las minorías étnicas provoca resentimiento en los jóvenes que buscan un grupo de referencia con el que

poder identificarse En este sentido, en virtud de la dinámica de oposición que está en la naturaleza de las bandas la agresiva política de la policía sólo puede hacer más fuerte la presencia de las bandas en el vecindario y reforzar su estatus.

Con todo, se ha de admitir que, a pesar de la existencia de estas posibles consecuencias contraproducentes, el aumento de la presión punitiva hacia las bandas callejeras genera ciertas ventajas para las instituciones españolas.

Bibliografía.

BRANDARIZ GARCÍA, J.A., FERNÁNDEZ BESSA, C.: La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español en A. Iglesias Skulj, J.A Ramos Vázquez (coords.) J.Á. Brandariz García y S. Palidda (dirs.) Criminalización racista de los migrantes en Europa Editorial Comares. Granada 2010, págs. 271-289.

FEIXA, C./ SCANDROGLIO, B./LÓPEZ MARTÍNEZ, J./ FERRANDIZ, F.: ¿Organización cultural o asociación ilícita? Reyes y reinas latinos entre Madrid y Barcelona. Papers, 2011, 96/1, págs. 145-163.

DÍAZ CORTÉS, L.M.: Algunas consideraciones en torno a la regulación de las bandas juveniles en la Ley Orgánica 8/2006. Revista General de Derecho Penal, núm. 8. (2007)<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4775951>

FEIXA, C. (DIR.), SÁNCHEZ GARCÍA, J. (COORD.), BALLESTÉ, E., CANO-HILA, A. B., MASANET, M.-J., MECCA, M., & OLIVER, M. : *La (Trans) Banda: Notas y cuestiones para la investigación de grupos juveniles de calle*. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra & European Research Council. Barcelona 2019:

GARCÍA PABLOS, A.: Criminología una Introducción a sus Fundamentos Teóricos (8ª Ed.). Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, págs. 473-486.

GARCÍA PABLOS, A.: Tratado de Criminología (5ª ed.) Tirant Lo Blanch. Valencia 2014.

HERRERO HERRERO, C.: Delincuencia de menores, tratamiento criminológico y jurídico. Dykinson. Madrid 2008.

MACLUNG LEE, A.: Niveles de cultura como niveles de generalización social”. Revista de sociología estadounidense., vol. 10, núm. 4, págs. 485-495.

MEDINA, J. :Consideraciones criminológicas sobre las Bandas Juveniles. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 3, 2010, 3º Época. págs. 409- 446. <https://revistas.uned.es/index.php/RDPC/article/view/24632>

MENDOZA CALDERÓN, S./MARTÍNEZ GONZÁLEZ, M.I.: Teorías de la criminalidad. Tirant Lo Blanch. Valencia 2013. págs.. 99-107.

MENDOZA CALDERÓN, S.: Criminalidad juvenil en la era digital. Tirant Lo Blanch. Valencia 2022, pág. 42

LEANID KAZYRYTSK,: Las bandas callejeras latinoamericanas en España y el giro punitivo en el tratamiento de su problemática, en InDret 2/2016 <https://indret.com/las-bandas-callejeras-latinoamericanas-en-espana-y-el-giro-punitivo-en-el-tratamiento-de-su-problematika/>

ROMERO PARRA, M.: Las “bandas latinas” en España evolución en la consideración jurídica como delincuencia organizada. Extracto de Tesis doctoral. Universidad Nacional de Educación a distancia (UNED). 2022. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:ED-Pg-DeryCSoc-Jmromero/ROMERO_PARRA_Jose_Miguel_Resumen.pdf



TEMA 2: CRIMEN ORGANIZADO

**Formas Específicas de Criminalidad III
4º Curso del Grado de Criminología USC.**

Año académico 2023/2024

·Inma.valeije@usc.es

Sumario:

- 1. Introducción al Crimen organizado y sus consecuencias jurídico penales.**
- 2. Preocupación político criminal por la criminalidad organizada y factores de expansión.**
- 3. Delimitación conceptual de crimen organizado.**
- 4. Principales indicadores del Crimen organizado.**
- 5. Diferencias entre la criminalidad organizada y otras agrupaciones de tipo criminal: bandas juveniles, organización terrorista y criminalidad de empresa.**
- 6. Impacto social y político.**
- 7. La medición del crimen organizado: enfoques directos e indirectos. Áreas de actuación y principales mercados ilícitos y rutas internacionales.**
- 8. Aspectos penales e procesales del crimen organizado.**
- 9. Principales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada: el comiso de las ganancias y la Oficina de recuperación y Gestión de Activos (ORGA).**

1. Introducción al crimen organizado y sus consecuencias jurídico penales.

El sustantivo *crimen* designa un género que hace referencia al tipo de actividad delictiva y el adjetivo *organizado* remite a un tipo específico de conducta delictiva que poco tiene que ver con actos o reacciones impulsivas o que se cometen de forma individual. El crimen organizado tampoco hace referencia a un delito en particular por la calidad de sus víctimas, sino que se centra en el modo o forma de cometerlo. Por ello se caracteriza por dos condiciones:

- su grado de planificación, y
- la participación coordinada de varios individuos en la acción delictiva

Sin embargo, la característica de organizado va más allá porque cualquier delito cometido de manera planificada, mediante la coordinación de varias personas no presupone siempre un caso de crimen organizado (puede ser un caso de simple coautoría o participación en la ejecución de un delito o delitos principales). En Derecho penal positivo el problema de la criminalidad organizada se concretará en dos manifestaciones : **por un lado la creación de una tipicidad autónoma de pertenencia a una organización criminal, y por otra, la introducción de un criterio para agravar las penas por determinados delitos por pertenencia a una organización criminal¹.**

La acusación de criminalidad organizada no solo supone una agravación de las penas sino que también tiene otras consecuencias posibles:

a) Criterio para la imposición de la custodia de seguridad del art. 36.2:

«En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma: a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal»

b) Criterio para la imposición del cumplimiento íntegro del art. 78, 78 bis;

c) Expulsión: art. 89;

d) Libertad condicional, art. 90;

e) No suspensión prisión permanente revisable art. 92;

f) Comiso, art. 127 bis; y

g) Régimen específico de consecuencias accesorias, art. 129.

En principio, y sin perjuicio de lo que abordaremos más adelante, para que los sujetos actúen como actores implicados en un acto de crimen organizado deben formar parte de una organización, que tiene unas características determinadas:

¹ Quintero Olivares. G.: La organización criminal: adiós al principio de ofensividad. La Ley Penal, núm. 153, noviembre -diciembre 2021. Wolters Kluwer.

- Un conjunto de individuos o de grupos de individuos
- Asociados entre sí para conseguir ciertos fines y objetivos
- Que asumen y desempeñan una variedad de funciones o tareas diferenciadas
- Que operan de forma coordinada y conforme a ciertas reglas
- Que actúan con una cierta continuidad temporal

Por su parte, las organizaciones involucradas en el crimen organizado, para diferenciarse de otras organizaciones, además de las cinco características anteriores deben haber sido creadas con el propósito de obtener y acumular beneficios económicos mediante la provisión de bienes y servicios principalmente ilegales.

2. Preocupación político criminal por la criminalidad organizada y factores de expansión.

La cada vez más intensa preocupación de la comunidad internacional por el crimen organizado no deriva tanto de los delitos finalmente cometidos (tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de personas, tráfico ilícito de materiales nucleares, falsificación de medios de pago, ciber criminalidad, blanqueo de capitales, etc.), como del hecho de que sus autores pertenezcan a una organización o grupo por las mayores facilidades y de medios en incremento de la impunidad que supone frente a la actuación individual.

Además el crimen organizado por su propia naturaleza es normalmente un problema supranacional (transnacional) de ahí la inquietud político criminal que nace precisamente de esa dimensión que supera las capacidades ordinarias de los Estados. Como veremos más adelante la criminalidad organizada transnacional por sus propias características pone en entredicho la eficacia de la competencia judicial fuertemente apoyada en el principio de territorialidad². De hecho, las organizaciones criminales se sirven precisamente de las restricciones del principio de territorialidad en la ley penal, para buscar el territorio más adecuado para sus actividades delictivas (mayor impunidad, leyes ventajosas en materia de extradición, pasividad o corrupción de la Administración etc). Esto es, ante la ausencia de respuestas penales y procesales uniformes se aprovechan de los distintos niveles de represión (reproche social, represión penal y gravedad de las penas) para asentarse en aquellas realidades territoriales donde sean mayores los beneficios y menos los riesgos (*high profit and low risk sectors*). Se trata por tanto de una preocupación compartida por todos los Estados y que lleva a que cada vez sean más los intentos de armonizar las legislaciones penales y procesales estatales para buscar la cooperación judicial y policial interestatal, a efectos de no dejar espacios de impunidad al crimen organizado. Territorios que pueden ser paraísos para las mafias pero que generan grandes problemas de seguridad jurídica para los ciudadanos de los estados afectados y con graves repercusiones políticas, sociales y económicas.

Esta expansión del crimen organizado se vincula además a los avances tecnológicos en los sistemas de comunicación, de información y de transporte y, finalmente, a las crisis y desigualdades económicas, tanto entre estados como entre clases sociales de un mismo Estado³.

² Para valorar competencia judicial en el orden penal vid. Art. 23 Ley Orgánica del Poder Judicial
<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666&p=20220728&tn=1#ti>

³ Así en la Estrategia Nacional de Seguridad del Estado contra el crimen organizado
<https://www.dsn.gob.es/es/documento/estrategia-nacional-contra-crimen-organizado-delincuencia-grave> (vid. documento en plataforma Teams y en campus virtual)

En definitiva, globalización, nuevas tecnologías, desregularización, internacionalización del crimen y corrupción política constituyen todos los fenómenos que vinieron a poner en crisis los tradicionales sistemas penales sometidos al principio de legalidad derivado de la soberanía estatal. Todos ellos pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional, en tanto ofrecen a los colectivos criminales que operan en este escenario ventajas como:

- i. la actuación a nivel internacional, lo que posibilita el acceso a mercados de bienes ilícitos muy lucrativos;
- ii. la posibilidad de explotar puntos vulnerables en diferentes sociedades, en concreto, en las sociedades en desarrollo y en las democracias emergentes;
- iii. la capacidad de operar desde lugares en los que la organización se encuentra relativamente segura frente a la persecución penal, bien porque carecen de legislación en materia de crimen organizado, bien porque suelen poner trabas a la cooperación judicial internacional; la posibilidad de canalizar los beneficios de origen delictivo mediante un sistema financiero global que con la eliminación de controles, hace cada vez más difícil seguir el rastro de los mismos;
- iv. el acceso a países denominados paraísos fiscales en los que es posible ocultar e invertir los fondos de origen delictivo, esto es, de blanquearlos para preparar su retorno a la economía legal⁴. Si bien, hay que reconocer que la noción de "paraíso fiscal" tiene unos perfiles cada vez más confusos e inexactos, tanto a nivel interno como internacional, que se actualiza para facilitar que las multinacionales y los contribuyentes de rentas altas paguen menos impuestos, y como no, para ocultar el origen o la titularidad de cuentas bancaria. Los paraísos fiscales reúnen una serie de características entre las que cabe reseñar: aportan seguridad a las organizaciones delictivas a través del secreto bancario; presentan nula tributación, o en su caso, una tributación muy baja; presentan un sistema bancario cuya reglamentación permite la apertura de cuentas secretas y numeradas; poseen legislaciones que favorecen la operatividad de compañías fantasma.

- 3 Los principales resultados del Sistema de Evaluación del Crimen Organizado 2017 (en adelante SOCTA), del que se desprende que: a) más de 5.000 Grupos de Criminalidad Organizada (OCGs) con una composición de más de 180 nacionalidades; b) el número de grupos de criminalidad organizada que están involucrados en más de una actividad criminal (grupos poli-criminales) ha aumentado exponencialmente en los últimos años (un 45% respecto al 33% detectado en 2013); c) entre otros factores sobresale la creciente complejidad operativa y la adaptación tecnológica de estos grupos con estructuras cada vez más flexibles, la adopción de mecanismos de economía colaborativa según el modelo del crimen como servicio y su alta movilidad geográfica; d) en el área de la ciberseguridad, la captación de bienes mediante el uso de encriptación resulta una amenaza significativa para la UE, situando como objetivo no

En consecuencia, la fenomenología criminal del crimen organizado trasciende las fronteras de los Estados con cada vez mayor capacidad para hacer frente a los mismos e incrementar sus ganancias ilícitas y, de otro, una ley penal que está creada y pensada para ser aplicada dentro de las frágiles fronteras de los territorios nacionales. Este tipo de delincuencia viene caracterizada por la complejidad de los montajes jurídico-económicos que la respalda y, frecuentemente, por la diferente nacionalidad de las personas implicadas en ella, su ubicación en el territorio de diferentes estados, el uso que hacen de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y el carácter masivo de los datos que los investigadores han de procesar⁵. Las organizaciones criminales se convierten así en actores globales con capacidad de retar a la autoridad nacional e internacional con programas criminales de máxima gravedad (delitos contra la vida, la libertad sexual, el patrimonio...) y cuyas dificultades para su prevención, persecución y sanción, se derivan justamente de su proyección transfronteriza y transnacional y de la ausencia de un perfil homogéneo que ayude a su identificación.

sólo a los ciudadanos sino de manera creciente a las organizaciones del sector público y privado. Un 85% de los usuarios de internet percibe el riesgo de llegar a ser víctima de un ciberdelito; e) la falsedad documental ha emergido como una clave de la actividad criminal vinculada a la crisis migratoria; f) el comercio electrónico de productos ilícitos y el blanqueo de dinero se han convertido en el motor de estos grupos criminales.

⁵ En este sentido, se refiere la Memoria de la Fiscalía General del Estado 2018. Recurso electrónico disponible en: www.fiscal.es, a propósito de la delincuencia económica.

En este sentido, el **Acuerdo del Consejo de Seguridad Nacional que recoge la Estrategia Nacional contra el Crimen Organizado y la delincuencia grave de 2019**, en su resumen Ejecutivo señala que:

Cuando la delincuencia grave se desarrolla por una pluralidad de individuos que se conciertan de manera expresa para cometer sus actividades delictivas en amplios territorios, ésta se convierte en Delincuencia Organizada. Por sus características de transnacionalidad, flexibilidad, adaptabilidad y recuperación es capaz de interactuar con otras amenazas generadoras de riesgos, como los conflictos armados, el terrorismo, la proliferación de armas de destrucción masiva, el espionaje, los ciberdelitos y las amenazas sobre las infraestructuras críticas. Unas y otras se activan y retroalimentan potenciando su peligrosidad y aumentando la vulnerabilidad del entorno donde la sociedad se desenvuelve.

Añadiendo que:

Los documentos de evaluación de la situación del crimen organizado, a nivel de la UE y de la ONU, lo consideran una de las principales amenazas para la seguridad, por cuanto puede tener capacidad para afectar a las estructuras y valores sociales, económicos o políticos y, por tanto, a la estabilidad de los países.

Sin embargo, para la cooperación en la represión de este fenómeno criminal se precisan armonizar legislaciones. Y para ello es necesario partir de un concepto unitario del fenómeno a armonizar, en este caso, el crimen organizado.

3. Delimitación conceptual de Crimen organizado.

Existe un intenso debate en torno a la definición del crimen organizado dada la amplia variabilidad de grupos, actividades y formas de desarrollar el mismo que dificultan el diseño de una definición común. Una definición nada fácil si tenemos en cuenta la versatilidad, heterogeneidad y múltiples manifestaciones del fenómeno, confluyendo los aspectos legales con la influencia que sin duda ejerce sobre la política, la sociedad y la economía. Por ejemplo, no es lo mismo una organización criminal capaz de mover toneladas de drogas a lo largo del planeta que otra dedicada al fraude carrusel (fraude del IVA comunitario) o el robo de vehículos.

En este sentido, el intento internacional más relevante lo llevó a cabo la **Convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad organizada transnacional, firmada en la ciudad de Palermo en el año 2000** (por eso llamada la Convención de Palermo) que si bien no tuvo como propósito armonizar legislaciones si fijó el compromiso de los Estados de adquirir unos mínimos legislativos, esto es, unas normas comunes con la finalidad de promover la cooperación policial y judicial entre los países para la prevención y combate del crimen organizado transnacional.

Con este objetivo la Convención de Palermo obliga a los Estados a castigar la participación en organizaciones criminales cuando el propósito sea cometer delitos graves.

Para ello considera el **Artículo 2:**

Para los fines de la presente Convención:

a) Por «grupo delictivo organizado» se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material;

b) Por «delito grave» se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave;

También existe abundante legislación europea que regula situaciones o expresa recomendaciones en las que se utilizan los términos *organizaciones criminales*, *delincuencia transnacional organizada*, o *gran criminalidad transfronteriza* pero se sigue sin dar un concepto efectivo que sirva de base para armonizar las legislaciones de toda la UE. En cualquier caso la **Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea de 24 de octubre de 2008 relativa a la lucha contra la delincuencia organizada** considera “*organización delictiva únicamente a la asociación estructurada más de dos personas establecida durante un período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o de una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años poco una pena más severa con el objetivo de obtener, directa o indirectamente un beneficio económico u otro tipo de beneficio de orden material*” (art. 1.1).

Se trata de una norma trascendental a nivel europeo pero que sigue dejando numerosos interrogantes por las lagunas que presenta el texto finalmente adoptado y por su dispar transposición a los distintos ordenamientos penales de los Estados miembros.

En todo caso, las obligaciones internacionales parecen claras se deben trasponer en las legislaciones penales los conceptos del grupo criminal organizado, delito grave y delito transnacional. En definitiva un concepto de criminalidad organizada que sea funcional de cara la prevención y castigo de la realidad de las organizaciones criminales.

En busca de una definición más criminológica que permita estudiar y analizar el fenómeno EUROPOL ha conjugado una serie de criterios analíticos con las anteriores regulaciones normativas (Convención de Palermo, Decisión Marco de 2008, CP español y Ley de Enjuiciamiento Criminal) y en el Documento 6204/2/97 Enfopol 35, rev 2 de EUROPOL. establece los siguientes Indicadores estadísticos:

1. Colaboración de más de dos personas.
2. Reparto específico de tareas.
3. Actuación prolongada o indefinida en el tiempo
4. Uso de algún tipo de disciplina o control interno.
5. Comisión de delitos graves.
6. Extensión de la actividad al ámbito internacional.
7. Uso de la violencia.
8. Uso de estructuras económicas o comerciales.
9. Implicación en el blanqueo de capitales.
10. Uso de influencia o corrupción.
11. Búsqueda de beneficios o poder.

Se requieren seis Indicadores para ser grupo organizado: Obligatoriamente 1, 3, 5 y 11; y al menos otros dos optativos.

4. Principales indicadores del crimen organizado

Considerando lo anterior, puede establecerse la definición de una serie de características principales que configuran, a los fines de esta Estrategia, la esencia del concepto de crimen organizado, las cuales no siempre son compartidas por todos los grupos, y que, principalmente, son:

1. **Finalidad esencialmente económica.** Su principal objetivo es la búsqueda de beneficios. Cualquier otra finalidad que pueda aparecer es instrumental y por tanto subordinada a la primera. Por lo tanto la finalidad económica en la acumulación de riqueza a través del crimen organizado es una característica indiscutible que facilita la distinción de figuras afines como terrorismo precisamente ese afán de lucro explica porque el blanqueo de capitales siempre es una actividad instrumental y necesaria a las organizaciones criminales como forma de enmascarar y reutilizar, de forma legal, los fondos ilegalmente obtenidos.
2. **Implicación en actividades ilícitas complementadas con actividades legales.** Para alcanzar sus objetivos desarrollan actividades prohibidas por la ley, si bien los beneficios obtenidos suelen provenir de una combinación de estas con negocios legales constituidos esencialmente para blanquear los beneficios económicos o servir de encubrimiento a sus actividades ilegales. Hay una confusión siempre entre ilegalidad/legalidad,. Un medio frecuente de defensa y protección utilizados por las organizaciones criminales es la utilización de empresas legales para conseguir como mínimo dos objetivos enmascaramiento de la actividad ilegal por medio de la utilización de empresas -a veces pantalla- y blanqueo de fondos ilegales generados por el mercado ilícito explotado.
3. **Asociación de una pluralidad de personas.** El grupo delictivo se constituye de manera expresa para delinquir conforme a una idea de organización (jerarquía, distribución de funciones y tareas, y reparto de responsabilidades) que le permite desarrollar su actividad criminal. Esta característica excluye directamente a los grupos que de modo esporádico planean acciones delictivas de forma ocasional y oportunista
4. **Carácter de continuidad en el tiempo.** La organización criminal presenta vocación de perdurabilidad, de modo que su organización es permanente: sus miembros pueden ir renovándose, pero la estructura se adapta y sigue existiendo.
5. **Empleo de medidas de seguridad.** Dirigidas a salvaguardarse de las actuaciones del Estado y contra otros grupos criminales que operan competitivamente en sus mismos mercados criminales, la organización delictiva suele dotarse de todo tipo de medidas de seguridad⁶.

⁶ Diferente de las medidas de seguridad, algunos autores suelen apuntar también como característica a la autorización de la violencia hacia el interior y el exterior de las organizaciones. La violencia constituye un medio de desarrollo tradicional de los grupos criminales y su utilización puede tener diversos objetivos atendiendo las víctimas objetivos a quienes va dirigida: cumple fines disciplinarios cuando se ejerce hacia miembros propios de las organizaciones; fines defensivos cuando se dirige a miembros instituciones públicas; agentes de control o sujetos pertenecientes a otras organizaciones; y fines comerciales cuando los actos violentos constituyen acciones necesarias y propias del desarrollo del negocio legal.

6. Adaptabilidad. El grupo criminal modifica sus métodos y procedimientos, asume nuevas modalidades ilícitas, diversifica sus métodos y rutas criminales, buscando siempre ventajas ante la respuesta de los Estados y las Instituciones.

7. Transnacionalidad. La delincuencia organizada se beneficia de la «globalización»: la extensión de conexiones marítimas, aéreas y terrestres; el aumento de los intercambios comerciales mundiales; los constantes movimientos de personas, mercancías y capitales; el desarrollo de la tecnología aplicada a las telecomunicaciones; la apertura y eliminación de fronteras; y la interconexión de los mercados financieros nacionales e internacionales. En suma, la interdependencia creciente de los países y regiones es utilizada por la criminalidad organizada para extender sus actividades criminales transnacionalmente.

8. Provoca efectos indeseables en el ciudadano, la sociedad y en los Estados con importante potencial destabilizador. Sus actividades criminales afectan no sólo a la vida comunitaria, sino también a la economía, a la gobernabilidad y al funcionamiento ordinario de las instituciones públicas. El blanqueo de capitales derivado de su acción delictiva destabiliza y perturba la economía, creando una suerte de mercados paralelos, un «sector informal» que no respeta ni leyes ni regulaciones, una superposición entre la economía legal y la economía ilícita que puede llegar incluso a dinamizar artificialmente algunos sectores de modo que reducen los índices de productividad, se rebaja o elimina la competitividad y desincentiva la actividad empresarial.

9. Uso de influencia o corrupción. Utiliza la corrupción y otras formas de presión e influencia, aspirando, en casos, a consolidar posiciones de poder político y actuar como un grupo de presión para intentar controlar distintas instituciones.

Éstas son las principales señas de identidad para comprender que tipologías delictivas se incluye en el concepto de criminal organizada pero existen fenómenos que resultan muy similares Y que merecen análisis individual para profundizar en sus diferencias y similitudes.

5. Diferencias entre la criminalidad organizada y otras agrupaciones de tipo criminal: bandas juveniles, organización terrorista y criminalidad de empresa.

Hemos visto en la lección anterior que las banda juveniles, las más complejas y de mayor tamaño pueden reproducir algunos rasgos típicos del crimen organizado como la comisión de delitos con violencia el desarrollo de una cierta estructura organizativa una simbología propia y unas normas y hábitos característicos. Lo mismo ocurre con las organizaciones terroristas.

Sin embargo, existen varias diferencias que permiten distinguir entre las bandas juveniles y las organizaciones terroristas de los grupos del crimen organizado. La diferencia fundamental tiene que ver con la finalidad que justifica la existencia de cada una de esas agrupaciones delictivas.

En el caso de las bandas juveniles no están presentes elementos como la corrupción y la mayoría de los delitos de motivación económica propios de la delincuencia organizada y tampoco pueden asimilarse el potencial de violencia de unas y otras agrupaciones, que es normalmente superior en los grupos del crimen organizado. También se dice que su finalidad última no es enriquecerse ejercitar la violencia o el crimen sino conformar una identidad propia un estilo de vida alternativo para sus miembros por lo tanto los delitos con finalidad económica perpetrados por las bandas tiene como propósito el sustento de sus miembros y la preservación de una identidad e imagen social determinadas.

El caso del terrorismo guarda más parecido con la delincuencia organizada, aunque hay muy diferencias decisivas. En cuanto a su relación con terrorismo ambas actividades se retroalimentan pues se dice que hay ocasiones en que el crimen organizado financia las actividades terroristas (FARC y tráfico de drogas), el terrorismo además de enseñar al crimen organizado a operar en red, el sistema de células, le abre nuevas rutas de tráfico permitiéndole fluir por territorios por ellos controlados. Ambas actividades pueden tener en común el carácter de crimen organizado, pero tienen finalidades distintas. Mientras el objetivo de las organizaciones terroristas es político, el resto es el lucro económico. Mientras que la criminalidad organizada le interesa el anonimato, el secretismo de sus actividades el terrorismo busca publicidad, porque su propósito es generar “terror”. Mientras que el crimen organizado busca alianzas con el poder político, el terrorismo busca precisamente su confrontación. Y mientras que la criminalidad organizada es una forma sistémica al modelo económico y social capitalista, el terrorismo es una criminalidad anti sistémica. Puede que en la realidad se entrecrucen pero jurídica y político criminalmente son fenómenos distintos y por ello tratados separadamente en el Código penal.

6. Impacto social y político

En definitiva, la exigencia de mayor respuesta frente al fenómeno de la delincuencia organizada de justificada de la mayor peligrosidad de estas formas delictivas respecto la delincuencia individual (mayor desvalor de acción) y por suponer un ataque a bienes adicionales al afectar a la propia estabilidad del sistema político y económico del estado (mayor desvalor de resultado). La existencia de una estructura preparada para delinquir facilita la comisión de delitos, pues cuenta con los medios materiales y humanos necesarios para llevarlo a cabo (asesoramiento técnico, programa, ayuda, colaboradores etc.). Desde la perspectiva de la víctima también facilita la comisión del delito en la medida que disminuyen las posibilidades de defenderse. Esto es, las organizaciones criminales tienen capacidad para desestabilizar la organización política por el uso sistémico de medios intimidatorios y violentos (tanto fuera del grupo como hacia dentro del mismo para controlar a sus miembros)⁷, además del recurso a la corrupción como

⁷ Sobre víctimas de trata de personas con diferentes fines vid. <https://www.interpol.int/es/Delitos/Trata-de-personas/Tipos-de-trata-de-personas>

medio de infiltración en el poder público perturba los principios de funcionamiento de la administración, en particular los principios de igualdad, legalidad y eficacia con la consecuente decepción de los ciudadanos y la pérdida confianza en los poderes públicos.

Por su parte, también produce la desestabilización del sistema económico sobre todo por el recurso a la corrupción junto al blanqueo de capitales. El recurso sistemático a la corrupción debilita el sistema económico, reduce los ingresos del Estado y repercute en el precio de los productos (son más altos y de menos calidad porque hay que recuperar los costes de los sobornos), lo que a su vez contribuye a la desigualdad social y aleja las inversiones hacia otros países; el lavado de activos -muchas veces mediante la creación de empresas legales- genera graves distorsiones en la economía legal sobreinflando los precios de sectores como el inmobiliario (recordemos la burbuja inmobiliaria) y quiebran tanto las reglas de la libre competencia en cuanto que la empresa que respeta la legalidad nunca podrá competir con las ganancias del crimen organizado.

7. La medición del crimen organizado: enfoques directos e indirectos

La criminalidad organizada es un fenómeno en auge en Europa durante los últimos años, y este crecimiento ha llevado consigo un aumento del interés político al respecto en numerosos países, entre ellos España. Los informes sobre evaluación que publican las agencias europeas como Europol nos alertan desde hace años sobre el crecimiento y desarrollo de la criminalidad organizada.

La reciente necesidad de estudiar esta creciente amenaza para elaborar mecanismos de actuación adecuados ha puesto de manifiesto un problema, y es la dificultad que entraña la medición directa de dicho fenómeno. En concreto, en España, no existen estudios sobre el tema por lo que se debe partir de los datos recogidos por Europol para evaluar y medir la delincuencia organizada. Se parte de que dicha forma de delincuencia está formada por múltiples dimensiones interrelacionadas entre sí y que deben tenerse en cuenta⁸.

Sobre las cadenas de suministro en tráfico de personas vid. <https://www.accem.es/wp-content/uploads/2022/07/ACCEM-NAVEGANDO-CADENAS-SUMINISTRO-online.pdf>

⁸ Debería tenerse en cuenta numerosas variables:

1- El grupo como indicado: Este tipo de delincuencia está caracterizado por tratarse de un determinado grupo de individuos que realizan actividades ilegales directamente a través de la organización que forman. Se debe tener en cuenta:

- a. La extensión del grupo.
- b. Tipo de estructura.
- c. Grado de extensión por el territorio.
- d. La existencia o no de asociaciones con otros grupos.
- e. Grado de sofisticación del grupo.
- f. Antigüedad.
- g. Existencia o no de alianzas con empresas legales.
- h. Violencia hacia el interior y el exterior del grupo.

2- Miembros de los grupos: Se recaban datos desde dos puntos de vista distintos, por un lado se considera el número de miembros implicados y por otro lado la media de personas que integran los grupos.

La medición directa es problemática por:

- a) Impedimentos de tipo conceptual: Por la multidimensionalidad del concepto de crimen organizado, es decir por la cantidad de aspectos que engloba ya que se trata de un concepto muy amplio.
- b) Porque se trata de medir delitos complejos: cuyas formas de medición difieren de las acordadas para los delitos simples o comunes: se trata de los delitos fines de la organización y de todas las actividades delictivas instrumentales necesarias para el desarrollo de la actividad principal (falsedad documental, por ejemplo). Así mismo la transnacionalidad del fenómeno también dificulta enormemente la medición local ya que la ramificación de la organización en un determinado lugar no aporta información sobre el volumen correspondiente a la totalidad del mismo. Repárese que no es lo mismo fijar la tasa de homicidios o agresiones sexuales puesto que constituyen delitos que se ejecutan individualmente que los comportamientos enmarcados en un concepto multidimensional como es el crimen organizado. En este caso la acción se desarrolla bajo la actuación de grupos criminales que desarrollan mercados ilegales o actividades ilícitas de las que obtienen beneficios. Por su identidad grupal, esto es, la existencia de muchos miembros con intereses comunes.
- c) Por la posibilidad de acceder a los datos, ya que no son fáciles de conseguir (a veces son extremadamente confidenciales). La única fuente que alberga datos sobre este tipo de organizaciones es la base de datos del Ministerio del Interior, pero sigue siendo insuficiente ya que no desgana las numerosas actividades que se consideran delincuencia organizada, sino que aporta datos generales y considera criminalidad organizada los delitos cometidos por miembros concretos de grupos pertenecientes a la misma.

Igualmente, pese a la creciente preocupación académica sobre las víctimas de la criminalidad organizada también queda mucho por investigar. Por medio de investigaciones criminológicas, ha quedado sobradamente demostrado que la delincuencia organizada ostenta una capacidad de impactar en lo social, lo político y lo económico que va más allá de las víctimas individuales. Existen herramientas de suma utilidad como la realización de entrevistas de victimización y el desarrollo de índices delictuales complejos en ciudades o zonas en las cuales existe una mayor penetración de la delincuencia organizada transnacional, como ocurre en los poblados fronterizos de los Estados latinoamericanos. Ahora bien, el principal problema radica en determinar qué criterios se adoptan para valorar el daño directo o indirecto que causa el crimen organizado, cómo identificar a sus víctimas y cómo catalogar sus necesidades, para otorgarles la debida protección. Todo ello, en aras de plantear como un objetivo prioritario la articulación de estrategias preventivas que eviten y, en su caso, reduzcan los daños. Las encuestas de victimización se han utilizado con cierto éxito para medir la delincuencia organizada. En Europa se han desarrollado varias encuestas basadas en la metodología ICVS (UNICRI 2020)⁹.

3- Detenidos por delitos relacionados con el crimen organizado

⁹

<http://www.unicri.it/organized-crime-illegal-trafficking-and-illicit-financial-flows>

7.1 Principales fuentes de información sobre la delincuencia organizada

Frente a la aproximación doctrinal al fenómeno de la delincuencia organizada, con una limitación clara respecto de la información disponible, aparece la aproximación policial, con datos más precisos, y también reservados, respecto de la presencia, composición, estructura y actividades de los grupos del crimen organizado en España.

El concepto de delincuencia organizada es formulado directamente en el ámbito policial tomando como referencia el ofrecido por la EUROPOL y, en particular, el ofrecido por el Grupo de Trabajo de Drogas y Delincuencia Organizada del III Pilar de la Unión Europea, estructurado sobre una serie de indicadores básicos que se cumplimentan a partir del llamado "Cuestionario sobre Delincuencia Organizada"(vid. Punto anterior), que es el modelo todavía vigente en la confección de los informes anuales de la EUROPOL. Presentes el conjunto de indicadores mínimos en el grupo, que permite su calificación como "grupo de delincuencia organizada", el número de indicadores que se cumplan o falten, permitirá dibujar el perfil estructural de la organización en cuestión.

Como es lógico, el volumen más importante de información de naturaleza criminológica relativa a la delincuencia organizada en España, como en cualquier otro país, tiene su origen en las fuentes propias de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado y, en general, de las fuentes vinculadas al Ministerio del Interior.

En la actualidad, la información relativa a la delincuencia organizada se canaliza a través de tres vías:

1. Comunicados de Prensa del Ministerio del Interior.
2. Balances sobre "lucha contra el crimen organizado", elaborados por el CITCO
3. Sistemas de información e Informes EUROPOL.¹⁰

7.1.1 Comunicados de Prensa del Ministerio del Interior

La información proporcionada por parte del Ministerio del Interior puede hallarse, de forma fragmentada y fragmentaria, en su página web, dentro de la sección del **Gabinete de Prensa**, donde pueden descargarse los *Balances de la Criminalidad* desde el año 2000.¹¹ Sin embargo, en dichos **Balances de "Evolución de la Criminalidad"**, elaborados por el Gabinete de Estudios de Seguridad Interior (GESI), no se contiene información relativa a la delincuencia organizada. En los Balances citados sólo se atiende al análisis de aquellas infracciones que, se entiende, afectan más a la seguridad ciudadana, esto es, particularmente delitos contra la vida, la integridad y la libertad de los delitos contra el patrimonio, lesiones y hurto. En ellos no se distingue si tales infracciones han sido cometidas por delincuencia convencional o por delincuencia organizada.

Dentro del Ministerio del Interior, pues, y con independencia de las Notas o Comunicados de prensa que se llevan a cabo de forma más o menos periódica, la información relativa a

¹⁰ Interesante la página de Europol y sus estrategias

¹¹ <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delincuencia-organizada>

<https://www.interior.gob.es/opencms/gl/prensa/balances-e-informes/>

la delincuencia organizada es tratada de forma independiente a la del resto de la criminalidad y es proporcionada por un órgano independiente, el CITCO o Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado¹² (no se ha encontrado el Informe de CITCO solo el que fue aprobado por el Consejo de Seguridad Nacional en su reunión de 15 de marzo de 2019).¹³

Ahora bien, teniendo en cuenta que, como veremos, el CITCO solo ha hecho publico un informe y que en el SOCTA de EUROPOL cada vez aparece menos información pormenorizada de un país concreto, (y desde luego no aparecen ya datos estadísticos de naturaleza cuantitativa), en puridad, hoy por hoy, la única información de esta naturaleza sobre la delincuencia organizada en España se difunde públicamente a través de los comunicados de prensa del Ministerio del Interior.

7.1.2. Balances del Centro de Inteligencia contra el Terrorismo y el Crimen Organizado (CITCO)

El Centro de Inteligencia contra el crimen organizado (CITCO) fue creado en 2006, su función específica es elaborar la inteligencia estratégica en la lucha contra todo tipo de delincuencia organizada, así como, en su caso, del establecimiento de criterios de coordinación operativa de los servicios actuantes en los supuestos de coincidencia o concurrencia en las investigaciones. Igualmente, este órgano está encargado de realizar un informe anual sobre la evolución de la criminalidad organizada en España, así como una Evaluación Periódica de la Amenaza.¹⁴

La información del CITCO se nutre de la base de datos de acceso restringido denominada: **Sistema de Registro de Investigaciones Contra el Crimen Organizado (Sistema SRI-CITCO)**, la cual, como su nombre indica, está confeccionada sobre la base de investigaciones concretas realizadas sobre criminalidad organizada. Igualmente, se sirve del Sistema de Análisis, Evaluación y Explotación de Datos sobre Crimen Organizado y Drogas (SENDA), herramienta estadística más específica sobre el crimen organizado y el tráfico de drogas (atrasada a 2014).

El SENDA es un sistema estadístico centralizado que viene funcionando desde 2003. Recibe automáticamente toda la información relativa al Tráfico de Drogas, proveniente en su mayor parte del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil y de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera. Dispone de Datos Históricos de 1998 a 2002 procedentes de la Unidad Central de Inteligencia Criminal del CNP.

El SRI-CICO es un sistema informático de alta tecnología, como el SENDA, que centraliza las investigaciones, detectando posibles coincidencias que puedan traducirse en información relevante a nivel operativo, que inicialmente (en 2006) contenía inteligencia.

¹² <https://intelpage.info/centro-de-inteligencia-contra-el-crimen-organizado.html>

¹³ Solo sobre tráfico de drogas
https://www.ine.es/normativa/leyes/cse/proyecto_EstadisticaTraficoDrogas.pdf

¹⁴ <https://intelpage.info/centro-de-inteligencia-contra-el-crimen-organizado.html>

relativa al sobre el tráfico de drogas y en la actualidad respecto del conjunto de la criminalidad organizada.

El CITCO tiene relaciones privilegiadas con todas las policías autonómicas y con las Fiscalías y agencias especializadas en el delito de blanqueo de capitales. Del CITCO procede, pues, la única información estadística existente en la materia, y la más fiable, procedente del Cuerpo Nacional de Policía, de la Guardia Civil, del Servicio de Vigilancia Aduanera, así como de instancias autonómicas.

Por lo demás, debe subrayarse aquí que, dado que los dos principales instrumentos tecnológicos para la recopilación y tratamiento de la información relativa a la criminalidad organizada, en origen, fueron concebidos para la información relativa al tráfico de drogas y el blanqueo derivado del mismo, puede entenderse que tradicionalmente en España, la información relativa a la delincuencia organizada prácticamente se haya restringido a la información relativa al tráfico de drogas. También puede entenderse que tradicionalmente, y todavía hoy, la información relativa a este sector haya sido la más precisa y completa. Por otra parte, **podría tal vez afirmarse que la imagen de la criminalidad organizada en España obtenida a partir de la foto de la actividad relativa al tráfico de drogas podría acercarse bastante a la imagen real de la dimensión de la criminalidad organizada en nuestro país.**

Otras fuentes de origen policial son las tasa de Detenciones, que suele ser considerada el dato estadístico más fiable en cuanto a la eficacia policial. Sin embargo, el recurso a este indicador y su evolución no tiene por qué dar idea, con la misma fiabilidad, de la situación real de la criminalidad organizada de un país. En primer lugar, porque, de acuerdo con la ficha policial manejada, puede no existir un ítem necesario que pregunte por la posible relevancia de la detención a efectos de delincuencia organizada. Es sólo la "intuición" policial o en fases posteriores de la investigación en fase judicial, sin perjuicio de la labor independiente del CITCO, la que puede hacer derivar un caso de un hecho de delincuencia convencional a un supuesto de delincuencia organizada.

Si ello es así, las posibles detenciones efectuadas realmente vinculadas a este fenómeno podrían distar mucho de la realidad. De otra parte, los datos de eficacia son, como su nombre, indica, de eficacia policial cuyo incremento puede significar únicamente la existencia de un control más eficaz, pero no un incremento real del fenómeno. Además, tampoco debe desatenderse otro aspecto, muy llamativo, como es el gran contraste que parece existir entre el número de detenciones que se producen por una determinada operación y el número de personas que finalmente resultan condenadas en un eventual proceso. Podría pensarse, que en un sistema en el que parece investigarse sobre la base de coincidencias, análisis de riesgos, modelos matemáticos... sea fácil que el volumen de personas investigadas y detenidas no responda realmente al impacto y a la implantación que pueda tener la delincuencia organizada en un determinado país.

7.1.3. Informes y Bases de datos EUROPOL

EUROPOL es la Agencia Policial de la Unión Europea, y tiene su sede central en la Haya¹⁵. Su misión fundamental es proporcionar apoyo a los Estados Miembros para la prevención y lucha contra la delincuencia internacional grave y contra el terrorismo. De esta forma, EUROPOL contribuye al objetivo global de la seguridad en la UE, apoyando a las distintas fuerzas y cuerpos de seguridad de los Estados, a través del intercambio y análisis de inteligencia criminal. Tras la reforma operada en esta Agencia en 2010, el apoyo que EUROPOL puede prestar a los 28 Estados Miembros es cada vez mayor, a través de un mejor y más fácil acceso a las bases de datos, al análisis y a la inteligencia sobre su ámbito de actuación. De otra parte, EUROPOL también colabora mandando expertos o instalando oficinas móviles en los Estados Miembros que lo requieran. En su opinión, las amenazas más graves para la seguridad de la UE se derivan de:

- el terrorismo;
- el tráfico de drogas y el blanqueo de dinero a escala internacional;
- el fraude organizado;
- la falsificación de euros;
- y el contrabando de personas.¹⁶

7.1.4. Sistema de información EUROPOL (EIS)¹⁷

El principal propósito del sistema de información de Europol es la detección de coincidencias entre los datos proporcionados por los distintos Estados miembros y por terceros países vía Europol, especialmente en operaciones transfronterizas, basándose en el uso de una tecnología avanzada. Utilizan metodologías y técnicas que ayudan a detectar "eslabones perdidos" o "cabos sueltos" en las distintas investigaciones que se están llevando a cabo dentro de la UE relativas a crímenes transfronterizos. Alemania es el principal proveedor de información al sistema, seguido de Francia, Bélgica y España.

Para el cumplimiento de sus funciones, EUROPOL gestiona un sistema informático de información (TECS o *Europol Computer System*), que tiene como herramienta básica la aplicación SIENA: (*Secure Information Exchange Network Application*).

El Sistema de Información de Europol (EIS) es la base de datos central de información e inteligencia criminal de Europol. Cubre todos los ámbitos delictivos exigidos por Europol, incluido el terrorismo.

¹⁵ REGLAMENTO (UE) 2016/794 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 11 de mayo de 2016

¹⁶ Para ver el desglose vid. el siguiente enlace <https://www.europol.europa.eu/es/about-europol>

¹⁷ <https://www.europol.europa.eu/operations-services-and-innovation/services-support/information-exchange/europol-information-system>

Lanzado en 2005 y disponible en 22 idiomas, el EIS contiene información sobre delitos internacionales graves, personas sospechosas y condenadas, estructuras criminales y delitos y los medios utilizados para cometerlos. Es un sistema de referencia que se puede utilizar para verificar si la información sobre una determinada persona o un objeto de interés (como un automóvil, un teléfono o un mensaje de correo electrónico) está disponible más allá de las jurisdicciones nacionales u organizativas.

El EIS lo utilizan los funcionarios de Europol, los funcionarios de enlace de los Estados miembros y los expertos nacionales en comisión de servicios estacionados en la sede de Europol, así como el personal de las Unidades Nacionales de Europol y de las autoridades competentes de los Estados miembros. Además, algunos de los socios de cooperación de Europol pueden almacenar y consultar datos a través del centro operativo de Europol.

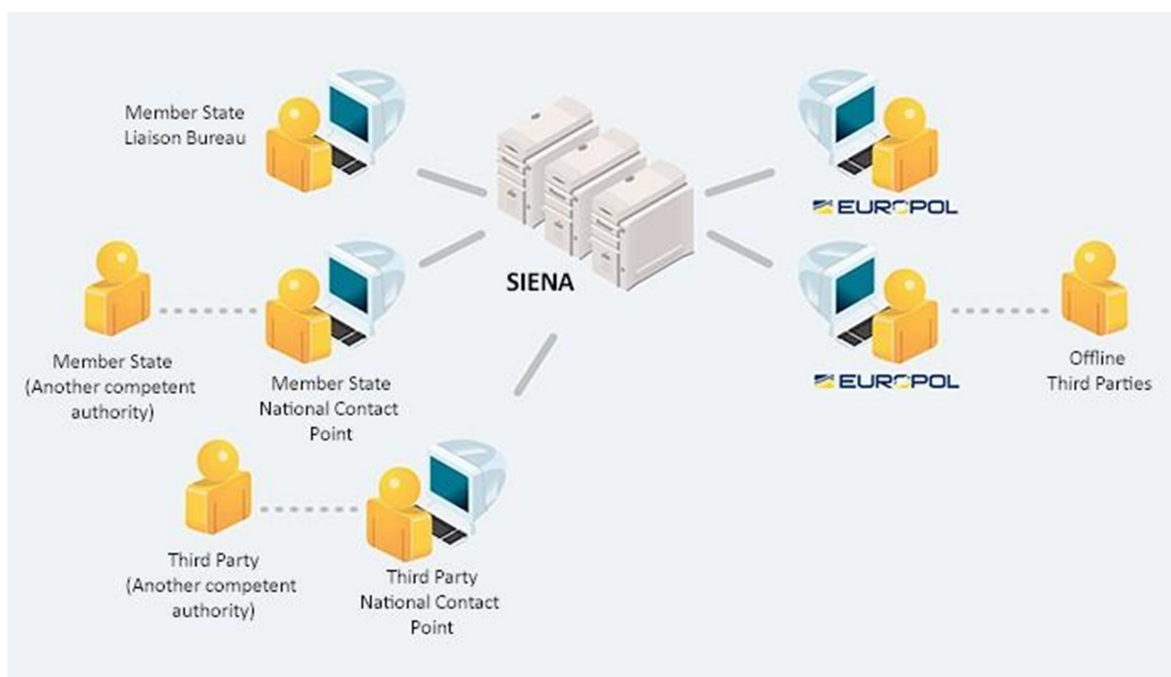
Los datos en el EIS se almacenan dentro de diferentes "entidades" en línea correspondientes a objetos reales como automóviles y documentos de identidad, y personas. Las "entidades" en línea se pueden vincular entre sí de diferentes maneras para crear una imagen estructurada de un caso penal. El sistema también permite el almacenamiento y la verificación cruzada automática de datos biométricos (ADN) y relacionados con el ciberdelito.

Por su parte, la **plataforma SIENA** o aplicación de intercambio seguro de información (Secure Information Exchange Network Application) permite el intercambio rápido y fácil de toda la información operativa y estratégica relacionada con el crimen entre:

- Funcionarios de enlace, analistas y expertos de EUROPOL
- Estados miembros
- terceros con los que EUROPOL tiene acuerdos de cooperación

¹⁸ Lanzado el 1 de julio de 2009, al año siguiente las siguientes entidades y países comenzaron a utilizarlo:

- Agencias policiales de la UE
- socios cooperantes como Eurojust, Frontex, OLAF e Interpol
- Estados cooperantes fuera de la UE, como Australia, Canadá, Noruega, Liechtenstein, Moldavia, Suiza y Estados Unidos.



La información operativa es procesada dentro del sistema Europol, usando "**Ficheros de trabajo operativos**" (**Analysis Work Files AWFs**) que están enfocados hacia una determinada área de trabajo. Analistas que trabajan en esos ficheros proporcionan información a operaciones en curso que están siendo conducidas por las policías nacionales de los Estados miembros. Y estas informaciones son a menudo una brecha para muchas investigaciones internacionales.¹⁹

Según datos del Ministerio del Interior, España ha participado en diversos AWFs. Entre ellos destacan los TWINS (Pornografía infantil), MARITZA (Trata de Seres Humanos), COLA (Tráfico de drogas de organizaciones criminales latinoamericanas), MUSTARD (Tráfico de cocaína), SUSTRANS (Transacciones de dinero sospechosas) y TERMINAL (Redes criminales implicadas en duplicado de tarjetas bancarias).

Dentro del sistema de análisis operativo, varios sistemas de información están interconectados. Así, de una parte, el **SNA o Social Network System**, utilizado para el análisis en materia de delincuencia organizada y de terrorismo. Este sistema se basa en la utilización de algoritmos matemáticos para mapear y medir complejos o largos juegos de datos e identificar rápidamente a los actores clave, grupos de objetivos sospechosos y otros patrones ocultos, que de otra forma permanecerían inadvertidos. Esta herramienta la entienden como una aproximación valiosa que complementa las técnicas convencionales

¹⁹ Igualmente, el sistema se apoya en otros pilares: el denominado ARS o Sistema de Análisis de Redes Sociales; el Sistema de Protección de testigos, considerado una de las piedras angulares en la lucha contra la delincuencia organizada y el terrorismo; informantes y control transfronterizo, con vigilancia o agentes encubiertos y entregas vigiladas. Recientemente también se ha implantado el Sistema notificaciones de Alerta Temprana (OC-SCAM) por el equipo de exploración, análisis y notificación de EUROPOL.

de análisis, contribuyendo a mejorar la calidad de la investigación y ayudando a orientar las prioridades en el trabajo de investigación²⁰.

7.1.5. Evaluación de amenazas de delitos graves y organizados (Informe SOCTA)

EUROPOL tiene también en materia de delincuencia organizada una función muy relevante en el análisis estratégico, que lleva a cabo a través del SOCTA (Organised Crime Threat Assessment).

El Informe SOCTA se inició por mandato del Programa de la Haya en 2004 y arranca de 2006, con una periodicidad anual. Se trata del documento de análisis estratégico más importante confeccionado por EUROPOL y es el documento sobre el que el Consejo de la UE elabora sus prioridades y recomendaciones respecto de la lucha contra el crimen organizado en Europa.

Frente a los anteriores Informes de la Unión Europea sobre delincuencia organizada (OCR u *Organised Crime Reports*), el SOCTA supone un cambio trascendental en el tipo de información que proporciona. Así, mientras que los primeros informes solo proporcionaban información cuantitativa, de carácter estático o de análisis de la situación, centrada mucho en el aspecto étnico y nacional y con un análisis por países de los grupos actuantes y de las principales actividades criminales llevadas a cabo; en el SOCTA se prioriza la información cualitativa y dinámica y el enfoque regional (a través de los *hubs* criminales), combinando el análisis de la situación (que se enfoca hacia el análisis de riesgos) y la información predictiva.²¹

La metodología SOCTA permite a EUROPOL comprender y evaluar la delincuencia grave y organizada de forma holística. El SOCTA analiza y describe los mercados y las áreas criminales en la UE; las redes delictivas o los delincuentes individuales que llevan a cabo estas actividades delictivas; así como los factores del entorno más amplio que dan forma a la naturaleza de la delincuencia grave y organizada en la UE.

En definitiva, EUROPOL utiliza un enfoque de método mixto que incluye técnicas de análisis cualitativas y cuantitativas y un conjunto de indicadores claramente definidos para identificar y especificar los fenómenos delictivos más amenazantes en la UE. EUROPOL llega a las prioridades recomendadas para la lucha contra la delincuencia organizada y grave para EMPACT basándose en esta metodología. La metodología SOCTA garantiza la transparencia y la fiabilidad proporcionando a los responsables de la toma de decisiones una base sólida para sus deliberaciones.

²⁰ De otra parte, también debe mencionarse el ECIM o *European Criminal Intelligence Model*. Este sistema se concibe como un proceso circular de flujo de información e inteligencia, basado en un concepto policial. Su instrumento esencial fue el OCTA.

²¹ Vid. En plataforma Teams vid. informe SOCTA 2021

<https://www.europol.europa.eu/activities-services/main-reports/internet-organised-crime-threat-assessment-iocta-2020>

Los Datos y fuentes del SOCTA 2021 son el resultado de un análisis detallado de la inteligencia recopilada como parte de la mayor recopilación de datos sobre delincuencia grave y organizada jamás realizada en la UE.

El SOCTA es producto de una estrecha cooperación entre Europol, las autoridades policiales de los Estados miembros y terceros, como agencias de la UE, organizaciones internacionales y países fuera de la UE con acuerdos de trabajo con Europol. La participación de estas partes interesadas cruciales también se refleja en el papel de la SOCTA como piedra angular de la Plataforma multidisciplinaria europea contra las amenazas delictivas (EMPACT) en la UE.

7.1.6. La Plataforma Multidisciplinaria Europea contra las Amenazas Criminales (EMPACT)

La Plataforma Multidisciplinaria Europea contra las Amenazas Criminales (EMPACT) proporciona un marco sólido que reúne a las autoridades policiales de los Estados miembros, Europol y una amplia gama de socios multidisciplinarios en la lucha contra la delincuencia grave y organizada. EMPACT traduce los objetivos estratégicos a nivel europeo en acciones operativas concretas contra la delincuencia grave y organizada.

EMPACT es un instrumento adoptado por la Unión Europea en 2010 para abordar las amenazas criminales más importantes a las que se enfrenta la UE. Optimiza la coordinación y la cooperación en las prioridades delictivas acordadas por todos los Estados miembros. Durante el ciclo, se invita a todos los servicios y partes interesadas, a nivel nacional y de la UE, a asignar recursos y reforzar esfuerzos mutuamente. Teniendo en cuenta la naturaleza en rápida evolución de la delincuencia, EUROPOL también prepara una revisión intermedia de las amenazas nuevas, cambiantes o emergentes, en cooperación con los Estados miembros y las agencias pertinentes de la UE.²²

Principales amenazas del crimen organizado

En las **conclusiones del SOCTA 2021** haciendo una evaluación exhaustiva ha identificado los siguientes fenómenos como amenazas delictivas clave a las que se enfrenta la UE:

- redes delictivas de alto riesgo (incluidas la corrupción, el blanqueo de dinero y uso de armas de fuego)
- ciberataques
- delitos contra las personas
- drogas
- fraude
- delitos contra la propiedad
- delitos contra el medio ambiente

y el Informe SOCTA hace las siguientes consideraciones en la pág. 98

²² Vid. Prioridades para la lucha de la delincuencia grave <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/empact>

El panorama de la delincuencia organizada se caracteriza por un entorno en red en el que la cooperación entre los delincuentes es fluida, sistemática y orientada al beneficio. Una característica clave de las redes delictivas, confirmada una vez más por la pandemia, es su agilidad y flexibilidad para adaptarse a los cambios del entorno en el que operan y aprovecharlos. Los obstáculos se convierten en oportunidades delictivas y pueden ser tan simples como adaptarse a nueva situación a de un modus operandi conocido.

Las **redes criminales de alto riesgo** pueden utilizar la corrupción como parte intrínseca de su modelo de negocio y dirigirse a funcionarios o sectores públicos y privados en posiciones estratégicas. La corrupción erosiona el Estado de Derecho, debilita las instituciones de los Estados y obstaculiza el desarrollo económico. La corrupción es una amenaza clave a la que hay que hacer frente en la lucha contra las redes delictivas implicadas en cualquier ámbito de la delincuencia grave y organizada. Las redes delictivas de alto riesgo de la UE se basan fundamentalmente en la capacidad de blanquear grandes cantidades de beneficios delictivos. Para ello, los blanqueadores de dinero profesionales han establecido un sistema financiero (subterráneo) paralelo para procesar transacciones y pagos alejados de cualquier mecanismo de supervisión que rija el sistema financiero legal. Este sistema paralelo garantiza la imposibilidad de rastrear los beneficios delictivos como parte de una sofisticada economía criminal, lo que permite a las redes delictivas de alto riesgo prosperar financieramente.

La amenaza de **los ciberataques** ha aumentado en el últimos años, no sólo en cuanto al número de ataques denunciados, sino también en cuanto a la sofisticación de los mismos. Aunque es probable que la delincuencia del ciberespacio no se denuncie lo suficiente. El rápido avance de la digitalización de la sociedad y la economía crea constantemente nuevas oportunidades para los delincuentes implicados en los ciberataques. La disponibilidad de servicios de ciberdelincuencia en línea, como parte de un modelo de negocio de delincuencia como servicio, hace que la ciberdelincuencia sea más accesible al disminuir los conocimientos tecnológicos necesarios para llevar a cabo estos delitos.

Las **redes de tráfico de migrantes** ponen cada vez más en peligro la integridad física y psicológica de los migrantes irregulares, con el objetivo de maximizar los beneficios y reducir el tiempo y los costes operativos. Los servicios de facilitación de movimientos secundarios están muy solicitados. Las redes de tráfico ilícito de migrantes demuestran ser muy adaptables y capaces de modificar rápidamente su modelo de negocio y sus rutas en respuesta a la evolución de la actividad policial, a las restricciones de viaje y a los cambios logísticos y ambientales.

Las redes de tráfico altamente organizadas también tienen conexiones para seguir explotando a los migrantes irregulares una vez que han llegado a su destino, mediante la servidumbre por deudas. El espacio digital se ha convertido en un elemento clave para la captación y el reclutamiento de víctimas de la trata con fines de explotación sexual y es atendido por intermediarios que mantienen plataformas en línea y sacan provecho de la oferta de servicios tanto a las redes delictivas como a los clientes de servicios sexuales.

La **trata de seres humanos** con fines de explotación laboral sigue sin ser denunciada. La inseguridad económica crea oportunidades para que los traficantes recluten a las víctimas en países con altos niveles de desempleo, bajos niveles medios de educación y escaso conocimiento de los derechos laborales.

El **tráfico de cocaína** es una actividad clave para las redes delictivas de alto riesgo activas en la UE. Las redes delictivas con sede en la UE que se dedican al tráfico de cocaína han ampliado sus operaciones para tener un alcance mundial. El número de incidentes violentos relacionados con el comercio de cocaína ha ido en aumento. La naturaleza de estos ataques también está aumentando en términos de impacto y de víctimas, que ahora incluyen a periodistas, abogados, testigos y otras personas no involucradas en el comercio de cocaína. El mercado de la cocaína es una importante fuente de ingresos para los delincuentes y permite la infiltración criminal en la economía lícita.

El cannabis sigue siendo la droga ilegal más consumida en la UE. El mercado del cannabis es una importante fuente de beneficios para la delincuencia grave y organizada en la UE. Las redes delictivas están muy implicadas en el cultivo y el tráfico de cannabis. El cultivo de hierba de cannabis cerca de la UE y dentro de ella ha aumentado aún más. Apoyándose en equipos de cultivo avanzados, las redes delictivas que operan en lugares de cultivo profesionales han podido aumentar aún más el rendimiento de sus cosechas. La resina de cannabis sigue siendo objeto de tráfico en grandes cantidades desde Marruecos hacia la UE.

La producción y comercio de drogas sintéticas en la UE tiene lugar en la mayoría de los casos en la UE y posteriormente se distribuyen a nivel mundial y en los mercados europeos. La producción de drogas sintéticas en la UE se está expandiendo y se espera que siga haciéndolo en un futuro próximo. Las redes delictivas implicadas en la producción de drogas sintéticas han demostrado su resistencia y capacidad de adaptación a cambios como la prohibición de determinadas sustancias (pre)precursoras y productos químicos esenciales, ajustando sus procesos de producción.

Las **nuevas tipologías de fraude** están relacionadas con las herramientas en línea y las técnicas digitales. Los esquemas de fraude en línea presentan diversas tipologías. Entre ellas se encuentran, entre otras, el fraude BEC, que se dirige a empresas y organizaciones; el SIM *Swapping* y el *smishing*; el fraude de inversión en línea, que implica cada vez más a las criptomonedas; el *phishing*, que sigue siendo una amenaza importante y sigue evolucionando en sofisticación.

El número global de incidentes de **delincuencia organizada contra la propiedad** sigue siendo elevado, especialmente en lo que respecta a los robos domésticos, con más de un millón de casos al año, que afectan directamente a cientos de miles de ciudadanos. Los delincuentes implicados en la delincuencia organizada contra la propiedad siguen recorriendo largas distancias de una región a otra y de un país a otro cometiendo delitos contra la propiedad. Cambian fácilmente entre los diferentes tipos de robos y hurtos.

El SOCTA 2020 termina diciendo que los delincuentes utilizan principalmente a las empresas para perpetrar **delitos medioambientales**. Los delincuentes tratarán de infiltrarse y explotar cada vez más los sectores del reciclaje y las energías renovables. Estos dos sectores van a crecer considerablemente y atraerán tanto inversiones del sector privado como financiación pública.

En definitiva, que la delincuencia grave y organizada sigue siendo una de las principales amenazas para la seguridad de la UE.

8. Áreas de actuación e principales mercados ilícitos y rutas internacionales.

Para obtener más información sobre los tipos de delitos contra los que está luchando EUROPOL, y sobre el otro trabajo que está realizando, haga clic en los mosaicos a continuación. <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-trends/crime-areas>
Vid. Informe SOCTA 2021

9. Aspectos penales y procesales del crimen organizado

Una advertencia : Al analizar la delincuencia organizada más allá de los típicos indicadores descriptivos como la nacionalidad, la actividad delictiva u otras características comunes, en muchos casos el análisis revela un paisaje fragmentado de diferentes redes de individuos y grupos que colaboran.

Estos actores interactúan entre sí en la búsqueda de objetivos delictivos comunes. Esto hace que las operaciones delictivas sean más complejas que si fueran organizadas de principio a fin por un único grupo. Además, en varios puntos de la cadena del proceso delictivo, los delincuentes pueden operar en varias redes diferentes o prestarles servicios.

Las redes delictivas están compuestas por contactos que interactúan entre sí de forma más permanente o ad hoc. Las redes varían en tamaño. Las redes más pequeñas suelen operar a nivel regional o local, apoyándose en socios autónomos. En muchos casos, estos socios prestan sus servicios a varias redes al mismo tiempo. Las redes más grandes suelen operar a nivel internacional y participan en operaciones más complejas.

La presencia cada vez mayor de redes flexibles y dispersas, pero más orgánicas en su configuración, es un reflejo de la creciente proliferación del modelo de negocio de la delincuencia como servicio, según el cual las redes criminales y los empresarios criminales individuales ofrecen actividades delictivas como un servicio a otros. La delincuencia como servicio es un concepto amplio y puede implicar la prestación de cualquier servicio delictivo, desde la provisión de aplicaciones técnicas para la ciberdelincuencia hasta servicios de blanqueo de dinero.

Para captar toda la complejidad y la naturaleza flexible de las modernas redes de delincuencia organizada, deben tenerse en cuenta otros elementos. Esto incluye los roles que ocupan los individuos y los grupos en las redes, la colaboración ad hoc, las asociaciones o colaboraciones ocasionales y la cooperación entre delincuentes de muchas nacionalidades. Esto puede servir para orientar un enfoque operativo que permita identificar los puntos débiles de las redes delictivas y los objetivos de alto valor (HVT) Centrarse en las funciones y la infraestructura delictiva puede también poner de relieve el impacto y la importancia de la diversidad de actores implicados en las actividades delictivas. Estos no se limitan a las categorías obvias de líderes, organizadores, intermediarios, o blanqueadores de dinero a gran escala. También pueden ser personas que ofrecen conocimientos especializados o acceso a contactos o infraestructuras cruciales, como expertos técnicos, asesores jurídicos y financieros o proveedores de servicios, que bien pueden estar integrados en una red delictiva u operar de forma independiente, prestando servicios delictivos vitales como agentes intermediarios o brókeres que buscan financiación, sicarios, abogados, contables, intermediarios de información y contactos, falsificadores de documentos, proveedores de soluciones técnicas/de cifrado, entre otros.

9.1. Los límites del Derecho penal tradicional

El Derecho penal tradicional no cuenta con las herramientas necesarias para desafiar el fenómeno de la criminalidad organizada tal y como hemos expuesto en el epígrafe anterior porque la responsabilidad penal se establece siempre en relación al individuo singularmente considerado. Es desde la perspectiva del autor individual (y en todo caso los partícipes., esto es cooperador necesario, cómplice) desde la que se han desarrollado sus categorías y conceptos penales (acción, dolo, culpa, conciencia, culpabilidad, error, autoría y participación, peligrosidad, fines de la pena, etcétera). Los principales problemas en este sentido se producen, sobre todo, en materia de la autoría y la participación pues es difícil encajar a las organizaciones en el concepto tradicional de “pluralidad de responsables.”. Pensemos: ¿Dónde está el límite entre conductas neutrales y conductas punibles de participación o autoría?: ¿Y qué ocurre con el colaborador externo (profesionales, políticos, empresarios, banqueros, abogados, notarios) que dan soporte técnico, material o personal (asesoramiento, trabajos subcontratados al crimen organizado) y que frecuentemente realizan actos ejecutivos del delito instrumental (falsedades)²³?

El primer autor en intentar dar una respuesta fue ROXIN con su tesis “de la autoría a través de aparatos organizados de poder” atribuyendo el delito complejo al “hombre de atrás” , al sujeto que toma las decisiones, al que ordena, pese a que en esta teoría los ejecutantes del delito (autores inmediatos) también son considerados autores responsables. Sin embargo, la teoría de “la autoría a través de aparatos organizados de poder”, es una teoría no totalmente aceptada, porque supone que los miembros que ocupa los escalones más bajos de la estructura organizativa son siempre prescindibles o sustituibles por otros, cosa que no siempre es así (frecuentemente realizan actos ejecutivos y son conscientes de que lo que están haciendo está dirigido a cometer una infracción penal)²⁴. Para MUÑOZ

²³ <https://www.interpol.int/es/Delitos/Falsificacion-de-moneda-y-documentos-de-seguridad/Formacion-sobre-documentos-fraudulentos>

²⁴ Como sabemos en la *autoría mediata* responde del delito el llamado “hombre de atrás” porque domina la voluntad del autor ejecutor (el autor inmediato) por coacción, por error, por utilización de inimputables y menores. Se diferencia, de la teoría de “autoría por aparatos organizados de poder”, también denominado “dominio por organización” porque su defensor ROXIN afirma que la autoría mediata no se basa solo en el dominio de la voluntad conseguido a través de coacción, desconocimiento o error, sino también en la utilización por parte del “hombre de atrás” de una “organización personal” (casi siempre organizada estatalmente) con cuya ayuda puede cometer sus crímenes sin tener que delegar su realización a la decisión autónoma del ejecutor, puesto que se trata de una organización que funciona “automáticamente”, sin que importe la “persona individual del ejecutor”, que es sustituible, dato del que es consciente el hombre de atrás pues “sabe que si uno de los numerosos órganos o personas que cooperan en la realización de los delitos elude cumplir su cometido, inmediatamente otro va a suplirle, no resultando afectada la ejecución del plan global”. Por tanto, en estos supuestos “no falta, pues, ni la libertad ni la responsabilidad del ejecutor directo, que sigue siendo responsable penalmente como autor culpable y de propia mano”. Pero estas circunstancias son irrelevantes para el dominio por parte del sujeto de detrás, porque el agente ejecutor no se presenta “como persona individual libre y responsable, sino como figura anónima y sustituible”. Tal intercambiabilidad del ejecutor directo llega hasta el punto de que el hombre de atrás no.

CONDE la solución está en la autoría compartida, esto es, la coautoría donde el delito se realiza sin que el cerebro o principal responsable esté presente en la ejecución pero responde penalmente.

Sea como fuere lo cierto es que la teoría de la participación (art. 27, 28 y 29 CP), diseñada sobre el supuesto de un autor principal, no resuelve todos los problemas de responsabilidad penal de conductas que serían merecedoras de sanción penal en el universo de posibilidades que se presenta en la criminalidad organizada. En definitiva, es preciso acomodar las categorías tradicionales a estas estructuras organizadas con pluralidad de miembros a efectos de individualizar la respuesta penal concreta de cada uno. Algo similar ocurre con las víctimas de la criminalidad organizada que, también se multiplican sin relación entre ellas.

Estas necesidades urgentes de penalización y de atribución de un hecho delictivo a su autor en el marco de las organizaciones delictivas complejas se han querido solucionar con tipos penales muy abiertas y que implican un aumento de penas, y la anticipación o intervención del derecho penal a estados propios de los actos preparatorios. Y en muchos casos, desde el punto de vista procesal, también ha derivado en la flexibilidad de los derechos fundamentales en relación con la inviolabilidad del domicilio, las comunicaciones personales, las transacciones bancarias, etc.. Entre estas medidas de investigación, se pueden mencionar, las diligencias de entrada y registro (arts. 545 a 578 LECrim), tanto en lugares privados como públicos, la detención y apertura de las comunicaciones correspondencia escrita y telemática (arts. 579 a 588 LECrim), así como nuevas medidas de investigación que fueron introducidas, debido a la proliferación de las nuevas tecnologías, con la reforma de la LECrim, a través de la Ley Orgánica 3/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, y son, la intervención de las comunicaciones telefónicas y telemáticas (art. 588 ter LECrim), la captación y grabación de las comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos (art. 588 quater LECrim), la utilización de dispositivos técnicos de seguimiento, localización y captación de la imagen (art. 588 quinquies LECrim), el registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información (art. 588 sexies LECrim) o el registro remoto sobre equipos informáticos (art. 588 septies LECrim).

9.2. Figuras penales frente al crimen organizado

Hasta la reforma penal por la LO 5/2010 en España no existía un concepto de criminalidad organizada. Sólo había una definición procesal a propósito de la figura del agente encubierto el artículo 282 bis que la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁵, e innumerables reglas dispersas por todo el Código penal que hacían referencia al carácter organizado de los delitos, lo que generaba problemas aplicativos y situaciones concursales de difícil

necesita conocerle personalmente, ya que debido a la organización puede confiar en que cumplirá sus órdenes, incluso sin conocimiento personal alguno.

²⁵ Vid. El actual número 4 del artículo 282 bis LECrim: "A los efectos señalados en el apartado 1 de este artículo, se considerará como delincuencia organizada la asociación de tres o más personas para realizar, de forma permanente o reiterada, conductas que tengan como fin cometer alguno o algunos de los delitos siguiente.

solución. Y ello porque la gran actuación delictiva en grupo podría constituir una agravante genérica artículo 22. 2 del CP, se podía castigar como conspiración para delinquir el artículo 17.1 CP o constituir una cualificación específica en numerosos delitos como la trata de seres humanos, abusos o agresiones sexuales a menores de 13 años (ahora 16 años), prostitución y corrupción de menores, descubrimiento revelación de secretos, daños informáticos, daños relativos a la propiedad intelectual e industrial, blanqueo de capitales. Y también podía castigarse a través de la figura de asociación ilícita (art 515.1 CP) cuya estructura estaba orientado casi exclusivamente a suministrar a jueces y policías la cobertura procesal necesaria para investigación de futuros delitos. Su utilización justificaba el adelantamiento de la intervención penal a efectos de investigar delitos que no se habían ejecutado ni siquiera en la fase de tentativa (delito procesal- sirviente)²⁶

En el año 2010, la reforma penal producida mediante Ley Orgánica 5/2010 supuso la introducción de una regulación completamente nueva de los delitos de organización comunes. En lo esencial, el nuevo diseño normativo consiste en una mera traducción de las correspondientes definiciones de la Convención de Palermo y de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo: se pena la pertenencia, la dirección o fundación de una organización criminal, así como la mera cooperación con la misma. También se ha tipificado específicamente la dirección, la financiación o la pertenencia a un “grupo criminal” (cuyas características no se definen en el texto legal, incluyendo tan sólo una referencia a que se trata de un colectivo de menor entidad que la organización). Finalmente, siguen tipificadas las conductas correspondientes respecto de una organización terrorista y también se mantiene - lo que resulta incomprensible y genera severos problemas de delimitación- la tradicional asociación ilícita.

²⁶ La figura delictiva de asociación ilícita (que distingue entre fundación/dirección y mera pertenencia a la asociación ilícita) fue aplicada durante el S. XIX, y sobre todo durante la dictadura del General Franco, de modo prácticamente exclusivo a colectivos políticos, esto es, para la represión de la disidencia y resistencia políticas. Después del cambio de régimen producido en el año 1977, como es natural, se derogaron las distintas alternativas típicas que criminalizaban distintas organizaciones políticas. Junto con otras modalidades típicas residuales y la asociación ilícita terrorista se mantuvo la asociación ilícita general (la asociación para cometer delitos). Sin embargo, cabe sospechar que en todo el entramado de los órganos de persecución criminal debía subsistir de algún modo en el subconsciente colectivo respecto de las infracciones relacionadas con las asociaciones ilícitas comunes cierta identificación con la época de represión política lo cierto es que prácticamente no hubo aplicación alguna de la figura - con alguna excepción puntual- hasta tiempos muy recientes. La única excepción a esta situación de casi completo desuso de los delitos de organización la suponía la alternativa típica de la asociación ilícita terrorista, que ha conducido (y conduce) a numerosísimas condenas, sobre todo debido a las actividades armadas masivas de la organización terrorista ETA. En este ámbito —como es habitual en el Derecho comparado— también ha sido siempre delictiva, aparte de la pertenencia, la mera colaboración con una organización de estas características. Últimamente, la figura de asociaciones ilícitas ha tenido también un protagonismo notable en la práctica criminal española, especialmente con referencia a sujetos condenados por delitos de “cuello blanco” como políticos, abogados, jueces, empresarios, etc., (por ejemplo el caso Gúrtel) que difícilmente se podrían considerar como verdaderos “miembros” de las organizaciones criminales y que, sin embargo, muchas veces cooperan estrechamente con tales organizaciones, permitiéndoles realizar sus objetivos ilícitos.

9.3 La organización criminal como estructura compleja

En el plano del Derecho penal material, la consideración de las organizaciones delictivas tiene lugar en dos formas principales: por un lado, mediante la utilización de causas de agravación de la pena previstas para la comisión de diversas infracciones en un grupo organizado; por otro, mediante las infracciones que consisten en la (mera) pertenencia a (o colaboración con uno de los colectivos organizados implicados, sin necesidad de que exista una concreta infracción criminal distinta de la integración en la organización en cuestión (en adelante, delitos de organización).

En consecuencia, en el Derecho penal material el fenómeno de “los delitos de organización o criminalidad organizada” se manifiesta penalmente en dos direcciones: por un lado, en la existencia de colectivos de actividad delictiva orientada al lucro económico: tráfico de drogas, armas o personas, u organizaciones mafiosas de diversas características (criminalidad organizada común □ Capítulo VI: De las organizaciones y Grupos criminales (arts. 570 bis a 570 quáter). Por otro, en las agrupaciones orientadas hacia la política: las organizaciones terroristas, la criminalidad organizada política que se castigará separadamente (criminalidad organizada terrorista □ Capítulo VII: De las organizaciones y Grupos Terroristas y de los delitos de terrorismo, arts. 571 a 580 bis).

Con respecto de la organización criminal orientada al lucro económico se establece, por un lado, el **delito de intervención en posición directiva en una organización criminal** (promover, constituir, organizar, coordinar o dirigir) (así en el art. 570 bis 1., primer párrafo, primer inciso CP), y, por otro, **el delito de intervención sin posición directiva en una organización criminal** (participar activamente, formar parte, cooperar económicamente o de cualquier otro modo) (art. 570 bis 1., primer párrafo, segundo inciso CP). Ambas modalidades de pertenencia se castigan con penas diversas en función de que el fin de la organización sea el de cometer delitos graves (cuatro a ocho años de prisión para miembros directivos, tres a seis años para meros miembros) o cometer otro tipo de infracciones criminales (dos a cinco años para directivos, uno a tres años para los demás supuestos)²⁷.

²⁷ **Artículo 570 bis:** Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

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 repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos.

1. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

a) esté formada por un elevado número de personas.

b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.

Se considera *organización criminal*, la “agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”; por el contrario, se considera *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”. Se ha considerado tal, por ejemplo, a pequeños clanes dedicados al tráfico de drogas.

Por tanto, como afirma el Tribunal Supremo, mientras que la organización criminal requiere, además, el carácter estable o su constitución o funcionamiento por tiempo indefinido, y que de manera concertada y coordinada se repartan las tareas o funciones entre sus miembros con aquella finalidad, el *grupo criminal* puede apreciarse aunque no concurra ninguno de estos dos requisitos, o cuando concurra solo uno de ellos. **De esta forma, se reserva el concepto de organización criminal para aquellos supuestos de mayor complejidad de la estructura organizativa, pues es, precisamente, la estabilidad temporal y la complejidad estructural lo que justifica una mayor sanción en atención al importante incremento en la capacidad de lesión.**

Por lo tanto, para la apreciación de la organización criminal no basta cualquier estructura distributiva de funciones entre sus miembros, que podría encontrarse naturalmente en cualquier unión o agrupación de varias personas para la comisión de delitos, sino que es preciso apreciar un reparto de responsabilidades y tareas con la suficiente consistencia y rigidez, incluso temporal, para superar las posibilidades delictivas y los consiguientes riesgos para los bienes jurídicos apreciables en los casos de codeinuencia o, incluso, de grupos criminales.

9.4. El grupo criminal como categoría residual.

Los grupos criminales, se definen por exclusión, pueden carecer, por tanto, de una estructuración organizativa perfectamente definida, o bien, pueden contar con una estructura organizativa interna pero no perpetuarse en el tiempo. Como ha afirmado recientemente el Tribunal Supremo: “el grupo se perfila como figura residual respecto a la organización”.

En el ámbito de los grupos criminales se renuncia a toda definición: más bien se define “precisamente por exclusión”, es decir, se define diciendo que algo falta, para aprehender “otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual” —¿cuáles serán? ¿casos de codeinuencia, inexistentes en “la sociedad anterior”?-, que carecen de alguno de los elementos propios de la organización criminal, y “aportan” un igualmente misterioso “plus

c) 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.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.

2. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueren contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos (tipo hipagravado).

de peligrosidad criminal” Puesto que ambas formas colectivas (las organizaciones y los grupos criminales) comparten el elemento programático de cometer delitos, y también el número mínimo de tres integrantes, lo único que puede faltar es la permanencia o la diversificación de funciones. Dicho de otro modo: que no sean grupos, ni agrupaciones, ni nada que se le parezca, sino llanamente supuestos de codelincuencia: si tres sujetos que ni se reparten tareas de manera estable ni tienen plan de permanecer unidos de modo permanente resuelven cometer delitos, no estamos ante un verdadero colectivo, sino ante un caso de mera codelincuencia.²⁸

9.5. Conductas castigas

a) Relativas a las organizaciones criminales.

En relación con las organizaciones criminales, el art. 570 bis CP castiga a quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren las mismas.

Deben considerarse promotores o constituyentes quienes adoptan decisiones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización. Es decir, aquéllos que determinan las actividades y finalidades de la misma y sus líneas esenciales de actuación, y también quienes la promocionan o promueven y quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización o de coordinación de las tareas de "reclutamiento" de sus futuros miembros. Por otra parte, son dirigentes, directores, organizadores y coordinadores, con carácter general, los que gobiernan o mandan en el colectivo, esto es, aquéllos que dan las órdenes o directrices que deben seguirse dentro de la organización y que tienen por tanto capacidad de decisión.

El art. 570 bis CP extiende la responsabilidad penal no sólo a quienes participaren activamente en la organización sino también a aquellos que formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma, es decir, a los miembros activos de la organización, y también a los meros integrantes y a los que colaboren con la organización en cualquier forma.

²⁸ Algunos autores como GARCÍA RIVAS hablan de “delincuencia insidiosa”, entendida como “delincuencia a pequeña escala” (¿grupos de carteristas?), que puede afectar a la “seguridad ciudadana” por su reiteración; Otros aluden, en sentido próximo, a una “específica criminalidad que azota al turismo de las grandes ciudades”, y, que quizás de lo que se trate es de aprehender las “asociaciones criminales transitorias”, aunque éstas ya estuvieran abarcadas tanto por la conspiración -en los delitos más graves- como por diversas agravaciones en la Parte Especial del Código. Si ésta fuera la intención del legislador -no explicitada en el Preámbulo-, sin embargo, lo primero que hay que preguntar es cómo se explica el diseño del “grupo criminal”, que también comprende otras infracciones graves y alejadas del estereotipo de grupos de criminalidad insidiosa, pero a pequeña escala. También hay que preguntarse si puede introducirse ese discutido y discutible concepto jurídico-administrativo, policial, de “seguridad ciudadana”, por la puerta de atrás en el mundo del Derecho penal, y si resulta justificado hablar de ese “plus de peligrosidad” y adecuado imponer las penas que prevé la nueva regulación.

La participación activa en las actividades ilícitas de la organización supone una actuación de común acuerdo en la finalidad criminal, que incluye la realización de todo tipo de actividades de diferente entidad material que coadyuven a la estructuración, cohesión y actividad de la organización en conexión directa con el proyecto criminal. Son indicios que coadyuven a probar la participación en la organización, la coordinación y concierto entre los acusados y la diversidad de funciones que pudieran desempeñar. Para la interpretación del concepto de pertenencia o integración que recoge el artículo 570 bis CP puede ser utilizada la doctrina que han ido elaborando los tribunales en relación con las organizaciones terroristas, aunque difiera la respectiva finalidad. La intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos.

El tipo del art. 570 bis incluye conductas de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, entre las que pueden considerarse incluidas las de facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación, de captación de nuevos participantes, así como de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal.

En este sentido, conviene recordar que el delito de *organización criminal* (lo mismo ocurre con el de *grupo criminal*) castiga conductas distintas a las que se corresponden con los delitos para los que se constituyen aquella o éste, y por tanto no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización criminal con la exigible por la comisión de los distintos delitos que puedan llegar a ejecutarse en su seno, ya que la responsabilidad por estos hechos deberá sujetarse a las reglas generales de autoría y participación, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el acto ilícito ejecutado derivadas del mero hecho de formar parte de la organización. Estos delitos pueden ser de cualquier clase, aunque predomine el tráfico de drogas y de personas, pero también alcanza a la trama de financiación ilegal de partido político, etc.

Esa desvinculación de la *organización criminal* (también del *grupo*) respecto a un delito concreto permite distinguirlos de la conspiración para delinquir (art. 17 CP). La conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución.

A efectos punitivos, el legislador distingue entre organizaciones dedicadas a la comisión de delitos graves y otras dedicadas a delitos menos graves o leves (las antiguas faltas). Aunque sea difícil distinguir desde un punto de vista criminológico ambas figuras, habrá que interpretar esta distinción de manera restrictiva, asignándole la pena inferior (3 a 6 años de prisión para dirigentes y 1 a 3 años para meros integrantes o cooperadores) a las organizaciones que *preferentemente* se dediquen a la delincuencia de poca monta, y reservar la pena superior (4 a 8 años para dirigentes y 2 a 5 años para meros integrantes o

cooperadores) a las organizaciones que se dedican a delitos de relevancia, castigados con penas superiores a 5 años de prisión²⁹.

b) Relativas a grupos criminales.

A diferencia de las organizaciones criminales, en relación con los grupos el art. 570 ter castiga sólo la **constitución, financiación o integración**, pero no otras conductas de colaboración, que pueden ser impunes si no se corresponden con otras figuras participativas, de complicidad sobre todo.

Respecto a las conductas de **constitución e integración**, supone fundar el grupo o participar en él con perfecto conocimiento de sus fines, es decir que serán integrantes quienes intervengan en la planificación y realización de los objetivos del grupo. Conviene recordar, asimismo, que la jurisprudencia suele calificar como integrante (en un grupo terrorista, por ejemplo) a quien *colabora de manera estable, es decir no sólo en una acción determinada sino a lo largo del tiempo*. En ese caso, la impunidad desaparece, toda vez que dicha “colaboración” puede ser calificada como “integración”.

También debe distinguirse la integración en el grupo criminal y la conspiración para delinquir, como se acaba de explicar en relación con la organización criminal. Según el art. 17.1 CP “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo.” De ahí que la concurrencia de sólo dos personas pueda calificarse como “conspiración” pero nunca como “grupo criminal”. Por otra parte, el Código habla de la ejecución de “un delito” y de la resolución de “ejecutarlo”, lo que subraya la concreción exigida respecto al crimen que se piensa cometer. Finalmente, por lo que respecta a la financiación, se asemeja a la cooperación económica tipificada en relación con las organizaciones criminales, sin que tenga mucho sentido realizar aquí una distinción semántica cuando el significado no se distingue.

Si el grupo se dedica a cometer delitos graves, la pena prevista es de 6 meses a 2 años de prisión y si se trata de delitos menos graves o leves la pena se reduce a la mitad: 3 meses a 1 año de prisión.

Como cualquier otro delito doloso, estos delitos “organizativos” exigen la consciencia y voluntad de integrarse o participar en las actividades de ese ente. Desde luego, no es necesario que se conozcan hasta los últimos entresijos de la organización o grupo. En el caso del grupo criminal, ese dolo debe ir referido a la mera reunión de personas que se conciertan para cometer más de un delito, ya que no se requiere aquí la nota estructural.

²⁹ Los delitos delictivos fin que pretende la organización abarcan cualquier clase de infracciones. Sin embargo, esta aproximación, en principio, adecuada, se desvirtúa por completo al referirse el programa delictivo a cualquier delito. Se busque donde se busque el fundamento del especial injusto de la organización criminal —en un excepcional peligro para bienes jurídicos individuales o en un ataque a un bien jurídico colectivo—, si se piensa en las organizaciones criminales de la realidad criminológica (organizaciones mafiosas, de tráfico de personas o de armas, etc.), es consustancial a ellas el uso, ad intra o ad extra, de la violencia. No valen cualesquiera delitos para definir la actividad de las organizaciones criminales que deban ser consideradas como tales por el Derecho penal, a menos que “organización criminal” deba serlo cualquier agrupación estable y funcionalmente diferenciada de más de dos ladrones de gallinas.

Recapitulación

Como se ha podido observar, la descripción penal elegida por el legislador para castigar la criminalidad organizada y grupos criminales presenta numerosas deficiencias, entre las que destaca su déficit de determinación, que convierte en decisiva la interpretación de los preceptos por parte de los jueces y tribunales.

La interpretación de los delitos de organización (y muy especialmente la delimitación entre organización, grupo y asociación, así como el alcance de la conducta de cooperación con la primera) aún no está consolidada, ya que hasta el momento la numerosa jurisprudencia existente en este campo en España - especialmente, en lo que se refiere a la conducta típica de la colaboración- se refiere a la fenomenología, muy distinta, de las organizaciones terroristas). En consecuencia, aún faltan pautas claras en la jurisprudencia respecto de muchos de los problemas de interpretación de los tipos que presentan los delitos de organización.

El primer problema en los delitos relacionados con la criminalidad organizada es el de definir típicamente y diferenciar los tres niveles de contacto o implicación con la estructura colectiva:

- el de las personas que dominan la organización a través de su estructura de mando, ocupando la cúspide del colectivo;
- los que están comprometidos con la organización y actúan dentro de su régimen interno, los meros miembros;
- las personas que colaboran desde fuera con una organización, realizando una aportación a sus actividades.

Por debajo de estos tres niveles de conducta típica —que deben distinguirse entre ellos en una escala continua—, es necesario también delimitar el umbral inferior de la cooperación, es decir, la conducta atípica por no generar un riesgo típicamente relevante, aunque haya habido algún contacto con la organización.

Como es claro, en la aplicación de los tipos penales respectivos en la realidad procesal, y con excepción de los casos en los que el encausado ha reconocido su condición de miembro, la diferenciación entre los distintos niveles de implicación penalmente relevante con las organizaciones criminales deberá hacerse con base en indicios incorporados a la investigación. Para poder interpretar estos indicios (por ejemplo, que un sujeto ha realizado encargos de transporte de importancia para la organización, lo que hace pensar que más que un mero cooperador, es un miembro de la organización) es siempre necesario conocer alguno de los elementos de la estructura interna, del régimen de pertenencia de la organización. En todo caso, mientras que la cooperación con la organización criminal se agota en verificar que se ha producido un apoyo material a la organización de relevancia típica (y el correspondiente dolo proyectado sobre estos elementos), en el caso de la pertenencia habría que tener un conocimiento de cierta entidad sobre el funcionamiento

interno de la organización, para así poder verificar que es considerado, dentro de la estructura de la organización, miembro o incluso dirigente.³⁰

9.6 Tipos penales agravados de organización criminal

a. Organizaciones criminales que atenten contra la vida o la integridad de las personas, la libertad e indemnidad sexuales.

En el caso de la organización criminal, el apartado 3º del artículo 570 bis establece una agravación genérica por la naturaleza de los delitos cometidos. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los delitos a los que se dedicare la organización criminal lo fueran contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos. Ello reduce prácticamente el ámbito de aplicación de esta cláusula agravatoria a los delitos graves y menos graves.

b. Tipos cualificados por la mayor peligrosidad de la organización o grupo criminal

Tanto el art. 570 bis como el 570 ter contienen circunstancias cuya concurrencia obliga a imponer las penas correspondientes en su mitad superior y si concurriera más de una, entonces habría que aplicar la pena superior en grado con carácter obligatorio. Son las siguientes:

-Elevado número de personas. el fundamento de la agravación reside en que esta circunstancia implica una mayor peligrosidad de la organización, no sólo por su mayor estabilidad temporal, sino también por la fungibilidad de los miembros que pueden comprometer su participación en las distintas áreas de la actividad (Circular de la FGE 2/2011).

-Por disponer de armas o instrumentos peligrosos, y,

- Por disponer 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.

9.7 La cláusula atenuatoria para el caso de abandono y colaboración activa en la desactivación de la estructura criminal (art. 570 quater)

En los mismos términos previstos para los delitos de terrorismo, el art. 570 quater. 4 contempla un subtipo atenuado para quien no sólo abandona de forma voluntaria la organización o grupo colabora activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de la organización o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos. En esos casos, puede imponerse la pena inferior en uno o dos grados.

³⁰ Así han procedido los tribunales españoles respecto de ETA a la hora de distinguir entre miembros y meros colaboradores: atendiendo a las reglas internas y prácticas habituales de la organización;

9.8. Problemas concursales.

Los delitos de organización criminal pueden confluir con otros previstos en el Código Penal. Consciente de ello, el legislador estipula la aplicación obligatoria de la regla de la alternatividad prevista en el art. 8.4 CP para resolver cualquier problema al respecto, lo que conlleva la aplicación de la figura delictiva que castigue con pena mayor el hecho en cuestión.

Existen al menos dos posibles ámbitos de concurrencia: por una parte la persistencia de determinadas asociaciones ilícitas que pueden superponerse al delito de organización criminal (art. 515.1 CP castiga como ilícita la asociación que tenga por objeto la comisión de delitos). Y el otro ámbito de confluencia se refiere al *elenco de figuras delictivas que contemplan como subtipo agravado su comisión en el seno de una organización criminal* (y no se refieren a grupo criminal, lo que reduce el conflicto. Aquí la jurisprudencia sigue utilizando a veces el criterio de la especialidad, contradiciendo el tenor del precepto que ahora se comenta, y la directriz de la FGE en su Circular 2/2011).

9.10. Punibilidad

Dado el carácter organizativo del delito, el art. 570 quáter prevé la aplicación del art. 33.7CP, esto es, las consecuencias jurídicas propias de los delitos cometidos por personas jurídicas, al margen de lo cual el propio art. 570 quáter prevé la disolución de la organización o grupo criminales.

Asimismo se prevé, con carácter general, la imposición de la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

En referencia a la criminalidad organizada transnacional sólo existen algunas reglas dispersas en el código penal que hacen referencia al carácter transnacional del delito. Al respecto o bien agrava la pena cuando se trata de delitos cometidos por redes internacionales (artículo 370 código penal) en relación con el tráfico de drogas. O contempla la reincidencia internacional (artículo 177 bis) trata de seres humanos, o en delitos contra libertad sexual, en el tráfico de drogas (art. 375) falsificación de moneda (art. 388) delitos de terrorismo (art. 580).

En lo que se refiere al crimen organizado y ejecución de penas: también materia de crimen organizado se prevén ciertas especialidades en ejecución de la pena. Por ejemplo la aplicación del periodo de seguridad (art. 36) por lo que no cabe acceder al 3er grado hasta haber cumplido al menos la mitad de la condena. De igual forma, el artículo 76 de la Ley Orgánica General Penitenciaria la clasificación o progresión al tercer grado requiere además de la satisfacción de la responsabilidad civil, la colaboración efectiva con las autoridades también se requiere para acceder a la libertad condicional (artículo 90.8 del CP). En cualquier caso, pertenecer a la organización criminal con lleva muchas más

posibilidades de ser clasificado de primer grado penitenciario con las restricciones régimen que se supone. Por no mencionar que tras la reforma por Ley Orgánica 1/2015 se prevé la prisión permanente revisable para los asesinatos cometidos en el seno de una organización con grupo criminal. En definitiva todas las medidas adoptadas tienen como denominador común la limitación del acceso instituciones relacionadas con tratamiento penitenciario y que permiten atenuar los efectos del cumplimiento de la pena de prisión.

10. Principales instrumentos de lucha contra la criminalidad organizada: el comiso de las ganancias y la Oficina de Recuperación de activos (ORGA)

Si bien la letra de los arts. 570 bis.1.II y 570 ter.1.II CP, al definir, respectivamente, los conceptos de organización y grupo criminal no hacen alusión al ánimo de lucro que guía su actuación, en principio, incluye al menos literalmente - salvo que policía, jueces y tribunales realicen una interpretación restrictiva-, a organizaciones y grupos que se dediquen a delinquir por simple ociosidad, sin embargo desde el punto de vista criminológico y sociológico la búsqueda de beneficios económicos se ha señalado como una característica esencial del fenómeno de la criminalidad organizada.

Las organizaciones y grupos criminales en general se constituyen, por tanto, para lucrarse con las ganancias obtenidas de los delitos que constituyen su fin, sirviéndose en muchos casos de mecanismos fraudulentos y complejas ingenierías contables y jurídicas para ocultar posteriormente tales ganancias delictivas, con el fin introducirlas, en el mercado legal, este proceso de conversión es lo que se denomina blanqueo de capitales o lavado de activos. Es común, por tanto, en el marco de actividad de los grupos, y, principalmente, de las organizaciones criminales, la creación de sociedades mercantiles “pantalla” con las que dotar de apariencia de legalidad a las ganancias de origen ilícito, y también, el recurso a paraísos fiscales. Habida cuenta de ello, no debe extrañar, por tanto, que desde las instancias supranacionales vengán erigiendo en herramientas esenciales para combatir la delincuencia organizada el delito de blanqueo de capitales y el comiso, en tanto mecanismos que impiden a sus titulares disfrutar de las ganancias obtenidas de la actividad delictiva realizada en el seno de las organizaciones y grupos criminales³¹.

Reflejo de ello son los arts. 6 y 12 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000 (Convención de Palermo), en los que, respectivamente, se establece como obligación de los Estados Parte la tipificación de las conductas de blanqueo de capitales y la adopción de las “medidas que sean necesarias para autorizar el decomiso” del producto de los delitos comprendidos en la Convención - entre

³¹ Art. 5.1 de la Convención de Palermo: “Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de los delitos mencionados en el artículo 2” -véase, los “delitos relativos a la participación en una organización delictiva” -, “cuando estos delitos sean cometidos por cuenta de estas por cualquier persona, actuando a título particular o como parte de un órgano de la persona jurídica, que ostente un cargo directivo en el seno de dicha persona jurídica, basado en: a) un poder de representación de dicha persona jurídica; b) una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o c) una autoridad para efectuar un control en el seno de dicha persona jurídica”.

los que se encuentra el de participación en un grupo delictivo organizado -y de “los bienes, equipo u otros instrumentos utilizados o destinados a ser utilizados” en la comisión de dichos delitos³² Piénsese, que, de otra forma podría resultar rentable, pese a las penas ya vistas, de prisión e inhabilitación, llevar a cabo las conductas de los arts. 570 bis.1 y 570 ter.1 CP y los delitos-fin de la agrupación atendiendo a las importantes ganancias económicas que pueden obtenerse con tales actividades. Ello es así especialmente en países en vías de desarrollo donde la corrupción constituye una práctica arraigada. Así, con los recursos económicos obtenidos mediante la criminalidad organizada, los acusados en estos países por delitos de participación en organizaciones criminales así como por los delitos-fin de que se trate perpetrados en el seno de la agrupación, pueden sobornar a los agentes y funcionarios públicos, pudiendo con ello conseguir desde beneficios penitenciarios hasta en, casos extremos, sentencias absolutorias, continuando tras la absolución con la perpetración de delitos en el marco de la agrupación delictiva en cuestión.

10.1. Regulación de Comiso en el CP y clases

El comiso consiste en privar definitivamente al delincuente de, no sólo las mentadas ganancias obtenidas de la comisión del delito, sino también de los instrumentos empleados o con intención de emplear para dicha perpetración. Ello se reputa también necesario como medida para dificultar que el sujeto, tras el cumplimiento de la eventual pena que se le imponga en la correspondiente sentencia, vuelva de nuevo a delinquir con dichos instrumentos. La multa como sanción pecuniaria se estima insuficiente a estos efectos, en tanto que, por un lado, no incide en los instrumentos empleados para delinquir, que siguen a disposición del sujeto multado, y, por otro, su importe será en muchos casos inferior a las cuantiosas ganancias delictivas obtenidas, sin obviar la circunstancia de su falta de inmediación, frente a la del decomiso, que permite la aprehensión inmediata de los efectos y ganancias, antes del dictado de la eventual sentencia condenatoria

El comiso se regula en los arts. 127 a 129 bis, esto es, en el Título VI, rubricado “De las consecuencias accesorias”, del Libro I del Código Penal. Su naturaleza jurídica no es, por tanto, la de una pena, sino la de una consecuencia accesoria. Y hay las siguientes especialidades

1. El comiso basado en condena

Regulado en el art. 127 del C.P, es el comiso general, o *“perdida de los efectos que provengan de un delito y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del mismo, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”* que lleva consigo toda pena impuesta por delito doloso.

2. El comiso sin sentencia de condena (o decomiso autónomo)

Pudiera darse el caso en que un sujeto que es imputado o formalmente acusado por la comisión de un delito de organización o grupo criminal, o, en su caso, por un delito perpetrado en su seno, y respecto al que se acredita en el proceso su situación patrimonial ilícita, no llegue a ser finalmente condenado, imposibilitándose así acordarse el decomiso

³²

directo de sus bienes ex art. 127 CP. Si el comiso se concibe como una consecuencia accesoria de la pena impuesta por un delito, no habiendo sentencia condenatoria, y, por ende, pena, no podría en principio acordarse la privación de los bienes de que se trate del no condenado, pese a haberse acreditado en el procedimiento su origen delictivo. Consciente de tal imposibilidad, el legislador incluyó una modalidad especial de decomiso, no dependiente de la imposición de una pena, creando así un decomiso de carácter autónomo respecto a la pena, precisamente para este tipo de supuestos.

Regulado en el art. 127 ter, se acordará cuando concurren dos circunstancias: que la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y que no pueda llegar a dictarse sentencia penal ante la imposibilidad de celebrar el juicio por causas legalmente tasadas (que el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, o se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable) o la imposibilidad de penar al acusado por estar exento de responsabilidad. Podríamos decir, así, que es el que se habría de acordar en sentencia si fuese posible dictar una sentencia condenatoria.

Sujeto pasivo es aquel, que ha sido formalmente acusado, o contra el imputado contra el que existen indicios racionales de criminalidad cuando las situaciones a las que se refiere el apartado anterior hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

En consecuencia, se aplica el comiso autónomo o sin sentencia en alguna de las cinco siguientes situaciones:

- 1) que el sujeto fallezca antes del dictado de la sentencia condenatoria,
- 2) que sea víctima de una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y se dé el riesgo de que los hechos prescriban,
- 3) que “se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable”, o
- 4) que no se le haya impuesto pena por encontrarse exento de responsabilidad criminal o
- 5) por haberse esta responsabilidad extinguido

Puede aplicarse no solo al comiso propio sino también al comiso ampliado.

a. El comiso ampliado (art. 127 bis)

Frente al comiso directo y el comiso por sustitución, el comiso ampliado se caracteriza, precisamente, porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades ilícitas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena. El comiso ampliado se fundamenta en la constatación por el juez, sobre la base de indicios fundados y objetivos, de que han existido otra u otras actividades delictivas, distintas a aquellas por las que se condena al sujeto, de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Véase que la exigencia de una prueba plena determinaría no el comiso de los bienes o efectos, sino la condena por aquellas otras actividades delictivas *de las que razonablemente provienen*. Su fundamento tiene, por ello, una naturaleza más bien civil y patrimonial, próxima a la de figuras como el enriquecimiento injusto.

El comiso ampliado fue introducido en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 5/2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, y ahora

se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos (blanqueo y receptación, trata de seres humanos, prostitución, explotación y abuso de menores, falsificación de moneda, insolvencias punibles, delitos contra la hacienda pública y la seguridad social, corrupción en el sector privado, delitos informáticos, cohecho, malversación o delitos patrimoniales en casos de continuidad delictiva o multirreincidencia).

El comiso ampliado permitirá a los jueces y tribunales, en los supuestos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el comiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados³³. La regulación contempla así una figura que se encuentra ya recogida por el Derecho comparado y que será de aplicación generalizada en el ámbito de la Unión Europea.

Requiere que existan indicios objetivos fundados de su proveniencia delictiva y que no se acredite su origen lícito. A tal efecto, el propio CP indica un catálogo de indicios (se valorarán, especialmente, entre otros):

-la desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada;

³³ La reforma 5/2010 ya preveía esta fórmula en los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, y ahora se hace una ampliación, que incluye:

- a) Delitos de trata de seres humanos.
- b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.
- g) Delitos de corrupción en los negocios.
- h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.
- i) Delitos de blanqueo de capitales.
- j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.
- k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.
- l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.
- m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.
- n) Delitos de falsificación de moneda.
- o) Delitos de cohecho.
- p) Delitos de malversación.
- q) Delitos de terrorismo.
- r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

-la ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes;

- la transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

El Código penal establece a su vez dos excepciones:

1º por motivos de prescripción, impidiendo que se acuerde, si las actividades de las que provienen los bienes hubieran prescrito.

2º si las mismas hubieran sido objeto de un sobreseimiento libre, o subsidiariamente, si hubieran sido revisadas en un proceso penal con sentencia absolutoria.

b. El comiso de bienes de tercero

Es aquel en que los bienes han sido transferidos por el delincuente a otras personas para evitar o dificultar su identificación o incautación.

El art. 127 quáter lo autoriza en los siguientes casos:

a) *En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.*

b) *En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.*

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

Además, se establece una presunción iuris tantum: “*Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad delictiva o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado*”.³⁴

³⁴ Es fácil prever serios problemas prácticos, por la cantidad conceptos jurídicos indeterminados que maneja el tipo y por la dificultad probatoria de justificar el conocimiento. Se plantea también la aparente colisión de esta normativa con el tipo del blanqueo del art. 301 del C.P, que, normalmente, deberá dar lugar a la incoación de un procedimiento penal contra esos supuestos terceros.

c. el comiso de actividad delictiva continuada:

Art 127 quinquies:

1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

- a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.*
- b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.*
- c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.*

Son indicios relevantes:

- 1. ° La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.*
 - 2. ° La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.*
 - 3. ° La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.*
- Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.*

10.2. La Oficina de Recuperación y Gestión de Activos (ORGA).

La ORGA fue creada por el Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre, es un órgano administrativo adscrito al Ministerio de Justicia, cuya finalidad es el auxilio a los órganos judiciales y fiscales; tiene competencias en materia de localización, recuperación, conservación, administración y gestión eficiente a los efectos de posible embargo y decomiso de los efectos, bienes, e instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal y de cualesquiera otros delitos que se le atribuyan en los términos previstos en la legislación penal y procesal³⁵.

³⁵ El marco normativo vigente está compuesto por las siguientes disposiciones.

- Arts. 367 quinquies, sexies y septies de la LECR
- Disposición Final Quinta de la Ley Orgánica 1/2015 de 30 de marzo por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del CP
- Disposición Adicional Sexta de la LECR
- Real Decreto 948/2015 de 23 de octubre por el que se regula la ORGA
- Resolución de la Secretaria de Estado de Justicia de 16 de septiembre por la que se desarrolla el procedimiento de gestión de activos por la Oficina de recuperación y gestión de activos y su régimen económico.

Es un organismo destinado a localizar bienes, efectos, beneficios o ganancias que traen causa directa de ilícitos o vinculados con el mismo, y cuya misión una vez localizados será su enajenación, gestión o aprovechamiento, a los efectos de entrega al estado del producto a fin de potenciar su lucha contra el crimen concreto, eliminando el enriquecimiento injusto que supone para el autor del delito la obtención de bienes que se derivan de las ganancias generadas por el ilícito.

Localización y recuperación de bienes

Lo primero que se ha de tener en cuenta es que a la ORGA —y en concreto a la Subdirección de Localización y la policía judicial que está adscrita a la Oficina— le corresponde la averiguación patrimonial pero no la investigación del delito. Si bien como en algunos tipos de delitos —corrupción, por ejemplo— la línea que separa ambas investigaciones es muy fina, es precisa una colaboración muy cercana con la unidad de policía judicial adscrita al proceso judicial.

El procedimiento general de localización y recuperación de bienes se adecua al mandato judicial o de la Fiscalía recibido, si bien con carácter general se articula de la siguiente manera:

ó Acceso a la información de bases de datos nacionales tanto de registros públicos, como restringidos en virtud de los convenios suscritos. Entre otros los de la Agencia Española de Administración Tributaria, Registros de la propiedad mobiliaria e inmobiliaria, Punto Neutro Judicial, Índice Único Notarial, Catastro, etc.

ó Análisis de dichas bases de datos que permitan la averiguación patrimonial de titularidades reales de los bienes, mediante el levantamiento del velo, la investigación de posibles testaferros o la afloración de indicios de alzamiento de bienes.

ó Si existieran indicios de patrimonio fuera del territorio del Estado se activa el intercambio de información con otras oficinas o instituciones con competencias en recuperación de activos, de manera que trasladen a esta Oficina datos de los bienes que la persona investigada posea en dicho país, a fin de facilitar al órgano judicial competente la labor de embargo o decomiso de los mismos. Si la información exigiera Comisión Rogatoria, se comunicaría al órgano judicial, que en su caso podría establecer que el seguimiento de las mismas se haga por la ORGA, facilitando la coordinación con la DG de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia que actúa como Autoridad Central en el trámite de estas con Terceros Estados.

ó Asimismo, los miembros de la policía judicial adscritos a la ORGA podrán solicitar la colaboración de cualquier institución pública o privada a efectos de recabar información relevante desde el punto de vista patrimonial, siempre dentro del marco de la encomienda y de las competencias y habilitaciones propias de las unidades de policía judicial.

Todos estos mecanismos tienen como fin detectar no solo bienes ubicados en España y en el extranjero a nombre de las personas físicas o jurídicas investigadas, sino aquellos sobre los que estas ostenten la titularidad real, de manera que el órgano judicial tenga indicios sólidos que permitan establecer alguna medida cautelar respecto a los mismos.

A título de ejemplo, en una encomienda solicitada por un órgano judicial a la ORGA, en la que aparentemente no existía ningún activo a nombre del investigado, examinando los movimientos de las cuentas bancarias, con saldos nimios, se detectó el pago de un gasto menor por reparación de una embarcación. Siguiendo las huellas de esta transacción, y de otras asociadas al barco reparado, se obtuvieron indicios de que la persona investigada tenía cuentas bancarias en dos países. Por ello, mediante intercambio de información se solicitó a dichos dos países datos de bienes a nombre del investigado. En una primera comunicación se trasladó a la ORGA la existencia de un inmueble y dos vehículos de alta gama. Analizado el inmueble por «google earth» se detectaron muy próximos a la vivienda un helipuerto y un aparcamiento aéreo que podrían ser indiciarios de que el investigado estuviera en posesión de algún tipo de aeronave, por lo que se ha solicitado ampliación respecto a este extremo a la assets recovery office (ARO) extranjera. Es decir, la ORGA realiza una investigación patrimonial en profundidad, de allí la complejidad de su actuación, que no se limita a titularidades reales, sino a aflorar cualquier indicio patrimonial que en el análisis del caso se pueda detectar.

Sumario:

- 1. Introducción a la Criminología Vial.**
- 2. Aspectos criminológicos de la delincuencia en el campo de la seguridad vial.**
- 3. Perfil Criminológico del delincuente vial.**
- 4. Delitos contra la seguridad vial en el Código penal español.**
- 5. Consecuencias jurídicas de los delitos contra la seguridad vial.**
- 6. Informes criminológicos para evaluar el riesgo de un infractor vial en la vía judicial.**

1. Introducción a la Criminología Vial.

La seguridad vial se ha convertido en uno de los ámbitos que ha sufrido mayores reformas administrativas y penales en la última década. Ello se debe, entre otros factores, a las políticas criminales impulsadas por la Unión Europea; a las altas cifras de siniestralidad que existían en España a principios de la década del 2000; y sobre todo, se debe a la gran importancia que ha adquirido el transporte vial en las sociedades actuales. Por ello, en los últimos años, la Seguridad Vial ha contado con importantes y profundas reformas legislativas en relación a los delitos contra la Seguridad vial, por la LO 15/2007, de 30 de noviembre y la LO 5/2010, de 22 de junio. Se han sucedido hasta siete reformas que han afectado a la seguridad vial que han ampliado el rango de conductas delictivas y endurecido las penas correspondientes para alcanzar una finalidad preventiva (teoría de la elección racional). La LO 2/2019 introduce el delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis), y la LO 11/2022 relacionada con la imprudencia en la conducción de vehículos de motor y ciclomotor.

Se han introducido además importantes iniciativas y medidas, como el denominado permiso por puntos, en 2006, mediante la Ley 17/2005, de 19 de junio, o la creación de los Planes Estratégicos de Seguridad Vial de 2005-2008 y de 2011-2020 (Dirección General de Tráfico). También se han desarrollado campañas mediáticas de prevención, cursos de educación vial para menores de edad, programas de rehabilitación específicos para infractores viales y otras muchas medidas para contribuir a la seguridad en la circulación y al cumplimiento de la legislación vial vigente.

En este sentido, desde hace algún tiempo el tratamiento de la seguridad vial se lleva a cabo focalizando la atención en los daños causados a las víctimas derivados de los siniestros viales. A partir de esta premisa, se intenta llevar a cabo una política legislativa cuyo fin declarado parece orientado a conseguir que estos hechos no vuelvan a producirse, al tiempo que se aborda la intervención con el infractor mediante diversas técnicas de reeducación y sensibilización encaminadas a que el sujeto no vuelva infringir las normas establecidas. Todos estos procesos de prevención y reparación son necesarios a la hora de atajar el problema, pero parece necesario ahondar en una parte importante del mismo, el conocimiento del infractor. Pocos son los estudios que versan sobre el perfil y las características sociales, psicológicas y criminológicas del mismo, que pueden tener influencia en la comisión del hecho delictivo.

Por todo ello, es necesario contextualizar de forma científica, y desde la perspectiva holística que es consustancial con su compleja naturaleza, el fenómeno de la criminalidad vial, partiendo del análisis de los siniestros desde el punto de vista de las múltiples y complejas interacciones que los caracterizan.

La Criminología Vial es una especialidad de la Criminología que estudia los delitos contra la seguridad vial como fenómeno social e individual, e incluye básicamente el estudio de sus causas y la medición de su extensión. Se ocupa del estudio y la prevención de los comportamientos delictivos y desviados dentro de las vías, de las formas de control social (formal e informal) y de la reacción social frente a estos comportamientos. Sin olvidar, por supuesto, a las víctimas, que son las grandes perjudicadas de todo el entramado vial.

El término “Criminología Vial” hace referencia a la aplicación de los conocimientos criminológicos a la seguridad vial, con el principal objetivo de poder intervenir de una manera satisfactoria en la siniestralidad vial, que es un problema global que afecta a todas las esferas de la sociedad. Este fenómeno conlleva unas consecuencias económicas, sociales y, en ocasiones, jurídicas, que exigen la participación y decidida del Estado, desde la

formulación de políticas públicas en relación con las infraestructuras, la salud, la educación, la administración de justicia y de todos aquellos sectores involucrados.

Son muchos los modelos de investigación que existen para comprender la seguridad vial e intentar prevenir los siniestros viales. La principal fortaleza de estos modelos es la capacidad que tienen para responder a la pregunta “¿cómo pasó?”. La reconstrucción de accidentes permite aglutinar en un solo análisis secuencial, “las acciones y las condiciones que han generado la correlación de eventos que han desembocado en un impacto entre dos cuerpos con consecuencias lesivas para las personas y dañinas para las cosas”. Se trata de una aproximación multidisciplinar a la materia, pero no de una forma meramente superpuesta, sino de una forma integrada para conseguir de forma científica responder a la pregunta sobre cómo sucedieron los hechos y por qué

El modelo clínico y matricial de Haddon es el más conocido y el que ha tenido más repercusión. En 1970 el Dr. William Haddon, epidemiólogo estadounidense, propuso una Matriz (Figura 1) formada por dos dimensiones, la primera compuesta por las fases del siniestro vial: antes, durante y después y los factores intervinientes en el siniestro: humano, vehículo y vía. La matriz permite interconectar ciencias diferentes y disciplinas diversas, pero que están vinculadas por tener en su campo de estudio en aspectos de la siniestralidad vial.²³

La matriz de Haddon se ha convertido en una herramienta metodológica muy utilizada para planificar la prevención de accidentes, la cual se centra en 3 niveles de prevención:

- La prevención primaria: enfocada en evitar que el siniestro ocurra.
- La prevención secundaria: enfocada en minimizar las consecuencias cuando el siniestro tiene lugar.
- La prevención terciaria: enfocada en conservar la vida después del siniestro.

23

<https://www.prevencionintegral.com/comunidad/blog/lideres-en-seguridad-vial/2016/07/07/william-haddon-metodologia-investigadora-preventiva>

La utilidad práctica del modelo de Haddon se basa en:

- facilitar la ordenación de la información recogida para analizarla e intentar prevenir el problema.
- permitir identificar los riesgos y diseñar las intervenciones que los neutralizan o reducen.
- proporcionar pautas para identificar las oportunidades de intervención en materia de seguridad vial.

Aunque también tiene algunas debilidades, es un modelo que ha demostrado su eficacia en la reducción de la siniestralidad cuando se ha tomado como referencia en las acciones de prevención desarrolladas en Europa, Estados Unidos y Australia.

2. Aspectos criminológicos de la delincuencia en el campo de la seguridad vial²⁴

La delincuencia de tráfico muestra, como ningún otro acto delictivo, la relatividad de la calificación como criminales que de ciertas formas de conducta realizan las descripciones normativas. Una de las circunstancias que coadyuva a esto es que el campo de la delincuencia de tráfico es muy amplio y lo mismo abarca, desde la acción continuada de conducir sin carné o bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias tóxicas o estupefacientes, la llamada conducción suicida que, un breve y único fallo que causa la muerte culpable de un ser humano (homicidio imprudente), o incluso las recientes situaciones de atropellos de peatones originados por ciclistas o vehículos de movilidad personal (VMP)²⁵. La consecuencia es que no hay prácticamente ningún campo delictivo en el que la tensión situación-autor sea tan clara como en el tráfico, donde el punto neurálgico puede residir una vez en la personalidad del autor (impulsividad, agresividad, búsqueda de sensaciones), y otra hallarse por completo en la situación. Sin embargo, en el plano normativo, apenas se concede atención a estas circunstancias especiales.

Desde el **aspecto cualitativo**, la consideración de algunos de delitos de tráfico como verdaderos delitos, no ha estado exenta de controversia. Si existe o no delincuencia de tráfico —desde el punto de vista criminológico y especialmente en lo referido a su contraposición con la visión puramente jurídica— ha sido un concepto muy debatido. Se ha llegado a decir que “los delitos culposos carecen de interés criminológico, porque solo en el delito doloso el acto está realmente regido por el autor”. El propio Kaiser aporta una perspectiva relacionada con el origen de su concepción como tales, al afirmar que, de los dos elementos caracterizadores de los delitos de tráfico —carácter masivo y mayor cercanía y afectación del ciudadano “medio”— el primero de ellos es el que puede influir en la discusión de la problemática de si se puede tratar de una genuina criminalidad. Y también es una característica en la que el consenso es mayoritario, la sensación o la aceptación colectiva, de que casi cualquiera puede ser un potencial delincuente de tráfico o una potencial víctima de él. Y por ello, no son pocos los autores que se pronuncian por una praxis más benigna de aplicación del Código Penal, porque se genera una actitud más tolerante de la sociedad en este ámbito.

E incluso se llega a afirmar que el concepto de criminalidad vial debe centrarse en los delitos dolosos, porque cualquiera puede ser culpable de un delito culposos, ya que “prácticamente

²⁴ Vid. de José María González González de la voz “Criminología vial” en Crimipedia, elaborada por Crimina <https://crimipedia.umh.es/topics/criminologia-vial/>

²⁵ Sobre siniestralidad urbana. Cumplimiento del oficio del Fiscal de Sala de 13 de diciembre de 2018 y seguimiento de procedimientos con implicación de ciclistas o usuarios de VMP.

todo el mundo es un pecador del tráfico... y lo que todos hacen... no puede ser criminal”. En esencia, se defiende en demasiadas ocasiones la no consideración colectiva como verdaderos delinquentes de determinados tipos delictivos. Sin embargo las víctimas de los accidentes de tráfico son muy numerosas (homicidios imprudentes)²⁶.

Desde este punto de vista, uno de los aspectos interesantes es que no son posibles declaraciones generales sobre delinquentes ocasionales de tráfico, porque se trata de “personas de término medio” cuya característica consiste, precisamente, en no estar especialmente caracterizadas. Esta visión da lugar a que algunos autores, con algún matiz, defiendan que es necesario —sobre todo en la delincuencia de tráfico— tener en cuenta un concepto de división-diferenciación entre dos núcleos de conductores: el “núcleo duro” más relacionado con la conducta delictiva como modo de vida, y el de los “ocasionales” que cometen un delito de tráfico de forma esporádica, e incluso aislada (especialmente en lo que se refiere a la producción de resultados de homicidios o lesiones imprudentes derivados de accidentes de tráfico o infracción de normas o despistes y algunos de los de alcoholemia).

Otra característica distintiva de la criminalidad vial es el carácter *artificial* de determinados delitos de tráfico (por oposición al delito natural, esto es, ya que son infracciones delictivas que reposan en infracciones administrativas previas o desobediencia de normas), lo que facilita, muchas veces, un inicial rechazo a considerarlos como al resto de delitos, especialmente cuando se da el paso -percibido muchas veces como arbitrario- de una conducta desde infracción administrativa a delito o viceversa.

Ejemplos clarificadores:

- considerar delito la circulación de un vehículo o ciclomotor sin la preceptiva y previa obtención del permiso de conducir o después de haber perdido todos los puntos asignados legalmente o porque se le ha privado al titular cautelarmente o en sentencia firme de dicho permiso o licencia de conducción (art. 384 CP).

- la fijación de determinados aspectos que buscan la objetividad en la calificación de una conducta como tipo penal. Como es el caso de la penalización de la conducción con una tasa de alcohol superior a 0,60 mgr./l. (en aire espirado) (art. 379 CP): basta con cambiar la tasa en cuestión por otra de 0,50 mgr./l. para que, quien ayer no era considerado un delincuente pase a serlo al menos, desde el punto de vista, de posesión de antecedentes penales inscritos en el Registro Central de Penados y Rebeldes. Ese carácter de *artificialidad*, ha hecho que hasta hace relativamente muy poco a los jueces les pareciera impropio juzgarlos como al resto de delitos, porque percibían que muchos infractores no eran merecedores de toda la carga estigmatizante que implica, desde el punto de vista social, la aplicación de la “maquinaria judicial”. Hasta tal punto que, incluso se llegó a negarle esa cualidad de criminalidad a determinados delitos de tráfico, especialmente los de carácter culposos.

Pese a que cada vez es más frecuente la existencia de informes criminológicos para evaluar el riesgo de reincidencia en los delitos viales²⁷, al mismo tiempo consecuencia de la

²⁶ Recuérdese el accidente de 19-3-2016 en Freginals (Tarragona) en el que perdieron la vida 13 estudiantes de Erasmus —la mayoría italianas— y sufrieron lesiones otros 46, suceso que causó honda conmoción en Italia.

²⁷ Vid. <https://dugi-doc.udg.edu/bitstream/handle/10256/16176/bruns-ledesma.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
<https://cj-worldnews.com/spain/index.php/es/criminologia-30/seguridad/criminologia-vial/item/2971-la-valoracion-del-riesgo-de-reincidencia-en-delitos-viales>

percepción de los delitos contra la seguridad vial como una forma de criminalidad menor, es que las estadísticas y datos judiciales sobre la personalidad del delincuente de tráfico sean aún más escasos e insuficientes de lo habitual. Y es que, en un número mayor de lo habitual, algunos de los culpables se corresponden con ese tipo de “hombre medio”, lo que, unido a aspectos económico-procesales, hacen que parezcan innecesarias las fatigosas pesquisas sobre la persona del autor, su curso vital y las circunstancias del delito.

Por su parte, Sutherland y Cressey destacan la importancia de la “moral de días de fiesta” lo que que Middendorff ponía en relación con las “costumbres con válvula de escape”, y que dan pie a un comportamiento que, en otras ocasiones, no sería tolerado. Esto es especialmente aplicable a las conductas en el tráfico (alcoholemias en celebraciones, disculpas sobre formas de conducir en determinadas circunstancias, etc.). Y en esos casos, y en nuestra sociedad actual, esta característica ambiental está también íntimamente relacionada con el uso de diferentes tipos de vehículo. Que se convierte, además de un instrumento que permite movilidad, en un símbolo de estatus y un elemento de referencia y de cohesión dentro del grupo subcultural.

Efectivamente, no es sorprendente (más bien sería lo contrario) los gráficos de distribución temporal, de los delitos de tráfico, resultado de los datos obtenidos en la muestra:

Vid [evolución de los delitos de tráfico](#). En el documento *Las principales cifras de siniestralidad vial en España 2019*, editado por la *Dirección General de tráfico*

Gráficos y Figura 64.- Distribución de fallecidos por meses. España, 2010-2019, pág. 63 (índice de letalidad máximo julio y diciembre)

Gráficos y Figura 67.- Índice de letalidad según días de la semana, en vías interurbanas y urbanas. España, 2019, Págs. 64 (índice de letalidad máximo sábado y domingo)

3. Perfil Criminológico del delincuente vial

Como hemos visto, uno de los objetivos de la Criminología vial, es la prevención, y para ello debemos saber en qué “grupo de riesgo” nos debemos centrar, por eso hay que dibujar un perfil del delincuente vial.

Según José María González González, miembro del Centro de investigación CRIMINA, es posible dibujar un patrón delictivo porque contamos con infinidad de datos estadísticos para ello. En consecuencia, para el autor citado el perfil del infractor penal en materia de seguridad vial corresponde a los siguientes datos sociodemográficos:

- Son mayoritariamente hombres
- De 22 a 35 años. (Aunque algunos estudios recientes dan otro intervalo de edad, de 35 a 45 años).
- Con una antigüedad del permiso de conducción de más de 5 años.
- Estudios inferiores a los universitarios.
- Siendo las infracciones que más cometen:
 - la de circular sin permiso de conducción.
 - y, conducir con una tasa de alcohol superior a la establecida.

José María González González basándose en la experiencia piloto realizada en Elche (Alicante), con la colaboración del Ministerio Fiscal, el Centro de investigación CRIMINA y la Policía Local de Elche, sobre “dictámenes periciales” en materia de seguridad vial, señala que hay tres patrones o perfiles bien diferenciados, que son los siguientes:

- Primer perfil: está el que tiene problemas con el alcohol y/o las drogas, que es delincuente ocasional, y no existe correlación entre delito cometido y su gravedad.
- Segundo perfil: el conductor antisocial, al que le influyen los factores ambientales. Siendo el entorno determinante para este tipo de delincuente vial.
- Tercer perfil: el dependiente de un factor situacional, basados en los motivos que le llevan a uno a ponerse a los mandos del vehículo, ya sea todos los días por trabajo o por otras circunstancias, como el ocio. Se basa en la probabilidad.

Estadísticas²⁸

Los puntos principales de los datos estadísticos procesales y penitenciarios de los delitos contra la seguridad vial cometidos en 2018 según la Memoria de la Fiscalía de Seguridad Vial durante 2018:

- Se han dictado 89.264 sentencias de condena por delitos viales de peligro, el 34% de las pronunciadas por los Tribunales por toda clase de delitos: aproximadamente una de cada tres sentencias condenatorias lo ha sido por delitos contra la seguridad vial.
- Han recaído alrededor de 7.000 sentencias de condena más que el año anterior, con un incremento porcentual de casi el 9%. 56.173 condenas de los 89.264 totales lo son por delitos de conducción bajo la influencia de alcohol y tóxicos.
- Alrededor del 90% del total de las 89.264 condenas son dictadas de conformidad, lo que ha permitido el cumplimiento inmediato de las penas de privación del derecho a conducir y pérdidas de vigencia del permiso impuestas y un pronto cumplimiento de buena parte de las 60.000 penas estimadas de multa y 24.068 penas de trabajos en beneficio de la comunidad asimismo impuestas en sentencia
- Tasas de resolución positiva: sigue siendo muy elevado el porcentaje de procedimientos que terminan con sentencia de condena, cuatro de cada cinco (80%). Las tasas de resolución son muy próximas a la igualdad entre procedimientos incoados y resueltos, lo que refuerza la idea de la rapidez y eficacia de la justicia penal en el ámbito de la delincuencia vial en nuestro país.
- En el ejercicio de 2018 el 74,32% (tres de cada cuatro) de los procedimientos incoados y el 84,53% (cuatro de cada cinco) de las acusaciones formuladas por los delitos viales de peligro lo han sido a través de los trámites de Juicio Rápido, en porcentajes ligeramente superiores a los de años precedentes. Se afianza así la celeridad de la respuesta penal a la delincuencia vial.
- La cifra total de escritos de acusación formulados por delitos de homicidio imprudente en cualquier ámbito de actividad en 2018 ha sido de 342, de los que 250 en aproximación estimativa lo han sido por homicidios imprudentes relacionados con el tráfico viario.
- En 2018 el 22% de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad se han cumplido a través de programas viales específicos -TASEVAL Y PROSEVAL-, lo que significa un

²⁸ Vid. Estadísticas 2020, página 994 Memoria fiscalía general del Estado 2020 (www.fiscalia.org)
https://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/principales-cifras-siniestralidad/Las_principales_cifras_de_la_siniestralidad_vial_Espana_2019.pdf
 y DGT https://www.dgt.es/Galerias/seguridad-vial/estadisticas-e-indicadores/publicaciones/principales-cifras-siniestralidad/Las_principales_cifras_de_la_siniestralidad_vial_Espana_2019.pdf

indudable avance en la reinserción de los que han cometido delitos contra la seguridad vial de modo que vuelvan a la conducción de vehículos de motor con las actitudes y disposiciones psicológicas que les ofrecen tales programas para convertirlos en buenos ciudadanos en la circulación.

- Las Asociaciones de Víctimas colaboran activamente en estos programas, dando testimonio con su tragedia personal de la necesidad de cambiar drásticamente los comportamientos al volante. Asimismo, se desplazan periódicamente a los centros penitenciarios para impartir mensajes sobre la necesaria conciencia vial a todos los internos.

- A fecha 19 de julio de 2019 el total de internos por delitos viales de peligro (arts. 379-385 CP) como delito principal es de 1.224, de los que la mayoría son multirreincidentes en conducción bajo la influencia del alcohol y drogas y conducción sin permiso. El total de internos con otros delitos principales en que aparece añadida condena por delito vial es de 3.940.

Especialmente característica fue también hasta tiempos recientes la “invisibilidad” de las víctimas en los casos de los delitos de peligro abstracto, como la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas, o la conducción sin permiso, lo que favorece el sentimiento de impunidad y la adopción más fácil de estrategias de neutralización del sentimiento de culpa, especialmente por no existir la confrontación personal²⁹. Hoy, por el contrario, gozan de un gran respaldo popular las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico con una serie de iniciativas que buscaban la sensibilización social y que obtuvieron una gran visibilidad³⁰. Ya también se ha creado el **Registro Nacional de Víctimas de Accidentes de Tráfico** (regulado en la Orden INT/2223/2014, de 27 de octubre, por la que se regula la comunicación de la información al Registro Nacional de Víctimas de Accidentes de Tráfico) que contiene los datos correspondientes a los accidentes de tráfico con víctimas entendidos como aquellos en los que al menos una de las personas implicadas ha resultado herida. Las definiciones de los principales indicadores a utilizar se recogen en la citada Orden.

También hay que destacar, en los delitos de tráfico de carácter culposos, la especial importancia de la relación agresor-víctima: las circunstancias del accidente son las que dicen quién es uno y quién es otro, dependiendo de quien tenga la culpa en el suceso, y de las circunstancias del hecho. En muchos casos, las víctimas pueden ser, al mismo tiempo, autores y víctimas. Resulta, por lo tanto, una posición relativamente “intercambiable” de culpables y víctimas. E incluso no es sorprendente la puesta en peligro del propio culpable (o de sus familiares o acompañantes) en algunos casos como la conducción en estado de embriaguez, las conductas de imprudencia, etc. Son delitos en los que también cobra

²⁹ Principalmente, por su difícil determinación inicial en el ámbito policial, siendo común que no se pueda comprobar (hasta después de pasado un considerable lapso de tiempo y además en otro ámbito que no es el policial) si el tratamiento posterior debe ser como delito, o como un mero accidente de tráfico. El resultado es que el hecho suele quedar reducido a una cuestión de responsabilidad civil. Esa dificultad de determinación se origina porque muchas veces es difícil separar la diferente casuística, incluso desde lo no-delictivo, a lo que sí que lo es. También es difícil llegar a una determinación más o menos exacta dentro de los mismos delitos de imprudencia (imprudencia grave, menos grave o leve).

³⁰ Este movimiento fue secundado por diversas asociaciones de víctimas AESLEME, ASPAYM, DIA, FEDACE, PAT-APAT, PREDIF y STOP ACCIDENTES, Vid. Gómez García, L.: La difícil construcción de un marco jurídico especializado para las víctimas de delitos viales Diario La Ley, Nº 9713, Sección Doctrina, 9 de Octubre de 2020, Wolters Kluwer LA LEY 11184/2020.

evidente importancia criminológica, el estudio del efecto precipitador de la víctima negligente provocadora (conductores de ciclomotores o peatones negligentes, etc.).

4. Delitos contra la seguridad vial en el Código penal español

Tipos penales contra la siniestrabilidad vial.

Para empezar, vamos a partir de la tipología delictiva establecida en el Código Penal Español, en el que el punto de vista criminológico hace que deban ser tenidos en cuenta determinados matices. Por ejemplo, dependiendo de las circunstancias concretas de cada uno de los casos, y aunque estén definidos y tipificados por separado desde el punto de vista penal, los delitos de conducción imprudente de cualquier clase pueden tener (a grandes rasgos) la misma consideración criminológica, independientemente de que se trate del delito de conducción temeraria de los artículos 380 y 381, el de conducción imprudente a través de la determinada velocidad del artículo 379 punto 1º, o incluso –en algunos casos- el de homicidio o lesiones por imprudencia (artículos 142 .2.2ª y 142 bis y 152.2.2ª y 152 bis). Es más, desde un punto de vista puramente criminológico, no entrarían dentro del concepto de criminalidad de la seguridad vial los delitos de omisión del deber de socorro (artículo 195, punto 3º), o la negativa al sometimiento de pruebas de detección de alcohol o drogas (artículo 383). En estos dos últimos casos, y en sentido estricto, más bien se trataría de delitos cometidos con ocasión del tráfico que de delincuencia vial propiamente dicha.

Y el otro punto de vista es el que estableció Kaiser en su obra sobre “introducción a la criminología” (1988) en la que establece que la delincuencia vial se pueden distinguir tres grandes grupos de delitos:

- Delitos culposos. Según este autor, el saber experimental sobre los delitos culposos es muy pequeño, y ello se debe a que este grupo de delincuentes pasan por ser “terriblemente normales”. Incluye en este grupo el homicidio y las lesiones culposas, producidos con el vehículo como instrumento.
- Delitos dolosos. Grupo en el que deben incluirse la conducción sin permiso (tanto por no haberlo obtenido, como por haber sido privado de él), y el conducir con elevadas tasas de alcoholemia. En este último caso, también cuando se produce una fuga (omisión del deber de socorro, normalmente como resultado del miedo a las consecuencias.
- Delitos de “posición intermedia”. Incluibles entre el primer y segundo grupo, concretando entre éstos el caso de la omisión del deber de socorro, sin que la persona lo haga influenciada por los efectos del alcohol, como es el caso de la fuga incluible entre los delitos dolosos.

Delitos contra la seguridad vial.

Entre los delitos de riesgo del Título XVII CP:

Modalidades típicas:

Delito de Conducción a velocidad excesiva (art. 379.1 del CP)

Delito de Conducción bajo la influencia de drogas o bebidas alcohólicas (art. 379.2)

Delito de Conducción bajo determinada tasa de alcohol (art. 379.2)

Delito de conducción temeraria manifiesta productora de peligro concreto (art. 380 del CP)

Delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio a la vida de los demás (art. 381 del CP)

La regla concursal del art. 382 del CP:

Art. 142.2, 2º párrafo: homicidio imprudente menos grave por imprudencia grave de las normas sobre tráfico o circulación de vehículos a motor y seguridad vial)

Art. 142 bis

152 2. 2º párrafo: lesiones por imprudencia menos grave

Art. 152 bis y 1

Delito de abandono del lugar del accidente (art. 382 bis.)

Delito de conducción con el permiso caducado o suspendido (art. 384 del CP)

Delito de Creación de grave riesgo para la circulación (art. 385)

Elementos comunes, Bien jurídico: vida e integridad referido a toda persona que transita por las vías públicas, y que se proyecta en la necesidad de dar adecuada respuesta a las conductas peligrosas para la vida e integridad física de las personas, protagonizadas por los conductores de vehículos a motor y ciclomotores y que merecen sanción penal.

Se trata de incidir más directamente en la **seguridad** relativa a la vía, o lugar transitado. Pues la vía es la calle, plaza, camino u otro sitio por donde transita o circula el público. Y, en cualquier caso, lo que preocupa al legislador es que el tráfico de vehículos con todas sus implicaciones, en cuanto representa un riesgo para las personas, se desarrolle de la forma más segura por la vía pública.

La seguridad vial constituye un sector fuertemente normativizado, por lo que el entendimiento de los tipos penales ha de partir de la regulación administrativa, y en particular, del Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y el Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, Reglamento General de Circulación³¹.

La **acción de conducir un vehículo** a motor exige unas mínimas coordinadas espaciotemporales, un desplazamiento, el traslado de un punto geográfico a otro. Sin movimiento no hay conducción. Pero no es necesaria una relevancia de esas coordinadas, ni una prolongación determinada del trayecto. Actos de aparcamiento desaparcamiento, o desplazamientos de pocos metros del vehículo colman ya las exigencias típicas, más allá de que algunos casos muy singulares y de poco frecuente aparición en la praxis de nuestros tribunales (el vehículo no consigue ser arrancado pues se cala tras el intento de ponerlo en marcha; desplazamiento nimio por un garaje particular...) puedan ser ajenos al tipo penal por razones diversas (STS 436/2017 (Pleno))

³¹ También es importante la Circular 10/2011 de la fiscalía general del Estado analiza pormenorizadamente estos delitos.

Lugar de realización de la conducta o Ámbito espacial: Tratándose de delitos contra la seguridad vial, la conducción debería llevarse a cabo en una vía destinada al tráfico rodado. No obstante, la propia LSV en su artículo 2 incluye además de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud sean de uso común y, en defecto de otras normas, las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios³².

Sujeto Activo: es el conductor de un vehículo a motor o ciclomotor. Conforme al ANEXO I Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial De 1 es la persona que maneja el mecanismo de dirección; aunque en el caso de los vehículos que circulan en función del aprendizaje de la conducción, se considera conductor a la persona que está a cargo de los mandos adicionales³³. En el mismo Anexo existen definiciones de vehículo, ciclomotor y vehículo de motor

Bebé a bordo: la STS 314/21, de 15.04, califica como autor mediato del delito de conducción sin permiso (384.2 CP) al padre que permite conducir (y solo) a su hijo de 8 años. ¿Autor extraneus (ajeno) de un delito especial propio? ¿Autor mediato de un delito quizás de propia mano?

Concepto de Vehículos a motor y Ciclomotor: El Anexo 1 de la Ley Seguridad Vial (LSV) considera vehículo de motor al vehículo provisto de motor para su propulsión con exclusión de los ciclomotores, tranvías y vehículos para personas de movilidad reducida. En la práctica, habrá que estar a las características de la máquina o artificio utilizado en el caso concreto para considerarlo vehículo de motor.

Tienen la condición de ciclomotores los vehículos que se definen a continuación (solo leer):

- a) Vehículo de dos ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor de cilindrada inferior o igual a 50 cm³, si es de combustión interna, o bien con una potencia continua nominal máxima inferior o igual a 4 kW si es de motor eléctrico.
- b) Vehículo de tres ruedas, con una velocidad máxima por construcción no superior a 45 km/h y con un motor cuya cilindrada sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o bien cuya potencia máxima neta sea inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o bien cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.
- c) Vehículos de cuatro ruedas, cuya masa en vacío sea inferior o igual a 350 kilogramos no incluida la masa de baterías para los vehículos eléctricos, cuya velocidad máxima por construcción sea inferior o igual a 45 km/h, y cuya cilindrada del motor sea inferior o igual a 50 cm³ para los motores de encendido por chispa (positiva), o cuya potencia máxima neta sea

³² Por la jurisprudencia se ha incluido el aparcamiento de una discoteca (STS 8/2011, de 26 de enero, nº recurso 10744/2010), el recinto de una empresa privada (SAP Burgos 350/2011, de 2 de noviembre, nº recurso 111/2011), una calle, plaza o zona peatonal (SAP Asturias 246/2004), la playa (SAP Málaga 187/2011, de 11 de abril), un aparcamiento o garaje de una comunidad de vecinos. En determinadas figuras delictivas se especifica como elemento del tipo una determinada vía, como luego veremos.

³³ - STS 314/2021, de 15 de abril, sobre la autoría mediata en el delito de conducción sin permiso del art. 384.2 CP.

inferior o igual a 4 kW para los demás motores de combustión interna, o cuya potencia continua nominal máxima sea inferior o igual a 4 kW para los motores eléctricos.

La conducción peligrosa: conducción a velocidad excesiva o bajo la influencia de determinados productos (art. 379 CP)

Artículo 379. 1. 1. *El que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en sesenta kilómetros por hora en vía urbana o en ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.*

2. *Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.*

Regula la conducción de peligro para las personas y bienes y aglutina varios tipos delictivos:

- a. según se realice la conducción con velocidad excesiva notablemente desproporcionada,
- b. bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes³⁴
- c. y, por último, conducción con altas tasas de alcohol.

Son figuras delictivas de peligro abstracto, o de riesgo potencial, al no exigirse resultado alguno. Lo cual no quiere decir que pueda hablarse de **delito** de peligro presunto, pues ha de concurrir siempre un peligro real, aunque genérico o abstracto, caracterizado por la peligrosidad *ex ante* de la conducta, pero sin necesidad de que ese peligro se materialice en la afectación de bienes jurídicos singulares. De modo que se exige siempre la existencia de una acción peligrosa (desvalor real de la acción) que haga posible un contacto con el bien jurídico tutelado por la norma (desvalor potencial del resultado), si bien cuando este contacto llegue a darse estaremos ya ante un **delito** de peligro concreto.

a. La conducción a velocidad excesiva notablemente excesiva

Reproche penal la mera conducción de un vehículo de motor o ciclomotor a una velocidad desproporcionada, específicamente tasada y que resulta variable dependiendo de las limitaciones administrativamente previstas según la categoría y circunstancias de la vía y de cada uno de sus tramos.

Se ha previsto, como elemento objetivo del tipo, la conducción a una velocidad que supere en sesenta kilómetros a la hora en vía urbana y de ochenta kilómetros por hora en vía interurbana a la reglamentariamente permitida.

³⁴ Se entiende por prueba positiva de alcohol aquella en la que la se exceden los límites establecidos en el artículo 20 del Reglamento General de Circulación²: con carácter general, tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro; en el caso de conductores noveles o profesionales, tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por miligramo.

Los límites administrativos vienen fijados en la normativa extrapenal y dependen de la clase de vía, vehículo, carga etc.

Se trata de un ilícito penal de peligro abstracto, cuya conducta típica requiere única y exclusivamente traspasar los límites antedichos, pues en sí mismos considerados conllevan un peligro potencial para la vida e integridad de las personas, así como a los bienes.

Como norma penal en blanco, el elemento objetivo ha de integrarse con las previsiones administrativas contenidas en la regulación de tráfico y **seguridad vial**, principalmente con el Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial y, a su vez, con Real Decreto 1428/2003, de 21 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Circulación para la aplicación y desarrollo del texto articulado anterior y demás normativa concordante.

De conformidad con dicha normativa, vía interurbana es toda vía pública situada fuera de poblado; y, contrariamente, vía urbana es toda vía pública situada dentro de poblado, excepto las travesías.

➤ Prueba de la velocidad concreta

El debate judicial acerca de este tipo delictivo suele centrarse en la prueba de la velocidad concreta, siendo admisible cualquier fuente de prueba válida (por ejemplo, el dictamen pericial de unas huellas de frenada, o la declaración testifical de los agentes que realizan una persecución y comprueban la velocidad en el velocímetro de su propio vehículo), si bien será habitual el uso de mediciones por radares o cinemómetros. (STS 184/2018 de 17 de abril) La velocidad del vehículo se mide en tiempo real con el cinemómetro, generalmente llamado radar (estáticos, móviles y estáticos), que debe de cumplir una serie de requisitos legales para garantizar su validez y eficacia. De esta forma, el artículo 70 LSV establece que *los instrumentos, aparatos o medios y sistemas de medida que sean utilizados para la formulación de denuncias por infracciones a la normativa de tráfico estarán sometidos a control metrológico en los términos establecidos por la Ley de Metrología y su normativa de desarrollo*. El control metrológico abarca el certificado de verificación primitiva, los controles después de reparaciones y los de verificación periódica, y su objetivo es comprobar que el aparato cinemómetro cumple con la normativa existente, esto es, que está homologado y revisado, y que funciona correctamente, toda vez que sobre este instrumento descansa la prueba esencial del delito, siendo una garantía del justiciable la exigencia de su perfecto estado de funcionamiento. Si hubiera duda sobre el cumplimiento de las exigencias legales y reglamentarias por el cinemómetro utilizado, se aplica el principio in dubio pro-reo. La velocidad que resulte de la medición efectuada debe ser reducida aplicando el margen de error máximo permitido que resulte en función de la marca del aparato, modelo, antigüedad, si es fijo o móvil, y cuyos porcentajes se especifican en la Orden ITC 3123/2010 ya referida.

En este terreno, resulta especialmente relevante la regularidad del aparato y la contemplación de los márgenes de error máximos dependiendo de cada tipo de radar. La configuración como delito abstracto implica la obligación de tener en cuenta el cómputo del margen de error (EMP) en los cinómetros y etilómetros y comprobar la sumisión estricta de los utilizados en la normativa metrológica.

Multa penal/Multa administrativa

Las fronteras entre la conducta lícita, la infracción administrativa y la infracción criminal, están claramente determinadas mediante cifras concretas de velocidad, si bien ha de acudirse

a la normativa administrativa antes citada para concretar en cada caso el carácter de la vía (urbana o interurbana) y la velocidad máxima permitida.

Respecto al asunto del Principio “non bis in idem penal/administrativo”, los comportamientos que integran los tipos penales constituyen, a su vez, conductas que se sancionan en la legislación de tráfico como infracciones administrativas. Pese a que el propio artículo 65 de la Ley de Seguridad Vial señala que los hechos que se enuncian sólo tendrán carácter de infracción administrativa cuando no sean constitutivos de delito o falta, es posible que existan determinadas zonas en las que la infracción administrativa y la penal puedan confluir. También es posible que, por error, sobre unos mismos hechos concurren dos procedimientos sancionadores diferentes.

En cualquier caso, lo que no cabe es la acumulación de sanciones, penales y administrativas, por los mismos hechos, proscrita en aplicación del principio non bis in idem, cuyo reconocimiento y consecuencias ha quedado plasmado en el artículo 85 de la Ley de Seguridad Vial, que dispone:

Actuaciones administrativas y jurisdiccionales penales.

1. Cuando en un procedimiento sancionador se ponga de manifiesto un hecho que ofrezca indicios de delito perseguible de oficio, la autoridad administrativa lo pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal, por si procede el ejercicio de la acción penal, y acordará la suspensión de las actuaciones.
2. Concluido el proceso penal con sentencia condenatoria, se archivará el procedimiento sancionador sin declaración de responsabilidad.
3. Si la sentencia es absolutoria o el procedimiento penal finaliza con otra resolución que le ponga fin sin declaración de responsabilidad, y siempre que la misma no esté fundada en la inexistencia del hecho, se podrá iniciar o continuar el procedimiento sancionador contra quien no haya sido condenado en vía penal.

La resolución que se dicte deberá respetar, en todo caso, la declaración de hechos probados en dicho procedimiento penal.

Estos preceptos recogen la doctrina constitucional sobre el principio non bis in idem y determinan su contenido conforme al art. 25 de la CE. En su aspecto material, el citado principio, que se conecta con las exigencias derivadas del principio de legalidad penal y de proporcionalidad, impide la imposición de una dualidad de sanciones, penal y administrativa, al mismo sujeto, en razón de los mismos hechos y con idéntico fundamento.

Jurisprudencia. Cinemómetros.

El Tribunal Constitucional, a propósito de infracciones administrativas de tráfico, declaró en la STC 40/2008, de 10 de marzo, que los datos obtenidos mediante el funcionamiento de cinemómetros gozan de una presunción iuris tantum de veracidad siempre que dichos aparatos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa técnica vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante las correspondientes certificaciones de naturaleza técnica.

La referida presunción puede, lógicamente, ser destruida mediante la práctica de las pertinentes pruebas; aunque, dada la gran precisión y fiabilidad desde un punto de vista técnico de estos aparatos, y los exhaustivos controles técnicos a los que reglamentariamente

están sometidos para asegurar su satisfactoria operatividad, es necesario, para que la práctica de la prueba solicitada resulte pertinente, que existan unas dudas mínimamente razonables sobre la corrección de su funcionamiento, por, entre otros supuestos imaginables, resultar de manera evidente una manipulación externa del aparato

b. Conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas y estupefacientes: art. 379.2 CP

Art. 379.2. Con las mismas penas será castigado el que condujere un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas. En todo caso será condenado con dichas penas el que condujere con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa de alcohol en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

El artículo 379.2 del Código Penal tipifica conjuntamente el delito de conducción de un vehículo de motor o un ciclomotor bajo la influencia de las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias o bebidas alcohólicas y la realizada con una tasa de alcohol en aire espirado superior a 0,60 miligramos por litro o con una tasa en sangre superior a 1,2 gramos por litro.

En consecuencia, en este delito se regulan dos modalidades:

- a. en la primera, se incluye como elemento del delito que la previa ingesta de determinadas sustancias produce una *influencia* en el conductor, es decir, que ha de ser objeto de prueba que su capacidad para conducir se encontraba afectada.
- b. en la segunda modalidad, el legislador considera que es punible en todo caso la conducta cuando se superan determinadas tasas, que solamente se prevén respecto de las bebidas alcohólicas.

El precepto 379.2 CP señala que las penas serán las mismas que las previstas para el que condujere un vehículo de motor o un ciclomotor a velocidad superior en 60 kilómetros por hora en vía urbana o en 80 kilómetros por hora en vía interurbana a la permitida reglamentariamente. Esto es, el conductor que cometiese alguno de estos delitos —conducción bajo la influencia de las de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o de bebidas alcohólicas, conducción con una tasa superior de alcohol a la señalada en la norma o conducción a la velocidad superior fijada en este artículo—, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de seis a doce meses o con la de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días, y, en cualquier caso, con la de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Pero si lo pensamos más detenidamente, en el art. 379 el legislador refiere tres conductas:

- la afectación de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas en la conducción;
- la conducción bajo la influencia del alcohol;
- y la conducción con la existencia de una tasa objetiva de alcohol,

Es necesario, para castigar las dos primeras, que dichos elementos provoquen una alteración de las facultades psicofísicas del conductor. Para ello no basta con que el conductor las haya ingerido, sino que es necesario que evidencie síntomas de su influencia para que cometa este delito de peligro abstracto.

a. Delito de peligro abstracto y para su comisión no basta conducir un vehículo con una determinada tasa de alcohol, sino que es necesario que lo lleve a cabo «bajo influencia» de bebidas alcohólicas, de modo que la conducción se realiza con indudable alteración de sus facultades psíquicas y físicas, en relación con sus niveles de percepción y de reacción, de ahí la relevancia que, junto al resultado de las pruebas positivas de alcoholemia por encima de los límites permitidos, debe reconocerse a otros elementos de prueba, tales como la comisión de infracciones de tráfico, salidas de vía, accidentes, así como el testimonio de las personas que hayan observado la forma de conducir o de comportarse el conductor, particularmente el de los agentes de la policía que hayan practicado la correspondiente prueba.

Ello, no obstante, es preciso diferenciar la conducción de un vehículo de motor o ciclomotor bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas de aquella realizada bajo la afectación del consumo de bebidas alcohólicas. Esta distinción encuentra su razón en que no existe una medida científicamente reconocida para identificar en qué grado influye una cantidad concreta de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas a la conducción e, inevitablemente, es necesaria mayor actividad probatoria que la aportación del mero control para acreditar su afectación en el comportamiento del conductor. Es más, muchas sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas permanecen en el cuerpo por más tiempo del período en el que producen sus síntomas que afectan a la conducción, por lo que es posible que se detecte el consumo de las mismas, aun cuando no estén afectando de manera cierta a la conducción.

Para la determinación del grado exacto de impregnación alcohólica habrá de tenerse en cuenta la regulación de los etilómetros, sus márgenes máximos de error permitido, y el modo de realizar las pruebas, contenidos en los artículos 21 a 26 del Reglamento General de Circulación y la Orden ITC/3707/2006, de 22 de noviembre.

La influencia de las sustancias tóxicas constituye un elemento normativo del tipo penal que requiere una valoración del juez, en la que éste deberá comprobar si en el caso concreto de la conducción estaba afectada por su previo consumo.

Para subsumir el hecho enjuiciado en el tipo penal, no basta comprobar el grado de impregnación alcohólica en el conductor, sino que, aun cuando resulte acreditada esa circunstancia mediante las pruebas biológicas practicadas con todas las garantías procesales que la Ley exige, es también necesario comprobar su influencia en el conductor; comprobación que naturalmente deberá realizar el juzgador ponderando todos los medios de prueba obrantes en autos que reúnan dichas garantías.

A este respecto, el TC ha afirmado que la prueba de impregnación alcohólica puede dar lugar, tras ser valorada juntamente con otras pruebas, a la condena del conductor del vehículo, pero ni es la única prueba que puede producir esa condena, ni es una prueba imprescindible para su existencia (S. TC. 15 de noviembre de 2.006).

Es un criterio jurisprudencial y forense consolidado, que la diferencia entre el ilícito administrativo y el penal. El ilícito penal debe superar la trasgresión formal para exigir la acreditación de un peligro real para la **seguridad** del tráfico, esto es, la influencia en las facultades psicofísicas necesarias para la conducción poniendo en peligro los bienes jurídicos protegidos en la norma.

c. La conducción con altos niveles de alcohol

El segundo párrafo del art. 379.2 CP sanciona un comportamiento alternativo respecto a la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas y sustancias tóxicas, con iguales consecuencias punitivas al resto de los ilícitos penales contenidos en el precepto.

Con la introducción del párrafo aludido se produce la incriminación de la conducción tras el consumo de bebidas alcohólicas cuando arroje una determinada tasa de alcohol; ya no es preciso demostrar o acreditar que el sujeto llevaba a cabo la conducción con disminución de sus facultades para el manejo del vehículo, basta con la constatación de que se ha ingerido previamente bebidas alcohólicas y que se conduce alcanzando una tasa objetiva que así lo acredita (0,60 miligramos de alcohol por litro de aire espirado o 1,2 gramos por litro en sangre).

Ello simplifica enormemente la labor policial y judicial al respecto, adelanta las barreras de protección y supone la superación de la doctrina de individualización de cada supuesto concreto, tratándose de conductas de peligro abstracto en todo caso.

Desaparecen, así, las diferencias tradicionales entre el ilícito administrativo (conducción con tasa no permitida) y el **delito** (que exigía, además, influencia negativa).

Ahora, la naturaleza de ambos ilícitos es la misma, pues se sanciona la conducción con tasa de intoxicación etílica comprobada objetivamente con los aparatos etilómetros, y la única diferencia será cuantitativa. A partir de 0,60 mg de alcohol en litro de aire espirado (1,20 en sangre) constituye **delito** y, en cualquier otro caso por encima de niveles permitidos y hasta los constitutivos de infracción criminal, podrá ser —en su caso— infracción administrativa.

Así, el art. 379.2 CP, segundo párrafo se completa necesariamente con el art. 20 Reglamento General de Circulación, que dispone:

Art. 20 Reglamento General de Circulación, que dispone:

Artículo 20. Tasas de alcohol en sangre y aire espirado

*No podrán circular por las vías objeto de la legislación sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y **seguridad vial** los conductores de vehículos ni los conductores de bicicletas con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,5 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,25 miligramos por litro.*

Cuando se trate de vehículos destinados al transporte de mercancías con una masa máxima autorizada superior a 3.500 kilogramos, vehículos destinados al transporte de viajeros de más de nueve plazas, o de servicio público, al transporte escolar y de menores, al de mercancías peligrosas o de servicio de urgencia o transportes especiales, los conductores no podrán hacerlo con una tasa de alcohol en sangre superior a 0,3 gramos por litro, o de alcohol en aire espirado superior a 0,15 miligramos por litro.

Los conductores de cualquier vehículo no podrán superar la tasa de alcohol en sangre de 0,3 gramos por litro ni de alcohol en aire espirado de 0,15 miligramos por litro durante los dos años siguientes a la obtención del permiso o licencia que les habilita para conducir.

El resultado de la prueba de alcoholemia se refleja en los tiques o comprobantes que se adjuntan en el atestado junto con la documentación técnica del etilómetro utilizado. Estos aspectos son periciales que quedan documentados. Sin embargo, todo lo relacionado con la práctica de la prueba, esto es, la observancia de todas las garantías legales y todas las circunstancias concurrentes como la sintomatología que observaron, son aspectos fácticos que deben ser probados en el acto del juicio oral para destruir la presunción de inocencia mediante la declaración de los agentes policiales que la llevaron a cabo, con el fin de poder someter la prueba a la necesaria inmediación y contradicción.

En caso de accidente, cuando sea imposible someter al conductor a las pruebas de detección alcohólica por el método de aire espirado, y ante la presencia de síntomas de embriaguez, en caso de ausencia de información de derechos y de consentimiento por imposibilidad debido al estado médico del interesado, será necesaria autorización judicial para la extracción sanguínea al objeto de comprobar si el afectado había consumido alcohol así como determinar la tasa de alcohol, toda vez que lo contrario afectaría al derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 CE. Si de lo que se trata es de practicar, en el mismo caso expuesto, la analítica tendente a determinar el grado de impregnación alcohólica, no mediante una intervención corporal de extracción de sangre sino analizando una muestra de sangre extraída a efectos terapéuticos, precisará asimismo ante la ausencia de consentimiento, resolución judicial por afectar al derecho a la intimidad personal previsto en el artículo 18 CE. (STC 206/2007, de 24 de septiembre, recurso amparo 4487-2005)

Atenuante de ebriedad. La conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas es incompatible con la apreciación de una atenuante o eximente basada en la embriaguez del sujeto activo. Dicha embriaguez constituye un elemento del tipo que justifica el carácter antijurídico de la conducta, de modo que resulta imposible, en términos lógicos, que al mismo tiempo sea un fundamento de atenuación de la responsabilidad.

Pruebas de detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas

Mientras se establecen cifras concretas de alcohol, ello resulta imposible con el resto de las sustancias a las que se refiere el tipo. Y, en efecto, el consumo no ya de sustancias psicotrópicas clásicas, sino el de multitud de medicamentos cuyos prospectos advierten de la incompatibilidad con la conducción, o el mismo sueño y cansancio, son susceptibles de alterar la capacidad de conducción tanto o más que el alcohol. De nuevo, las exigencias de generalidad hacen inviable la previsión y, sobre todo, la cuantificación, de tales efectos. Obviamente, siempre será posible su encaje tras la comprobación de la efectiva influencia. Pero, para la acreditación de la comisión de un delito de conducción bajo la influencia de sustancias tóxicas, estupefacientes o psicotrópicas es necesario probar que los sentidos han quedado afectados por su consumo, por lo que además de la aportación del resultado positivo del *test* de drogas realizado en el control, la actividad probatoria pasa por otro tipo de pruebas que pongan de manifiesto la influencia de esas sustancias en la conducción. Tradicionalmente los datos acerca del grado de influencia de estas drogas sobre la conducción se introducían al proceso a través de la testifical del agente que interactuaba con el conductor acusado, pero ahora la acreditación de estos hechos puede verse reforzada con la grabación de imágenes y con el acta de signos de seguridad vial (vid ejemplo de acta de signos en plataforma Teams)³⁵.

Una de las diligencias de investigación que los agentes policiales pueden realizar en la instrucción de los delitos de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas o del alcohol es el análisis de su detección tendente a determinar su existencia en el organismo de los conductores. Sin embargo, tanto el procedimiento, cuanto el resultado son distintos respecto de tóxicos, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, que

³⁵ Puede verse el Oficio del Fiscal de sala Coordinador de Seguridad Vial con instrucciones para la elaboración de atestados por delitos de conducción bajo la influencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas del art. 379.2 del Código Penal en <https://www.fiscal.es/documents/20142/0/NOTA+PRENSA+DE+19.7.2019+CONTROLES+DROGAS.pdf/d80cfbce-b0d0-5832-58bd-ca88666fcb02>

en relación con el alcohol ya que, mientras que para la medición de los primeros es necesaria una muestra de saliva (que, normalmente, se obtendrá con la ayuda de un hisopo de algodón) y no existen tasas objetivas legalmente establecidas que determinen; el método alcoholométrico se realiza sobre la concentración en aire espirado (si bien subsidiariamente puede realizarse el análisis del alcohol en sangre, para lo que es necesario una diligencia más intrusiva) y sí existen cánones más definidos que determinan su afectación en el conductor, lo que ha conllevado que se tipifique un delito independiente para el que no es necesario acreditar la influencia del alcohol en la conducción y basta con que el conductor supere una tasa de alcohol concreta.

Esto es, en la actualidad no es posible demostrar la influencia real de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas como sí puede hacerse con el alcohol —y, precisamente por ello, el consumo de una cantidad concreta de alcohol constituye un tipo penal diferente—, ya que no están establecidos los márgenes de intoxicación cuantitativa de cada una de las drogas, ni tampoco la influencia ejercida sobre la conducción en cada uno de los estadios. Así, un resultado positivo de estas sustancias determina que el conductor las ha ingerido, pero ni determina el grado de ingesta, ni identifica los posibles efectos concretos que sobre la persona y la conducción han producido, por lo que es necesario acreditar también la afección de facultades para la conducción.

Para la detección de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, en primer lugar, el agente policial puede realizar al conductor el *test* indiciario salival, al que debe someterse obligatoriamente³⁶. El artículo 769.1.7 LECrim exige que esta extracción del fluido oral para detectar la presencia de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en los conductores de vehículos a motor y ciclomotores la realicen agentes de policía judicial de tráfico con formación específica que, en todo caso, deberán actuar con respeto a la dignidad de la persona de acuerdo con lo previsto en los artículos 10.1 y 15 CE.

Para el supuesto en el que el conductor interpelado se niegue a someterse a la extracción de una muestra de saliva —de forma expresa o mediante el mantenimiento de una actitud de mera pasividad rebelde de no hacer—, además de la acusación por el delito previsto en el artículo 379.2 CP si existen signos externos que denoten el consumo de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, los agentes pueden imputar al conductor un delito contra la seguridad vial contemplado en el artículo 383 del Código Penal por el rechazo a realizar dichas pruebas. Cuestión distinta a esta negativa es si el conductor no puede prestar consentimiento válido para someterse al *test* del consumo de estas sustancias al encontrarse en estado de inconsciencia. En este caso, se requerirá autorización motivada al Juzgado en servicio de Guardia del lugar de los hechos.

Tanto si el resultado del *test* es positivo, cuanto si el resultado de esta diligencia es negativo, pero existen signos de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, los agentes policiales realizan una segunda muestra de garantía de la primera (20) que, en esta ocasión, se envía a laboratorios homologados, con sistemas más fiables de aquellos portátiles que disponen las agentes *in situ*, garantizándose la cadena de custodia desde su extracción hasta su estudio

³⁶ El *test* indiciario salival «consiste en la toma de una muestra de saliva del conductor que analizada en el equipo portátil arrojará un resultado positivo o negativo de consumo reciente de drogas, así como la sustancia tomada, dentro de un catálogo de drogas» que, en la actualidad, son únicamente seis: cannabis, opiáceos, cocaína, anfetaminas, metanfetaminas y benzodiazepinas.

Adicionalmente, el conductor tiene el derecho a solicitar una prueba de contraste por medio de un análisis de sangre, orina o análogo en un centro sanitario

A esta prueba se une ahora la posibilidad de que los policías judiciales de tráfico (en general agentes de tráfico) obtengan y graben imágenes del investigado reveladoras de los signos externos a los efectos de constatación del tipo delictivo del art. 379.2 del Código Penal, según las circunstancias y atendiendo a criterios de proporcionalidad y necesidad. Pese. Esta diligencia tecnológica, introducida en la Ley Orgánica 13/2015, de 15 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica, no necesita de previa autorización judicial para su adopción, pero sí le son de aplicación las demás disposiciones comunes a todas las diligencias de investigación tecnológicas previstas en los artículos 588 bis a) a 588 bis k) LECrim

En estos casos es relevante la cadena de custodia del detector salival para garantizar, tanto que la saliva analizada en el laboratorio pertenece al investigado (su autenticidad), como que la misma no ha sufrido contaminación alguna (su indemnidad o inalterabilidad). (STS 339/2013).

Delito de conducción temeraria manifiesta productora de peligro concreto

Artículo 380. 1. El que condujere un vehículo a motor o un ciclomotor con temeridad manifiesta y pusiere en concreto peligro la vida o la integridad de las personas será castigado con las penas de prisión de seis meses a dos años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta seis años.

2. A los efectos del presente precepto se reputará manifiestamente temeraria la conducción en la que concurrieren las circunstancias previstas en el apartado primero y en el inciso segundo del apartado segundo del artículo anterior.

Se trata de un delito de peligro concreto, en el que es precisa la concurrencia de un peligro efectivo para la vida o la integridad de las personas, aunque no se haya materializado en resultados mortales o lesivos.

El apartado segundo establece una presunción de temeridad manifiesta en los casos en los que se conduzca a velocidades superiores a las previstas en el art. 379.1, o bajo la influencia de bebidas alcohólicas con una tasa superior a las previstas en el 379.2 último inciso.

Son dos, por tanto, los elementos tradicionalmente exigidos: la conducción con una notoria desatención de las normas reguladoras del tráfico, de forma valorable con claridad por un ciudadano medio y que tal conducta suponga el peligro concreto para la vida o integridad de las personas.

El tipo penal «requiere que el autor conduzca temerariamente, esto es, con inobservancia absoluta de las reglas de tráfico elementales, debiendo ser manifiesta, esto es, patente para terceros; como consecuencia de esta conducta se ha de poner en concreto peligro la vida de terceras personas; peligro concreto de personas indeterminadas pues se trata de un delito contra la seguridad del tráfico (SSTS 717/2014, de 29 de enero de 2015; 262/2014, de 5 de mayo).

La temeridad manifiesta

La temeridad será manifiesta cuando se constata una notoria desatención a las normas reguladoras de la circulación viaria, detectable por cualquier ciudadano medio.

El adjetivo «manifiesta» no alude a cuestiones de prueba sino a que la temeridad sea patente, clara, notoria.

Delito doloso: «se está en presencia de un delito que solo admite su ejecución dolosa, y no imprudente, y por ello, el dolo del autor debe abarcar los dos elementos del tipo: el modo de conducir temerario y el peligro concreto para los otros usuarios de la vía, dolo que no desaparece ni se neutraliza por la concurrencia de otros móviles, como el de huir de la persecución de la policía» (STS 717/2014, de 29 de enero de 2015).

Se exige dolo, pero referido a la creación del peligro; es decir, no respecto de los posibles resultados no exigidos por el tipo, sino respecto de la conducción imprudente y el riesgo concreto sí exigidos por el tipo. Por ello, no es incoherente que a la condena por este delito se sume otra por los resultados lesivos, a título de imprudentes (STS 706/2012, de 24 de septiembre).

No es precisa la identificación de las personas que sufrieron el riesgo: «ha de acreditarse que existieron personas respecto de las cuales hubo un riesgo para su integridad física, incluso para su vida; personas concretas, aunque pudieran no encontrarse identificadas»

Delito de conducción temeraria con manifiesto desprecio a la vida de los demás

Artículo 381. 1. Será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años, multa de doce a veinticuatro meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un período de seis a diez años el que, con manifiesto desprecio por la vida de los demás, realizare la conducta descrita en el artículo anterior .

2. Cuando no se hubiere puesto en concreto peligro la vida o la integridad de las personas, las penas serán de prisión de uno a dos años, multa de seis a doce meses y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por el tiempo previsto en el párrafo anterior.

3. El vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en el presente precepto se considerará instrumento del delito a los efectos del art. 127 de este Código.

Introducido en la reforma del CP de 1.989, con el propósito de hacer frente a la proliferación de aquellos conductores que circulaban por el sentido contrario al de la marcha en las autopistas y autovías.

Este delito se construye con los elementos del delito de conducción temeraria del art. 380 (véase comentario al mismo), a los que se añade que la conducta se realice con manifiesto desprecio por la vida de los demás. Tal como recoge el preámbulo de la LO 3/1989, que introdujo este delito, se creó para dar respuesta a los denominados «conductores homicidas», cuyo ejemplo más característico son los que voluntariamente conducen en sentido contrario en las autopistas, lo que alcanza «una posición intermedia entre el delito de riesgo y la tentativa de homicidio». El apartado segundo determina que, en este delito, al contrario que en el tipo básico de conducción temeraria, es típica la conducta, aunque no se haya producido un resultado de riesgo concreto, si bien en este caso la penalidad se atenúa. La conducta descrita en el art. 381 es calificada como una tentativa de homicidio, con dolo eventual (en tanto en cuenta la muerte del sujeto puesto en peligro por la conducta de conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás no produzca el resultado de

muerte). Se trata de que el sujeto activo (conductor) da principio a la ejecución del delito directamente por actos exteriores, perfectamente idóneos para ocasionar la muerte de otras personas (como conducir un automóvil por una autopista en sentido contrario al elegido sin abandonarlo) y se ha representado como harto probable y ha asumido que otro u otros conductores , que vengan circulando correctamente por su mano tengan que realizar una arriesgada maniobra elusiva para evitar el choque frontal con el consiguiente riesgo de sufrir un grave accidente. En eso consiste el manifiesto desprecio por la vida de los demás, en saber que la acción que se lleva a cabo comporta un grave peligro para la salud, integridad o la vida de otras personas, sin que ello importe lo más mínimo ni disuada al autor de sus propósitos, y esa actitud obviamente, no es otra cosa que una manifestación del llamado dolo eventual (teoría positiva del consentimiento). Si se produce el resultado lesivo se aplica la regla del art. 382

“El consciente desprecio” ha sido interpretado como elemento subjetivo de mayor intensidad que la imprudencia, por lo que nos encontramos ante una modalidad expresa de tentativa de homicidio con dolo eventual que resultará absorbida por el **delito** de resultado, en caso de que éste se produjese. Además de la **seguridad vial**, el bien jurídico tutelado es la vida y la integridad de las personas y el dolo requerido es el directo, descartándose el indirecto y el eventual porque la Ley exige que el agente obre con «consciente desprecio», lo que equivale a afirmar que sea «a sabiendas» y a quién obra sabiendo exactamente lo que hace, no se le puede atribuir una conducta con intención indirecta o eventual.

El párrafo primero castiga la conducción manifiesta de un vehículo de motor o ciclomotor con temeridad manifiesta poniendo en peligro concreto la vida de otras personas. En el párrafo segundo basta con el peligro potencial para otros posibles usuarios.

Ejemplos:

Acelerar el vehículo ante el control policial, teniendo que saltar para evitar ser atropellados,

Circular con una moto haciendo un «trompo» en una zona llena de jóvenes

Con el objeto de no dar la vuelta tras pasarse la salida, el acusado circuló unos metros marcha atrás con un camión de varias toneladas, con escasa visibilidad y con un absoluto desprecio por las normas que regulan la circulación en una autopista, si bien sin poner en concreto peligro la vida e integridad de los usuarios de la vía

¡!!!OJO!!!!La jurisprudencia no ha considerado conducción con manifiesto desprecio por la vida de los demás,

- Adelantamiento realizado en una zona curva en la que está prohibido: conducta que ponía en peligro la vida del conductor, pero no la de otras personas

-Arrancar automóvil en calle abarrotada de gente sin importarle el riesgo que la conducción generaba para las personas que ocupaban la misma, pero sin que conste se representara el daño que su proceder podía entrañar: ausencia de aceptación del posible resultado lesivo derivado de su acción: no se da el dolo eventual: delito de conducción con temeridad manifiesta

- Arremeter bruscamente con su coche en puesto de mercadillo, echando marcha atrás de forma brusca, derrapando con su vehículo, estando en las inmediaciones gran cantidad de personas, no constando que fuera consciente del atropello de una niña: conducción temeraria que no alcanza este subtipo agravado

No es dolo directo porque si quisiera causar directamente la muerte el vehículo sería un instrumento para cometer el delito. En este caso, de homicidio voluntario no existirá un delito contra la seguridad vial (concurso de leyes principio de absorción) salvo que en esta acción directamente homicida pusiera en peligro simultáneamente a otras personas indeterminadas.

La conducta es la conducción con temeridad manifiesta, desatendiendo la diligencia más básica exigible a cualquier conductor con infracción de las reglas más elementales que disciplinan el tráfico, incluyéndose expresamente en la misma la conducción bajo los efectos de las bebidas alcohólicas con las tasas previstas en el art. 379 CP, así como con la velocidad excesiva también reflejada en el mismo precepto.

A lo que debe unirse el manifiesto desprecio por la vida de los demás; razón por la se considera la figura como una tentativa de homicidio con dolo eventual, por cuanto el sujeto activo, que da principio a la ejecución del **delito** —conduciendo en sentido contrario—, se ha representado como harto probable y asume que otro u otros conductores se vean obligados a realizar arriesgadas maniobras evasivas, con el inherente peligro de sufrir grave accidente

La STS 717/2014, de 29 de enero de 2015, elabora una minuciosa doctrina para diferenciar las figuras del delito de conducción temeraria y la tentativa de homicidio utilizando un vehículo a motor

La regla concursal del art. 382 del CP

➤ Artículo 382.

Cuando con los actos sancionados en los arts. 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado. Cuando el resultado lesivo concorra con el delito del art. 381, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores

- Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 20 de enero de 2015: «Los ataques contra la vida de varias personas, ejecutados con dolo directo o eventual, se haya o no producido el resultado, realizados a partir de una única acción, han de ser tratados a efectos de penalidad conforme a las reglas previstas para el concurso real (arts. 73 y 76 del CP), salvo la existencia de regla penológica especial (v. gr. 382 del CP)».

Cuando el **delito** de peligro acarrea, además, una lesión el legislador entiende que se trata de un concurso de leyes, y condena el hecho más gravemente penado.

El nuevo art. 382 CP, sobrepone, por tanto, automáticamente, la cláusula de alternatividad y de mayor rango punitivo, que el art. 8 CP fija para solucionar el problema del concurso de normas.

La regla prevista en este precepto descansa sobre un doble presupuesto: la previa creación de un peligro para la **Seguridad Vial**, de la cual se sigue un resultado lesivo para la vida o la integridad de las personas. Si el daño afecta a otros bienes, patrimoniales básicamente, nos encontraremos ante un **delito contra la Seguridad Vial** y se generará una responsabilidad civil que deberá ser resarcida. Lo dispuesto en este precepto deja sentir sus efectos siempre

que se haya cometido alguno de los **delitos** previstos en los tres arts. a los que expresamente se refiere.

La consecuencia inmediata que se desprende del mismo se cifra en determinar la sola apreciación de la infracción más gravemente penada de las dos cometidas, no resultando siempre fácil la elección de cuál lleva aparejada pena más grave. Se dispensaba, por tanto, el tratamiento del concurso de leyes a lo que, en realidad, es un concurso de **delitos**.

El juzgador queda sujeto a la necesaria imposición de la pena en su mitad superior por exigencia literal del nuevo precepto acercándose a la solución prevista en el CP para el concurso ideal de **delitos**. Con todo, este último aspecto reviste importantes consecuencias prácticas, por cuanto el **delito de conducción peligrosa**, en cualquiera de sus modalidades, con un resultado de muerte conllevará la apreciación, al menos, de homicidio imprudente con una pena de prisión de 1 a 4 años (art. 142 CP). Y al resultar obligatoria la imposición en su mitad superior la pena aplicable no podrá ser inferior a dos años y seis meses, que conlleva necesariamente el estar vetada la suspensión condicional por ser pena superior a los dos años (arts. 80 y ss. CP).

En resumen: a) si no ha resultado ninguna persona muerta o herida la existencia o no de peligro concreto determinará la apreciación del delito del párrafo primero o del segundo.

b) de haberse producido la lesión a la vida o integridad de las personas de nuevo habrá de acreditarse porque si se ha causado la muerte de otro conductor, pero al mismo tiempo se ponen en peligro la vida de otras personas surgirá un concurso, generalmente ideal de delitos ente un homicidio con dolo eventual y otro delito de conducción homicida

Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor: el tratamiento del homicidio y lesiones imprudentes en materia de tráfico

Sabemos que el delito de Homicidio por imprudencia grave se regula en el art. 142.1 CP. La conducta típica consiste en causar la muerte de otro por imprudencia grave, castigándose dicha conducta con la pena de uno a cuatro años de prisión. El art. 142. CP añade que cuando el homicidio imprudente se cometa utilizando vehículo a motor, un ciclomotor o arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privación del derecho a la tenencia y porte de armas de uno a seis años. Y, si se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio o cargo por un periodo de tres a seis años.

Tras la reforma operada por Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, en materia de imprudencia en la conducción de vehículos a motor o ciclomotor y sanción del abandono del lugar del accidente, el artículo 142. 1 CP introduce la siguiente previsión: “A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinará la producción del hecho”.

Esto es, se presume *iuris et de iure* que si en régimen concursal se da cualquiera de las circunstancias del artículo 379 la imprudencia con resultado de muerte se reputará homicidio por imprudencia grave. Se trata de la conducción de un vehículo a motor o ciclomotor superior a velocidad de 60 hm/h en vía urbana u 80 Km/h en vía interurbana a la permitida reglamentariamente y la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

Respecto al Homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2), la conducta típica consiste en matar a otro por imprudencia menos grave y se castiga con la pena de multa de tres a dieciocho meses. Añade este apartado que en caso de que el homicidio imprudente se cometa utilizando vehículo a motor y ciclomotores o arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores o la privatización del derecho a la tenencia y parte de armas de tres a dieciocho meses. Por último, se establece que este delito únicamente será perseguible a instancia de parte.

En la distinción entre el homicidio por imprudencia grave y menos grave, señala el Tribunal Supremo que para determinar la gravedad de la imprudencia habrá que valorarse el grado de infracción del deber de cuidado, el nivel del riesgo permitido y la previsibilidad de resultado ex ante.

Igualmente, tras la reforma operada por Ley Orgánica 11/2022 de 133 de septiembre en el art. 142.2 CP ha introducido la siguiente novedad: “Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, en la para la producción del hecho haya sido determinante la comisión de algunas de las infracciones graves de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el juez o tribunal en resolución motivada”.

Es decir, se eleva a la categoría de homicidio por imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, cuando el resultado de muerte se haya producido concurriendo una infracción grave de la normativa de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial a criterio del juez. Se trata, por tanto, de una presunción de imprudencia, discrecional, por lo que pudiera ser un mero quebrantamiento de la norma administrativa (por eso dice que debe ser determinante la infracción de la norma de tráfico).

Al igual que ocurre para los delitos de homicidio, la Ley Orgánica 2/2019, de 1 de marzo, ha introducido semejantes modificaciones para el delito de lesiones por imprudencia, en particular en el art. 152 CP, apartados 1 y 2 y mediante la introducción de un nuevo art. 152 bis CP. Por su parte, en el art. 152.1 CP se introduce la novedad de que a los efectos del mencionado apartado se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el art. 379 CP determine la producción del hecho. Y lo mismo sucede en relación a las lesiones por imprudencia menos grave que exigen que la infracción de las normas de tráfico deben ser determinantes en su producción.

El nuevo art. 152 bis CP prevé para las lesiones por imprudencia grave la potestad del juez o tribunal para imponer la pena superior en grado, si el hecho reviste notoria gravedad en atención a la singularidad y relevancia del peligro creado y del deber de cuidado normativo infringido y hubiere provocado lesiones constitutivas del delito del art. 152.1.2 y 3 CP, a una pluralidad de personas en la pena superior en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.

Delito de abandono del lugar del accidente (382 bis CP)

El art. 382 bis:

«1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieron una

o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.

- b. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor serán castigados con la pena de prisión de seis meses a cuatro años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de uno a cuatro años.*
- c. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de tres a seis meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de seis meses a dos años».*

El art. 195 condena por delito de omisión del deber de socorro en los casos que a la persona se halle en situación de desamparo o peligro manifiesto y grave y pudiera hacerlo sin riesgo propio o de terceros.

Aunque a veces este precepto penal, fue aprovechado por los Tribunales para castigar los abandonos, tradicionalmente no reconducibles a la omisión del deber de socorro, en que la víctima estuviera siendo socorrida por otros o estuviera muerta. (interpretación del art. 195 que podríamos calificar de extensiva o *in malam partem*), en Derecho español hasta la reforma penal por Ley 2/2019, de 1 de marzo, nunca se había castigado penalmente el simple abandono del lugar del accidente, y ni entonces ni en otro momento ha existido, a diferencia de lo que sucede en el Derecho comparado una norma penal que sancionara la mera fuga.

La razón que late tras la tipificación del delito de abandono del lugar del accidente en el art. 382 bis, ha sido la intención de evitar la impunidad de determinados abandonos que no resultan subsumibles en la omisión del deber de socorro del actual 195 CP, esto es, los casos en los que se produce muerte inmediata de la víctima y los casos de lesiones en los que no hay desamparo y peligro, bien porque la víctima puede salir de la situación por sí misma o bien porque está siendo auxiliada por otros. El origen de esta reforma penal se encuentra en el gran respaldo popular que obtuvieron las asociaciones de víctimas de accidentes de tráfico con una serie de iniciativas legislativas que buscaban la sensibilización social y que obtuvieron una gran visibilidad³⁷.

³⁷ Especialmente mediática fue la campaña autodenominada «Por una ley justa», iniciada el 7 de enero de 2016 a través de la plataforma Change.org por Anna González, viuda de un ciclista que falleció al ser atropellado mientras circulaba en bicicleta por el arcén por un camión cuyo conductor se dio a la fuga. Aunque se logró detener al conductor, fue enseguida puesto en libertad, ya que su conducta no era penalmente relevante: porque desde el año 2015 han desaparecido las faltas de nuestro Código Penal y, con ello, el homicidio por imprudencia leve, y tampoco la conducta del camionero era subsumible en la omisión del deber de socorro del art. 195 CP, pues como hemos dicho en el texto el tipo penal exige que la víctima se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, situación que no se da, lógicamente, cuando la víctima fallece en el acto, tal y como había sucedido en este caso. El objetivo principal de Anna González era conseguir que se reformase el Código Penal para que ninguna conducta similar a la del camionero que mató a su marido quedara impune. La propia Anna resumía así sus pretensiones: «Lo que pido es que toda muerte o lesiones en carretera siempre vayan por la vía penal porque es donde la víctima está protegida y, sobre todo, también la omisión del deber de socorro. Es decir, que se cree un nuevo tipo de delito en el que cuando un conductor provoca una muerte en una carretera y se marcha de ese lugar sin atender a la víctima, sin llamar a los servicios de emergencia, siempre sea considerado un delito, ya que actualmente no es así». Este movimiento fue secundado por diversas asociaciones de víctimas (AESLEME, ASPAYM, DIA, FEDACE, PAT-APAT, PREDIF y STOP ACCIDENTES) y por numerosos deportistas, especialmente del mundo del ciclismo.

Conviene, sin embargo, recordar que no es impune ni lo ha sido nunca el comportamiento del conductor que se marcha del lugar del accidente sin comprobar siquiera en qué estado se encuentra su víctima, puesto que siempre que el desamparo y peligro se le representen al sujeto como probables, hay que castigar por omisión del deber de socorro.

En todo caso, el legislador ha introducido un nuevo tipo penal como delito de aplicación subsidiaria respecto de la omisión del deber de socorro del 195 CP. Y lo ha hecho, lamentablemente, sin una reflexión previa mínimamente profunda, ni acerca de lo que se puede proteger en Derecho penal, ni acerca de las posibles implicaciones de introducir una obligación de detenerse que viola de manera flagrante el derecho de todo individuo a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (*nemo tenetur se ipsum accusare*), consagrado en el art. 24.2 CE. Si a un conductor que atropella mortalmente a alguien de manera dolosa se le reconoce el derecho a marcharse del lugar del accidente porque se considera que exigir que se quede equivaldría a obligarle a autodenunciarse, no se entiende bien --o al menos requerirá una fundamentación especial-- cómo se puede exigir, bajo amenaza de sanción, que permanezca en el lugar del accidente, auto inculpándose, quien causó una muerte semejante mediante un atropello imprudente.

A pesar de que el nuevo delito se ubica entre los delitos contra la seguridad vial, no parece que el bien jurídico sea la preservación de las condiciones garantizadas por el ordenamiento para mantener la circulación de vehículos a motor y ciclomotores dentro de un riesgo permitido.

Tampoco son bienes jurídicos lo que afirma el legislador proteger en la Exposición de motivos de la Ley. Así, tras realizar el legislador un juicio moral impropio afirmando la «maldad intrínseca» de quien abandona el lugar del accidente, asegura que lo que pretende castigar también es «la *falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico*». Sin embargo, no pueden ser protegidos aquí ni la solidaridad ni la vida o integridad física, pues no se impone al conductor ningún deber de salvamento (solo que no abandone el lugar del accidente, aunque fuera por caso fortuito). Además, de darse una situación semejante, esto es de necesitar ayuda sería además de aplicación preferente el delito de omisión del deber de socorro

La inclusión del delito de fuga del lugar del accidente fue polémica, y censurado por un sector de la doctrina penal al no apreciar razones de peso para su castigo. La posición de la jurisprudencia y la de la Fiscalía en materia de seguridad vial es que tras un examen minucioso del derecho comparado, sostiene que el bien jurídico protegido (a diferencia de la omisión de socorro constituido por bienes personales) está referido al deber de colaboración con las potestades o facultades de investigación de las causas del accidente por las policías de tráfico, esenciales para las estrategias preventivas sobre la siniestralidad y, sobre todo, para fundamentar la aplicación de las normas penales o sancionadoras de orden administrativo, así como las acciones resarcitorias o reparatorias de las víctimas. También las condiciones psico-físicas para seguir conduciendo con seguridad del causante del accidente que se da a la fuga. En la realidad de las cosas la mayor impunidad se produce en los colectivos vulnerables --peatones y ciclistas-- por quedar menores restos o fragmentos del vehículo causante haciendo más difícil la investigación. Los supuestos de agonizantes irreversibles se califican de omisión de socorro del art. 195 CP con fundamento en el derecho a una muerte digna y el perito forense, a estos efectos, dictaminará si ha habido un mínimo de supervivencia temporal con posibilidad abstracta de prestar cuidados paliativos, previéndose en el nuevo delito la hipótesis de reparaciones resarcitorias por el daño moral sufrido.

La conducta típica consiste en abandonar el lugar del siniestro. No se ha introducido ningún deber de identificación por parte del conductor --ni, consecuentemente, es necesaria la intención de escapar del cumplimiento de tal deber--, lo que produce serias distorsiones. Así, de acuerdo con esta regulación, puesto que lo único determinante es el abandono, sería impune por atípico el comportamiento del conductor que se esconde entre los viandantes o entre quienes observan el accidente.

Tampoco sería punible de acuerdo con el 382 bis CP el comportamiento del conductor que permanece en el lugar del siniestro, pero se niega a identificarse o proporciona una identidad falsa. Sí encajaría en la descripción típica la conducta de quien, habiendo causado la muerte del otro conductor, se marcha para identificarse en una comisaría cercana, pues en tal caso se ha producido el abandono, a pesar de no haber lesión alguna del bien jurídico. Ante este silencio en la redacción del tipo legal, se deja al azar la identificación del sujeto causante del accidente, que parece que podría negarse. Por ello, de manera más que cuestionable, se deja en manos de la jurisprudencia la tarea de delimitar de manera restrictiva la conducta, puesto que, desde luego, parece carente de toda lógica imponer al causante del accidente una permanencia ilimitada o una permanencia sin objetivo. La detención persigue, no lo olvidemos, la posibilidad de identificar al conductor y su vehículo para garantizar la satisfacción de las indemnizaciones civiles que correspondan (y también para estar disponible para posible sometimiento a práctica pericial de alcoholemia o influencia de sustancias tóxicas o estupefacientes). Por ello, hubiera sido deseable que el legislador, en aras de una seguridad jurídica que con frecuencia parece ignorar, hiciera referencia a la necesidad de poner a disposición de los demás conductores y/o de la policía los datos identificativos pertinentes.

Puesto que el tipo requiere el abandono, es necesaria una separación espacio temporal. No se especifica ni qué grado de distancia es necesario para la consumación, ni lo que ha de entenderse por lugar del accidente, pero de acuerdo con una interpretación teleológica, parece que el delito se habrá consumado cuando se alcance un grado de separación tal que ya no sea posible poner a disposición de los perjudicados los datos personales.

En la medida en que el único verbo típico es *abandonar* y el abandono requiere un hacer, parece que el 382 bis CP se configura como un delito activo. No obstante, ello es cuestionable, puesto que tal y como acabamos de indicar, aunque el legislador guarde silencio a este respecto, sin el deber de poner a disposición de los demás los datos identificativos este delito carece de sentido. La configuración de la conducta típica como una acción o una omisión no es baladí, sino que adquiere en este delito una singular relevancia³⁸.

El abandono ha de efectuarse, de acuerdo con el 382 bis, «voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros» que justifique ese abandono. Quedan fuera de la descripción típica, por tanto, el abandono que se produce por *vis absoluta* y el abandono motivado por la intención de salvar otro bien jurídico igual o superior, lo que sucederá sin duda cuando el conductor traslada a la víctima al hospital o cuando él mismo es trasladado (causa de justificación de estado de necesidad).

³⁸ La violación del principio de no confesarse culpables (*nemo tenetur*) se ha hecho depender en numerosas ocasiones de la modalidad de comportamiento cuyo incumplimiento se sancionaba. Así, desde el entendimiento de que solamente la manifestación verbal auto inculpatória atenta contra el derecho constitucional a la no autoincriminación, se afirma, de manera más que cuestionable, que nunca hay violación del derecho del sujeto a no auto incriminarse si el comportamiento que se impone al sujeto tiene un carácter meramente omisivo. Probablemente, la falta de referencia al deber de identificarse del conductor en el art. 382 bis se deba justamente al intento del legislador de evitar recoger por escrito la obligación de realizar una declaración verbal auto inculpatória incompatible con el 24.2 CE.

En el accidente ha debido intervenir el sujeto activo de manera causal, bien por imprudencia --no siendo necesario que el resultado le sea imputable objetivamente-- o bien por caso fortuito, de manera similar a la regulación de la omisión del deber de socorro de la propia víctima (art. 195.3 CP). Se plantean, consiguientemente, problemas idénticos. Así, por ejemplo, resulta discutible también en el abandono del lugar del accidente la fundamentación de la responsabilidad penal de quien se fuga tras causar el accidente por caso fortuito, porque al igual que en la omisión del deber de socorro de la propia víctima, en principio tampoco se puede establecer un deber especial para un sujeto que ni siquiera ha actuado previamente de manera imprudente.

En el accidente tienen que haber fallecido una o varias personas, o bien haberse causado una lesión del art. 152.2 CP. Dicho artículo que hace referencia a tres tipos de lesiones:

- a. las del tipo básico del 147.1 CP, es decir, las lesiones que requieren objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico;
- b. las gravísimas del 149 CP, que impliquen la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro principal, o de un sentido, la impotencia, la esterilidad, una grave deformación o una grave enfermedad somática o psíquica, o la mutilación genital; y
- c. las graves del 150 CP, que impliquen la pérdida o inutilidad de un órgano o miembro no principal, o la deformidad.

Quedan fuera, por tanto, las lesiones leves del 147.2 CP.

Solamente se castiga la modalidad dolosa, no la imprudente.

En la medida en la que ha de ser abarcado por el dolo (al menos el dolo eventual) tanto la circunstancia de haber causado el accidente, como la de haber ocasionado resultados de muerte o lesiones que requieran objetivamente tratamiento médico, el delito de fuga plantea problemas de prueba muy similares a los tradicionales de la omisión del deber de socorro en sede de dolo. En efecto, el abandono sigue sin ser punible en todo caso, puesto que sigue sin ser suficiente la simple conciencia de haber participado en un accidente o haberlo causado.

Sujeto activo solamente puede serlo el conductor del vehículo a motor o ciclomotor, por lo que constituye un delito especial. Quedan excluidos los accidentes causados por peatones, por ciclistas o por conductores de vehículos de movilidad personal (VPM). Sujeto pasivo es el lesionado y, en caso de muerte, el cónyuge viudo, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y los allegados que tengan derecho a recibir una indemnización

Negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia

Artículo 383. El conductor que, requerido por un agente de la autoridad, se negare a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la comprobación de las tasas de alcoholemia y la presencia de las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas a que se refieren los artículos anteriores, será castigado con la penas de prisión de seis meses a un año y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores por tiempo superior a uno y hasta cuatro años.

Mediante el delito del art. 383, el legislador ha creado un delito de desobediencia especial con unos requisitos específicos y objetivados. Se tutela básicamente el principio de autoridad, reforzando con esa protección penal la efectividad de los requerimientos legítimos de los agentes de la autoridad para efectuar esas pruebas. Solo indirectamente (y no siempre que se da el delito) se protege además la seguridad vial. Eso explica que también nazca la infracción cuando el bien jurídico "seguridad vial" está ausente: negativa por contumacia o

por simple enfado, a pesar de no haber consumido alcohol. Solo desde esa diferenciación entre los bienes jurídicos protegidos en este precepto y en el art. 379 son admisibles las generalizadas soluciones de concurso real entre ambas infracciones. Y por esta construcción, la negativa a someterse a la segunda medición es también constitutiva del delito del art. 383.

En consecuencia, todos los conductores de vehículos tienen la obligación de someterse a «las pruebas» que se establezcan para la detección de las posibles intoxicaciones por alcohol (art. 12.2 de la Ley de Seguridad Vial). Obligación que se regula detalladamente en los artículos 20 y siguientes del Reglamento de Circulación. Tales pruebas «consistirán, normalmente, en la verificación del aire espirado mediante etilómetros que, oficialmente autorizados, determinarán de forma cuantitativa el grado de impregnación alcohólica de los interesados»; precisándose luego –en el art. 23 del citado Reglamento– que «si el resultado de la prueba practicada diera un grado de impregnación alcohólica superior a 0'5 gramos de alcohol por litro de sangre, o a 0'25 miligramos de alcohol por litro de aire espirado, el agente someterá al interesado, para una mayor garantía y a efectos de contraste, a la práctica de una segunda prueba de detección alcohólica por aire espirado, mediante un procedimiento similar al que sirvió para efectuar la primera prueba, de lo que habrá de informarle previamente».

El sujeto activo ha de ser un conductor.

Ha de existir un requerimiento por parte de un agente de la autoridad, que debe ser expreso y directo.

La conducta típica consiste en la negativa a la realización de las pruebas, negativa que ha de ser terminante, no bastando con unas simples reticencias iniciales.

La negativa puede revestir diversas formas, siendo lo relevante que exista una actitud deliberadamente rebelde que impide completar con éxito las mediciones. Así, además de la simple negativa exteriorizada verbalmente, se incluyen conductas tales como la del que huye abandonando el lugar después de haber sido requerido, o la del que reiteradamente simula realizar la prueba, pero en realidad no insufla aire en el aparato, evitando de este modo que se obtenga un resultado

- Compatibilidad del art. 379 del CP con el delito de negativa a someterse a las pruebas de alcoholemia. La STC 1/2009, de 12 de enero no aprecia vulneración del principio *non bis in idem*. La identidad de autor, hecho y fundamento jurídico de las dos infracciones (ya sean penales o administrativas) que la vulneración del indicado principio exige, no concurre en el presente supuesto, desde el momento en que el hecho sancionado en el art. 379 CP consiste en conducir un vehículo a motor o un ciclomotor bajo la influencia de, entre otras, bebidas alcohólicas, mientras que el delito tipificado en el actual art. 383 CP sanciona la negativa a someterse a pruebas legalmente establecidas para la comprobación de que se conduce bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La disimilitud de conductas típicas excluye la vulneración del principio *non bis in idem*.

Pruebas de alcoholemia

El Tribunal Constitucional ha afirmado que la obligación de someterse a las pruebas de determinación del grado de impregnación alcohólica, no abandonando el lugar entretanto, no constituye una privación de libertad y no son aplicables las garantías de los detenidos (STC 107/1985, de siete de octubre).

Igualmente ha señalado que estas pruebas no son contrarias al derecho a no declararse culpable y a no declarar contra uno mismo pues no se obliga al detectado a emitir una

declaración que exteriorice un contenido, admitiendo su culpabilidad, sino a tolerar que se le practique una modalidad de prueba pericial, exigiéndose una colaboración no equiparable a una declaración, y es proporcionada, sin que existan otras medidas menos gravosas e igualmente aptas para determinar el grado de alcohol u otras sustancias en sangre ni el sacrificio que se impone resulta excesivo en comparación con la gravedad que entraña la conducción bajo sus efectos (SSTC 234/1997, de 18 de diciembre; 161/1997, de 2 de octubre).

Delito de conducción con el permiso caducado o suspendido

Artículo 384. El que condujere un vehículo de motor o ciclomotor en los casos de pérdida de vigencia del permiso o licencia por pérdida total de los puntos asignados legalmente, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o con la de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días.

- Las mismas penas se impondrán al que realizare la conducción tras haber sido privado cautelar o definitivamente del permiso o licencia por decisión judicial y al que condujere un vehículo de motor o ciclomotor sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción.

Los casos penados son los siguientes:

a) Conducción sin vigencia del permiso por la previa pérdida de la totalidad de los puntos. Como delito doloso, exige el conocimiento por parte del sujeto activo de que carece de puntos. El TS ha anulado sentencias condenatorias en casos en los que, posteriormente a los hechos, la pérdida de puntos fue revocada en el ámbito administrativo (STS 143/2015, de 11 de marzo);

b) Conducción sin vigencia del permiso por privación judicial. Un supuesto problemático es el representado por la conducción una vez terminada una pena privativa del derecho de conducir de duración superior a dos años, que conlleva la pérdida de la vigencia del permiso en virtud del art. 47 CP, y sin haber recuperado dicha vigencia mediante el cumplimiento de los requisitos del art. 63 de la Ley de Seguridad Vial.

La Circular 10/2011 de la Fiscalía General del Estado optó por considerar que tal conducta no es incardinable en el delito del art. 384, pero podría constituir un delito genérico de quebrantamiento de condena del art. 468.1 CP siempre que se cumplan los requisitos de tal tipo delictivo, y en particular, que se haya realizado un apercebimiento expreso de incurrir en este delito en caso de conducir sin haber recuperado la vigencia.

c) Conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia de conducción. La dicción del tipo legal no exige que se trate del concreto permiso o licencia para el tipo de vehículo que se conduce; ni que se trate de un permiso de conducir español o válido en España por haber sido debidamente convalidado.

En el delito del último inciso del art. 384 (conducir sin haber obtenido nunca el permiso o licencia), la expresión legal exige que pueda afirmarse con taxatividad que el autor jamás ha obtenido el permiso de conducir. Por eso ha de excluirse del radio de acción de dicho tipo penal a quien posee permiso extranjero y también a aquellas personas cuyo permiso ha caducado. Tanto aquellos correspondientes a otros países de la UE pero que no alcanzan validez en España por falta de reconocimientos médicos o finalización del período de vigencia de conformidad con el art. 24 del Reglamento General de Conductores, como permisos de países no comunitarios del art. 30 del citado Reglamento. El fundamento

exegético para la exclusión es que el art. 384 del Código Penal habla de la obtención, no de la validez en nuestro derecho del permiso con el que se conduce. No se distingue si el permiso o licencia se ha obtenido dentro o fuera del territorio nacional.

En consecuencia, constituirán infracciones meramente administrativas **la conducción con un permiso extranjero no homologado, o la conducción de vehículo de categoría distinta de la habilitada por el permiso o licencia que se posee.**

Por eso ha de excluirse del radio de acción del nuevo tipo penal a quien posee permiso extranjero; tanto aquellos correspondientes a otros países de la Unión Europea, pero que no alcanzan validez en España como permisos de países no comunitarios (art. 30) o un permiso internacional» (STS 507/2013, de 20 de junio. En el mismo sentido, STS 1032/2013, de 30 de diciembre). Respecto de la conducción de vehículo de categoría distinta de la habilitada por el permiso o licencia que se posee, la Circular 10/2011 de la fiscalía general del Estado lo considera atípico y acuerda no ejercitar la acción penal en tales casos.

Delito de Creación de grave riesgo para la circulación

Artículo 385. Será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años o a las de multa de doce a veinticuatro meses y trabajos en beneficio de la comunidad de diez a cuarenta días, el que originare un grave riesgo para la circulación de alguna de las siguientes formas:

Colocando en la vía obstáculos imprevisibles, derramando sustancias deslizantes o inflamables o mutando, sustrayendo o anulando la señalización o por cualquier otro medio.

No restableciendo la seguridad de la vía, cuando haya obligación de hacerlo.

En la practica forense el delito de creación de obstáculos (artículo 385) se ha mostrado como puramente anecdótico y responde normalmente a consideraciones totalmente distintas al resto de delitos formalmente considerados como de la seguridad vial, y con motivaciones que no suelen tener nada que ver con el resto de los que tiene esa misma consideración desde el punto de vista dogmático-penal. Paradójicamente, este sí que puede suponer un verdadero peligro físico para el tráfico, mientras que –por ejemplo- el de negativa al sometimiento de pruebas de detección alcohólica lo es de forma bastante más indirecta.

5. Consecuencias jurídicas de los delitos contra la seguridad vial

Los delitos contra la seguridad vial aparecen castigados, según los casos, con penas de prisión, multa y trabajos en beneficio de la comunidad. Además, en la mayoría de estos delitos está asimismo prevista como sanción la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores durante un tiempo determinado, que puede incluso suponer la pérdida definitiva de la licencia o permiso.

Prisión

Todos los delitos viales tienen prevista pena de prisión, eso sí no con idéntico alcance.

En los delitos viales que tan sólo representan, en su caso, un peligro abstracto para los bienes jurídicos protegidos (arts. 379 - conducción a altas velocidades, conducción etílica o bajo la influencia de tóxicos- y 384 -conducción sin carné-) la pena de prisión, además de ser de corta duración (de 3 a 6 meses), se configura como una de las penas alternativas frente a la pena de multa o a la de trabajos en beneficio de la comunidad. Sin embargo, en el delito de negativa a la realización de pruebas legalmente establecidas para la comprobación de tasas

de alcoholemia y la de detección de tóxicos del art. 383, la pena de prisión es de imposición obligatoria³⁹.

Excepcionalmente el artículo 385 ter, de aplicación a los artículos 379, 383, 384 y 385 permite al Juez o Tribunal rebajar la pena de prisión en un grado en atención a la escasa entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho. Así, atendiendo a las circunstancias del caso y a la menor entidad del riesgo creado, con la finalidad de respetar las exigencias del principio de proporcionalidad, se faculta al juzgador a rebajar la pena de prisión incluso en un grado⁴⁰.

En los supuestos de carencia de antecedentes penales, la pena de prisión inferior a dos años puede ser suspendida conforme a lo dispuesto en los artículos 80 y siguientes del Código penal, siempre que se hayan cubierto las responsabilidades civiles en las que se hubiera incurrido o se hubiera obtenido la declaración judicial de insolvencia. El sujeto no podrá volver a delinquir durante el periodo de la suspensión, que puede oscilar entre dos y cinco años, pues en otro caso la suspensión sería revocada. La suspensión de la pena privativa de libertad quedará condicionada al cumplimiento de las obligaciones y prohibiciones y deberes impuestas por el juez o tribunal tal y como establece el art. 83, fundamentalmente, podrá ser alguna o algunas de las establecidas en el art. 83. 6ª, 7ª y 8ª:

6.ª Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial.

7.ª Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.

8.ª Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen su encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.

La realización de los cursos de reeducación y sensibilización vial está prevista para todos los condenados por sentencia firme por la comisión de un delito castigado con la privación del derecho a conducir un vehículo de motor o ciclomotor por la Disposición Adicional 13.ª de la Ley 17/2005, de 19 de julio. Los cursos de sensibilización se encuentran regulados en la Orden del Ministerio del Interior 2596/2005, de 28 de julio, que engloba en su ámbito de aplicación los supuestos de conductores condenados en los términos expuestos. El coste del curso, según lo dispuesto en el apartado noveno de la citada Orden, correrá a cargo del condenado. Además, al finalizar el curso se encuentra prevista la realización de una prueba para la recuperación del permiso o licencia de conducción, que se regula en el apartado décimo de la Orden y que también se exige, según lo dispuesto en el segundo párrafo de la

³⁹ La intervención en los Centros Penitenciarios se desarrolla mediante las siguientes acciones:

-Programa de obtención del permiso de conducir B.

Programa de obtención del práctico del permiso de conducir B

Programa de obtención de los permisos profesionales de conducción (taxi, ambulancias, transporte de camiones...)

Programa del curso de recuperación de puntos.

⁴⁰ Además, es importante recordar que, si se recurre a la facultad contenida en el artículo 385 ter, la prisión puede quedar reducida a un periodo inferior a tres meses por lo que en virtud de lo señalado en el artículo 71.2 CP, será obligatorio proceder a su sustitución por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad

letra b) del apartado segundo, para poder volver a ejercitar la actividad de conducción por parte de los condenados mediante sentencia firme por la comisión de uno de estos delitos.

Destaca el Programa de seguridad vial, PROSEVAL: Programa psicoeducativo para condenados por delitos viales sometidos a una regla de conducta (suspensión de condena) y para condenados a TBC de larga duración. Fue elaborado por el Instituto de Tráfico y Seguridad Vial de Valencia (INTRESS) y publicado en 2015 por parte de la Secretaría general de Instituciones Penitenciarias. Entre sus objetivos está el reconocimiento de la conducta delictiva, la mejora en la toma de decisiones, adecuación en la percepción de las conductas de riesgo, reconocimiento de las emociones que surgen en el tráfico y aprender su control, promover la práctica de decisiones y conductas viales seguras, entre otras.

Multa

Se trata de una pena que se encuentra prevista en prácticamente todas las figuras delictivas, en algunos casos como alternativa a otras penas. Se excluye el delito de conducción con temeridad manifiesta (art. 380) y el delito de negativa a la práctica de las pruebas (art. 383). Se rige por el sistema de días multa previsto en el artículo 50 del Código penal, con la finalidad de adecuarse tanto a la gravedad del hecho como a la solvencia económica de condenado, en función de la longitud temporal y de la cuantía de las cuotas que se fijen judicialmente.

Trabajos en beneficio de la comunidad

Como alternativa a la pena de prisión o incluso también a la de multa, se contempla la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Las circunstancias de ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad se regulan en el RD 1849/2009, de 4 de diciembre

La introducción de esta pena en los delitos contra la seguridad vial vino presidida por la idea de que los condenados entrasen en contacto con las víctimas de los accidentes de circulación a fin de que se concienciasen de los riesgos que, tanto para sí mismos como para terceros, se derivan de la conducción en las circunstancias expresadas en el tipo delictivo y de los resultados de lesión que pueden ocasionarse. Esta pena puede consistir en tareas de ayuda a las fuerzas policiales en gestión de tráfico, auxilio en centros hospitalarios, a las familias de las víctimas, etc. En cualquier caso, hay que destacar que el artículo 49 del Código penal exige, para que la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pueda ser impuesta al condenado, que se cuente con su consentimiento, de modo que, aunque todavía del tenor del artículo 385 pudiera parecer que se trata de una pena de imposición obligatoria (junto con la multa), el requisito de la voluntariedad debe convertirla en facultativa. Si no se cuenta con la anuencia del condenado, deberá imponerse alguna de las otras penas que se contemplan de forma alternativa en los tipos penales. La administración penitenciaria ha diseñado los **Talleres de seguridad vial, (TASEVAL)**; Los Talleres de seguridad vial están dirigidos a personas condenadas a TBC hasta 60 jornadas, cuyos objetivos son la sensibilización, generar disposición al cambio, el afrontamiento de situaciones de riesgo y promover el cambio conductual. Este taller es impartido tanto por profesionales penitenciarios como por entidades colaboradoras, como, por ejemplo, AESLEME, Asociación para el Estudio de la Lesión Medular Espinal, que colabora en la aplicación de TASEVAL, ofreciendo testimonio de personas víctimas de accidente de tráfico

Privación del derecho a conducir

Junto a las penas anteriores, deberá imponerse la de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores cuando esté expresamente prevista, lo que sucede en todos los delitos contra la seguridad vial salvo en los contenidos en los artículos 384 (conducción sin carné) y 385 (creación de grave riesgo para la circulación).

Además, la reforma operada por la Ley 15/2007, incorporó una novedad en el artículo 47 del Código penal: cuando la pena de privación supere los dos años, se produce la pérdida definitiva de los efectos del permiso o licencia. La disposición adicional decimotercera de la Ley de Seguridad Vial regula la obtención del permiso o licencia de conducción cuando su titular haya sido condenado por sentencia penal con la privación del derecho a conducir. Una vez transcurrido el plazo de la condena podrá el penado volver a obtener la licencia o permiso mediante la realización de un curso de reeducación y sensibilidad vial y posterior superación de las pruebas correspondientes.

Cuando la condena lo sea por tiempo inferior a dos años bastará con realizar el citado curso. En atención a consideraciones de protección del bien jurídico, resulta recomendable que se extienda tanto a los vehículos de motor como a los ciclomotores;

No existe en la regulación legal ninguna previsión en la que fundamentar una solicitud de aplazamiento o fraccionamiento de la ejecución de esta pena. Aunque en algunas ocasiones ha sido aceptada en la práctica por los tribunales, en atención a razones de justicia y para impedir perjuicios laborales o profesionales excesivos, por lo general, se ha rechazado el posible cumplimiento fraccionado de esta pena, por considerar que no se trata de una solución prevista legalmente y que la pena tiene un carácter continuado

Comiso del vehículo de motor o ciclomotor

El 385 bis que establece que “el vehículo a motor o ciclomotor utilizado en los hechos previstos en este Capítulo se considerará instrumento del delito a los efectos de los artículos 127 y 128”.

El artículo 127 contempla la medida de comiso de los instrumentos con los que se ha preparado o ejecutado el delito o de sus efectos o ganancias para todos los delitos o faltas dolosas, salvo que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. El comiso es considerado una consecuencia accesoria del delito, cuya imposición depende de la existencia de un hecho típico y antijurídico por parte del autor, no siendo precisa la constatación de su culpabilidad. Además, tras la reforma del Código penal de 2010 se prevé la posibilidad de aplicar el comiso respecto de delitos imprudentes que tengan prevista una pena de privación de libertad superior a un año. Por lo que se refiere a los delitos cometidos en el ámbito del tráfico viario, esta previsión resultará de aplicación en los delitos de homicidio (art. 142 CP) y en algunos tipos de lesiones imprudentes (art. 152.1, 2.º y 3.º CP)⁷⁶.

En caso de que se acuerde el comiso, el vehículo a motor o el ciclomotor podrá venderse y el producto se aplicará a cubrir las responsabilidades civiles del condenado, salvo que la ley prevea otra cosa. La salvedad referida a la pertenencia de los instrumentos o efectos a un tercero de buena fe no será aplicable, en principio, cuando el vehículo pertenezca a un partícipe en el hecho delictivo (p. ej., quien presta a otro su vehículo con conocimiento de que se encuentra afectado para conducir por el consumo de alcohol o drogas o de que no dispone de carné). Pese a que el artículo 385 bis se refiere de forma genérica a los hechos recogidos en este Capítulo, será necesario constatar que el vehículo haya sido en efecto el instrumento utilizado para la comisión del delito, pues el precepto se refiere al vehículo con el que se comete el delito.

En cualquier caso, en el resto de los delitos, la aplicación tampoco puede ser automática, pues debe atenderse a los requisitos generales establecidos en la ley. Según el art. 128 CP cuando los efectos o instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la gravedad de la infracción penal o cuando se hayan satisfecho plenamente las responsabilidades civiles (lo que acontecerá en la gran mayoría de casos de delitos viales), el

Juez o Tribunal podrá no decretar el comiso o hacerlo sólo parcialmente. De esta forma, rige en esta materia el principio de proporcionalidad, que impedirá que el comiso se ordene en aquellos supuestos en los que la medida no guarde relación con la gravedad de los hechos. La aplicación del comiso en los delitos viales debe, por tanto, ser restrictiva. El comiso debería quedar reservado a aquellos supuestos en los que se haya ocasionado un grave riesgo para la circulación y para los bienes jurídicos individuales protegidos en este ámbito (lo que ocurrirá con mayor facilidad en los delitos contenidos en los arts. 380 y 381 cuyas descripciones típicas exigen la creación de un resultado de peligro concreto) y siempre que exista un pronóstico de peligrosidad que apunte a que el sujeto puede volver a delinquir, lo que sucederá, por lo general, en casos de (multi) reincidencia.

6. Informes criminológicos para evaluar el riesgo de un infractor vial en la vía judicial

El informe criminológico puede contribuir de manera importante a la labor de los órganos judiciales y fiscales coadyuvando con ella a:

- a. Calibrar las consecuencias gravosas que ha generado y que pueda generar la actuación de una persona concreta en situaciones determinadas.
- b. Tener conciencia real de la peligrosidad del individuo.
- c. Asegurar un verdadero éxito en la instrucción del procedimiento.
- d. Determinar el peligro de la reiteración del hecho delictivo (capacidad del imputado para facilitar la repetición de los actos delictivos).
- e. Ayudar a decidir la conveniencia de solicitar por parte del fiscal y acordar por el juez diferentes tipos de prisión preventiva, comunicada, incomunicada.
- f. Valorar las diferentes medidas cautelares dentro del estudio de su futura reinserción, desde varios aspectos criminológicos.
- g. Valorar la posibilidad, ante la decisión de la libertad o prisión provisional, de acudir a otras penas alternativas o accesorias que puedan compatibilizarse con la tranquilidad de la víctima y los ciudadanos del lugar donde han ocurrido los hechos.

En general, las cuestiones que más van a procurar una perspectiva científica y especializada a la Autoridad Judicial para la toma de decisiones posiblemente atenderán sobre la determinación del perfil criminal del inculpado, la valoración del riesgo de que vuelva a cometer delitos (normalmente del mismo tipo que el informado), y en función básicamente de estos dos elementos- realizar una propuesta sobre la aplicación de cuál debería ser la consecuencia jurídica más adecuada, dentro de las posibilidades alternativas que se ofrece en algunos delitos contra la seguridad vial: conducción bajo los efectos del alcohol o de la conducción sin permiso que habilite para ello, la Autoridad Judicial debe decidir entre imponer, según el caso, la pena de multa, la de trabajos en beneficio de la comunidad, o la de prisión.

El fiscal puede solicitarlo con fundamento y apoyo en el ámbito procesal, con carácter general en los arts. 377-383 Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECrim) en concordancia con los arts. 282, 287, 293 y 297 párrafo 3 en relación con los arts. 456 y ss. LECrim.

De este modo el conocimiento de las circunstancias personales, sociales y de todo orden que han llevado al delito es necesario resulta necesario para decidir:

- sobre la adopción de medidas cautelares (pecuniarias, intervención del permiso de conducir, y prisión provisional) hasta el punto de que los preceptos reseñados aluden a ellas como supuesto justificante.

- Sobre la respuesta punitiva adoptada en el fallo condenatorio de la sentencia como resulta del art 66.1. 6ª CP ("las circunstancias personales del delincuente")
- En fase de ejecución de la pena de prisión en los arts. 80 y ss. CP, siendo expresivo de lo que se argumenta el art. 80.1. párrafo 2 CP y decisivos los datos criminológicos para la determinación de las reglas de conducta y medidas de los arts. 83 y 84 CP (en particular art. 83.1 6ª a 8ª),
- En relación con la procedencia o no del comiso del vehículo dispuesto en los arts. 385 bis. y 127. 2 CP
- En caso de ingreso en prisión tras la sentencia de condena, el dictamen puede servir de orientación para que los servicios penitenciarios la autoridad adopte las decisiones reeducadoras más adecuadas al perfil del infractor vial.

Tanto la LECR como el CP, en definitiva, obligan a ponderar parámetros o criterios con sustrato criminológico para la individualización de las medidas cautelares, pena y su ejecución que deben ser valorados tanto por el Fiscal al solicitar medidas cautelares y la sanción penal que corresponde al acusado en la Conclusión 5ª del escrito de acusación por cada tipo de delito, como por el juez al imponerla y concretarla en la sentencia, así como en su cumplimiento o ejecución.

En el ámbito de la delincuencia vial, estas circunstancias adquieren especial relevancia particularmente en los supuestos de conductores multirreincidente o aquellos que por la gravedad de su conducta (piénsese en los conductores llamados kamikazes del art. 381 CP) revelan una singular peligrosidad que exige una respuesta *ad casum* por parte de la Administración de Justicia. El modelo para seguir en los estudios es el del "triple riesgo delictivo" que goza de relevante aceptación científica. En él se agrupan las fuentes de riesgo en tres categorías: A) personales; B) relativas al "apoyo prosocial" recibido; y C) concernientes a las oportunidades delictivas. La valoración de todas ellas aboca a un Juicio sobre el riesgo de reincidencia de mayor a menor intensidad.

Metodología e instrumentos empleados

Para la realización de los informes criminológicos en materia de seguridad vial se emplean diferentes instrumentos y fuentes de información. Los dos que se han mostrado más relevantes han sido los siguientes:

- El estudio de la documentación: Análisis de la información contenida en los documentos de las diligencias judiciales.
- Entrevistas semiestructuradas a partir de las cuales se obtienen los datos que, junto con la documentación de los casos existentes, han permitido evaluar las dimensiones del riesgo.

1. El estudio documental

El expediente judicial suele iniciarse recabando la documentación del atestado policial. Además del mencionado atestado policial, podrán figurar en el expediente (o podrá

solicitarse su remisión) documentos de otro tipo, como los antecedentes judiciales y policiales (tanto los relacionados con la seguridad vial como de cualquier otro tipo).⁴¹

2. La entrevista

En el ámbito de la Criminología Forense relacionada con la seguridad vial, el otro elemento metodológico fundamental es la entrevista. Básicamente, con el implicado (o implicados) con los hechos objeto del informe, pero sin despreciar lo que pueden aportar, a través de la misma, todas aquellas personas que puedan ofrecer datos para identificar y valorar los factores relacionados con lograr el objetivo que se haya fijado en la demanda recibida.

Se trata de una entrevista clínica porque está guiada por el entrevistador/a, y su objetivo es, entre otras cosas, recorrer la biografía del entrevistado, y conocer sus ideas y forma de vida, los condicionantes que le mueven, y los factores que le han llevado a una situación determinada.

Es una entrevista semiestructurada, porque en ella se determina de antemano cuál es la información relevante que se quiere conseguir, se hacen preguntas abiertas dando oportunidad a recibir más matices de la respuesta, y permite ir enlazando temas.

En general, el entrevistador/a no abordará temas que no estén previstos, pero tiene libertad para desarrollar temas que vayan surgiendo en el curso de la entrevista y que considere importantes para comprender al sujeto entrevistado, aunque no las incluya en el resto de las entrevistas.

Debe disponer de un “guión”, que recoge los temas que debe tratar a lo largo de la entrevista. Sin embargo, el orden en el que se abordan los diversos temas y el modo de formular las preguntas se dejan a su libre decisión y valoración. En el ámbito de un determinado tema, este puede plantear la conversación como desee, efectuar las preguntas que crea oportunas y hacerlo en los términos que estime convenientes, explicar su significado, pedir aclaraciones cuando no entienda algún punto, y profundizar en algún extremo cuando le parezca necesario. Las ventajas de este tipo de entrevista son, que permiten más profundidad y aclarar cualquier malentendido, ver hasta dónde llega el conocimiento del entrevistado, facilitar la cooperación y la empatía, permitir evaluar mejor qué piensa realmente el entrevistado y, ante la posibilidad de que se produzcan respuestas no esperadas, la obtención de información no prevista que puede ser importante.

3. La consulta de fuentes bibliográficas.

Se han de especificar, en este apartado, las fuentes bibliográficas a las que se ha recurrido para el estudio del caso presentado. Preferiblemente, esas fuentes han de ser actualizadas y accesibles como para que se puedan mostrar como un instrumento eficaz y adecuado de consulta, además de constituir una base bibliográfica especializada en temas criminológicos.

En su intersección con el ámbito forense, el criminólogo/a debe atender al menos a dos tipos de fuentes bibliográficas: las de tipo jurídico y las específicamente criminológicas.

⁴¹ Aunque no se trate de antecedentes de tipo delictivo, como puede ser el caso de las denuncias de tráfico, que en el ámbito estudiado y dada su innegable relación con él, pueden constituir un importante indicio de comportamiento antisocial, o al menos asocial, dependiendo de su cantidad y su tipología.

Fuentes de tipo jurídico: puede distinguir entre fuentes legislativas Código Penal, legislaciones especiales, o incluso en el ámbito administrativo, como, por ejemplo, el Reglamento de Circulación⁴².

Fuentes interpretativas: las que interpretan la aplicación de las leyes y disposiciones legales, como es el caso de sentencias y la jurisprudencia aplicable al caso estudiado, que deben conocerse si el informe ha de aportarse en el ámbito judicial;

Fuentes criminológicas tanto las que se refieren a la parte general (teorías y consideraciones criminológicas directamente aplicables al caso objeto de estudio), como en cada uno de los temas específicos que conforman la parte especial (en este caso seguridad vial). Por ejemplo, el modelo criminológico del “triple riesgo delictivo” (TRD) del profesor Santiago Redondo (universidad de Barcelona) toma como bases para su desarrollo los análisis sobre el apoyo social como eje de la prevención, las teorías situaciones del delito, y, más específicamente, la investigación criminológica sobre factores de riesgo y protección (tanto individuales como sociales), que son reconceptualizados como dimensiones de riesgo de carácter continuo y graduado. El autor la ha denominado así, porque todas las dimensiones de riesgo son agrupadas en tres categorías o fuentes de riesgos: a) personales; b) relativas al “apoyo prosocial” recibido; y c) concernientes a las oportunidades delictivas.

4. Valoración criminológica

Este apartado constituye el verdadero núcleo que contiene la esencia criminológica del informe. Es aquí donde se deben incluir todas las consideraciones criminológicas relacionadas con el asunto a estudiarse y basadas en la identificación de los factores concurrentes, los resultados de la aplicación de los instrumentos de evaluación y la consulta de las fuentes bibliográficas. Los anteriores elementos han de servir para conseguir unir las teorías criminológicas aplicables al caso, con el asunto concreto estudiado para llegar a conclusiones que respondan a la demanda planteada.

En todo caso, este apartado deberá contener la información relevante desde el punto de vista criminológico que se haya podido identificar en el caso estudiado y la explicación criminológica que se derive de la comparación entre esta y las teorías aplicables a él. Además, y según la clase de demanda recibida, podrá incluirse un pronóstico sobre la posible evolución del caso, o una propuesta sobre las medidas o programas más adecuados para permitir una intervención ajustada a las necesidades y al perfil delincucional del implicado.

5. Conclusiones

Por fin, en el último apartado del informe se deben especificar las conclusiones a las que el experto criminólogo ha llegado en función de las consideraciones expresadas en el apartado anterior. En él, debe responderse, de manera directa y concreta, a la pregunta esencial derivada de la demanda realizada. No debe caerse en el error de reproducir las consideraciones y explicaciones incluidas en los anteriores apartados, sino que las conclusiones deben destacar por su concisión y precisión.

⁴² Véase la Circular de la Fiscalía General del Estado 10/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial.

Bibliografía

BERNABEU AYELA, F. J.: Capítulo 8: El informe criminológico en la seguridad vial. En GARRIDO GENOVÉS, V. (director): La Criminología forense y el informe criminológico, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 281- 315.

BRUNS LEDESMA, D.: TFG El informe criminológico aplicado a la valoración de los riesgos de reincidencia en delitos viales, 2017

EXPÓSITO PAULANO, G.A.: Adaptación de contenidos en intervención criminológica: experiencias de los programas PROSEVAL Y PROBECO.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, J.M.: Capítulo XVI: El informe criminológico en la seguridad vial (ICF-V) en ROMERO FLORES, B.: Criminología aplicada. Ed. Bosch. Madrid 2023, págs.359-375.

HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, O. /HERNÁNDEZ JIMÉNEZ, J.: La Criminología y la prevención de los delitos contra la seguridad vial. Vulnerabilidad de las víctimas desde la perspectiva de género: una visión criminológica. V. Rodríguez González (Dir.), A. Fuentes Cano/ T. Alonso del Hierro/ J. Torres Téllez (coords.) (atl.) Dykinson, Madrid 2021.

Instrucción 1/2017 de Fiscalía de la Comunidad Autónoma de Galicia sobre la realización de informes de riesgo en los delitos contra la seguridad vial por parte de la policía local en funciones de policía judicial de tráfico.

Sumario :

1. **Criminología verde: teorías y tipologías de daños y víctimas.**
2. **Principales campos de estudio de la Criminología verde.**
3. **Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas de 2011.**
4. **Política medioambiental comunitaria para la protección del medio ambiente y la biodiversidad.**
5. **Delitos contra la flora y faun**
6. **Delitos contra animales.**
7. **Delitos de incendio.**
8. **Nuevas perspectivas infractoras en medio ambiente: la técnica del *greenwashing* y sus efectos.**

1. Criminología verde (Green Criminology): teorías y tipologías de daños y víctimas.

El término *Green Criminology* se atribuye a Michael J. Lynch, pensador que en 1990 publica su obra “The greening of Criminology” considerada como el inicio de la *Criminología verde*, aunque anteriormente otros autores de habla no inglesa publicaron artículos sobre acciones ambientalmente perjudiciales.

La *Green Criminology* también conocida en España como Criminología verde o Eco criminología⁴³ se interesa por el estudio y/o análisis de los daños ambientales ampliamente concebido y que incluye el estudio del derecho, la política y la justicia medioambiental desde una perspectiva criminológica. Esto es, se centra en el estudio de las transgresiones contra los ecosistemas - los humanos y los no humanos- que surgen de las interacciones del ser humano con los entornos naturales. Su objetivo es reconocer, comprender y prevenir las consecuencias negativas contra los ecosistemas⁴⁴.

El proceso de fundamentación y aceptación de la Criminología verde se centra en los problemas ambientales, presentando un fuerte componente interdisciplinario que se auxilia, como suele ser frecuente en la Criminología, de los conocimientos teóricos y prácticos de otras ciencias⁴⁵. Sin embargo, a partir de ahí surge una gran diversidad de posiciones teóricas sobre cuál debe ser su ámbito o el alcance de su conocimiento (al igual que sucede con la Criminología en general), y de ahí que se discuta si su objeto de estudio debe ser únicamente considerado el análisis de las prácticas y patrones que son ambientalmente destructivos o actividades dañinas ambientalmente, que son contrarias a lo dictado por una ley o, por el contrario, si aun encajando en una actividad permitida por la ley al ocasionar estos daños ambientales también pueden ser concebidas como un crimen medioambiental. Se trataría de conductas legales, respetuosas con la normativa medioambiental, pero que, a pesar de ello, generan una afectación grave y perjudicial al medioambiente. En todo caso, desde todos los posicionamientos prevalece una visión amplia del crimen ambiental, abarcando cuestiones como la injusticia y el daño ecológico y social que suelen generar determinadas actividades industriales o comerciales que desde otros posicionamientos con mayor base jurídica se suelen dejar al margen.

En este sentido, cabe señalar las conductas humanas en el desarrollo de actividades legales de exploración y explotación de los recursos naturales, como el aprovechamiento de agregados en canteras, la producción de hidrocarburos, y también aquellas actividades al margen de la ley, como la tala de árboles con afectación de extensos territorios, o los cultivos ilícitos, o las actividades extractivas, que como la minería aurífera, causan daños

⁴³ MOURELLE HUNGRÍA, E./ GARCÍA RUIZ, A.: Criminología verde: criminalidad y daños ecológicos. Aranzadi. Pamplona, 2023

⁴⁴ El Proyecto EJOLT (Environmental Justice Organizations, Liabilities and Trade Project) se inició en 2014. El mapa interactivo mundial cataloga miles de casos de resistencia localizada contra proyectos dañinos: desde minas, vertederos de desechos tóxicos, operaciones de refinación de petróleo hasta zonas deforestadas, e integra datos geoespaciales para presentar conflictos en su contexto. Global Atlas of Environmental Justice, Actualizado: <https://ejatlas.org/>

⁴⁵ VEGH, V. ; “La criminología verde” (Green Criminology) en tiempos de pandemia. (2020).

Consultado en: <https://www.youtube.com/watch?v=uJOVZ1oRbr0>.

PERALTA NOVELLA, A.L.: “Revisión jurisprudencial de los delitos contra el medio ambiente desde la Criminología Verde y la Química Forense”, en MoleQla, Revista de Ciencias de la Universidad Pablo de Olavide, núm. 34. 2019.

ambientales. Actividades que afectan a los humanos, especialmente a comunidades indígenas, u otros seres vivos que ven sus nichos con amenaza de extinción de sus especies.

La *Criminología verde* no es un campo de estudio rígido ni una designación estandarizada, dentro de su campo de estudio se incluyen una diversidad de casuísticas lo que da lugar a su vez una pluralidad de acepciones o enfoques (se alude a criminología medio ambiental, criminología de la conservación, criminología ecoglobal, ecocriminología, etc.).

Igualmente, dentro del entramado de conductas o actividades que constituyen el objeto de estudio de la Criminología verde, Ese hace una diferenciación ateniendo al tipo de daño ambiental que la actividad humana puede generar, de tal forma que para alcanzar la explicación en la construcción del discurso criminológico verde se suele acudir a la distinción de White que sustenta los temas ambientales en los colores “verde, marrón y blanco”.

El *verde* se asocia a lo referido a la biodiversidad en general y otras cuestiones como pueden ser el cambio climático, la pérdida de vida silvestre, de hábitats y de biodiversidad, la tala y deforestación, la pérdida de la capa de ozono, el calentamiento global.

-El *marrón* se asocia a aquellas actividades contaminantes que pueden ser concebidas como *sucias*, incluye la contaminación y la eliminación de desechos y vertidos peligrosos.

-El *blanco* se asocia a las actividades científicas que implican modificaciones genéticas, el desarrollo de agentes patógenos, la experimentación animal, y otros desarrollos científicos y tecnológicos que involucran diferentes formas de vida.

Estas actividades todas ellas muy relacionada con conductas humanas motivan el interés de la Criminología verde, pues el estudio interdisciplinario de fenómenos catastróficos de degradación ambiental es donde la Criminología cumple su función de estudio sobre la etiología criminal y su tratamiento, y aunque estos fenómenos catastróficos no estén catalogados por la ley penal como delitos, merecen su consideración criminológica con el fin de influir en la toma de acciones en su prevención o en el desarrollo de políticas públicas.

En consecuencia, la *Green Criminology* o *Criminología verde* también pretende poner al descubierto aquellas actuaciones dañinas que quedan ocultas por la regulación; conductas que son ética y moralmente antisociales, pero que no llegan a infringir la norma penal y a veces ni la normativa administrativa pese a sus consecuencias ecológicas, que pueden ser devastadoras (en España sin más lejos daños ecológicos por la explotación de la balsa de residuos contaminantes de la minera sueca Boliden, o los terremotos causados por la construcción del almacenamiento subterráneo de la llamada plataforma Castor).

La pretensión de la *Green Criminology* de “sacar a la luz los daños medioambientales” no es casual. Durante largo tiempo los daños medioambientales han sido ignorados u ocultados. El derecho medioambiental, en sus distintos sectores normativos, ha actuado contra la explotación medioambiental realizada en contra de la normativa (infracción de las disposiciones protectoras del medio ambiente en los términos del art. 325 CP), pero no ha abordado los daños ambientales que el capitalismo y la industrialización provocan legalmente; daños que deben salir a la luz. Aunque la preocupación actual sobre el medioambiente es incuestionable, no puede olvidarse que este ha sido un sector orillado continuamente, sometido a las necesidades del crecimiento y desarrollo económico. Por ello, desde sus orígenes, la *Green Criminology* ha pretendido visibilizar el daño medioambiental, que respondía claramente a las características de los crímenes invisibles (“*invisible crimes*”): de ellos no se conocía nada ni había estadísticas, no se formulaban teorías ni se investigaba, la acción pública no se ocupaba de ellos porque no había forma de controlarlos. Frente a esta

ceguera (generalmente muy rentable para las corporaciones), la *Green Criminology* reclama tomarse en serio los crímenes invisibles (“*taking invisible crimes seriously*”).

El acotado concepto de delito contra el medio ambiente como aquel daño medioambiental consistente en un acto u omisión que infringe la ley, representa una perspectiva de estudio que, como se ha denunciado desde los sectores más activistas de la *Green Criminology* (Lynch y Stretesky), solo interesa a las corporaciones (“*constructing green crime from a corporative perspective*”), pues, por un lado, sitúa debajo de la alfombra muchos daños medioambientales legales y deja, por consiguiente, fuera de la consideración de sujetos pasivos a víctimas que pueden haber sufrido daños medioambientales no positivizados; y por otro, restringe las posibilidades de actuación dado que es inherente al delito medioambiental, en su acepción jurídico-legal, un régimen de responsabilidad reducido que excluye la *strict liability* (responsabilidad civil) ⁴⁶.

Es cierto que dentro de esta corriente de estudio otros autores como Hall proponen una visión más moderada, que no enfrente la perspectiva social o ecológica a la jurídica o legalista, de modo que el análisis de la *Green Criminology* se formule siempre en el marco jurídico (penal, civil o administrativo, según convenga), con respeto a los principios jurídicos y legales básicos (principio de legalidad); de lo contrario, afirma el autor, las aportaciones de la *Green Criminology* no serían útiles al construirse sin cobertura legal.

Se defienda un planteamiento amplio o estricto dentro de la *Green Criminology*, hay acuerdo en que la dirección político criminal que debe adoptar esta perspectiva criminológica es la de convertirse en una política criminal aplicada a la protección del medio ambiente, que analice críticamente el completo marco regulatorio de las leyes medioambientales en general y denuncie las lagunas e impunidades de las que se benefician las empresas o los particulares poderosos para seguir provocando daños en las zonas grises del derecho medioambiental.

La amplia perspectiva de la *Green Criminology* permite, en última instancia, por un lado, salirse de los estrictos márgenes de estudio definidos por el derecho positivo (y concretamente, por los actores públicos y las empresas), que responden a relaciones de poder y dominación, y por otro, invocar nuevas narrativas o relatos.

Así visto, la *Green Criminology* es una perspectiva verde crítica y, sobre todo, propositiva. La criminología verde recoge los datos, examina la realidad de los atentados medioambientales rutinarios y diarios (que pueden pasar desapercibidos, pero que en masa o acumulados constituyen una pequeña aportación indispensable al cambio climático) y selecciona actividades y ámbitos que requieren una actuación urgente. A continuación, suministra esta información empírica a la doctrina jurídico-penal para que formule, en lenguaje jurídico, los instrumentos que ayuden a combatir las conductas medioambientales lesivas que se producen, frecuentemente porque no existe aún suficiente conciencia sobre las mismas ⁴⁷.

En consecuencia, la Criminología verde es una rama de la Criminología, muy próxima a los postulados de la Criminología crítica, cuyo foco de atención son los procesos criminales y los daños legalmente causados al medio ambiente, a los ecosistemas y sus habitantes.

⁴⁶ Muy ilustrativa, el visionado de la película *Aguas Oscuras* (Dark Waters, Todd Haynes 2019).

⁴⁷ <https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/2021-06-14/los-peores-desastres-ecologicos-en-espana-cuanto-costaron-y-cuanto-han-dejado-sin-pagar-los-contaminadores.html>

Algunos autores diferencian entre crímenes verdes primarios y secundarios. Los crímenes verdes *primarios* se tratarían de aquellas actividades que de forma directa ocasionan un perjuicio y un daño directo sobre el medio natural o la biodiversidad (contaminación del aire o del agua, deforestación, disminución de especies, el abuso o maltrato a los animales, el agotamiento de recursos, etc.). Por su parte los denominados *crímenes verdes secundarios* serían aquellos que se encuentran desencadenados por las consecuencias de los primeros, o como algo que “surge de la actividad gubernamental o corporativa ilegal o negligente” llegando a considerar como tales crímenes las infracciones a las normas administrativas protectoras del medio ambiente o ambientalmente delicadas.

Otros autores, defienden que, como consecuencia del daño ambiental también pueden derivarse cierto tipo de acciones denominadas, *crímenes terciarios* que surgen como una respuesta social a los daños ambientales, siendo estos los derivados de acciones de protesta directa, la aparición de disturbios o actos de resistencia que pudieran conllevar algunas pautas o conductas delictivas como pueden ser daños contra la propiedad o lesiones sobre las personas⁴⁸.

2. Principales campos de estudio de la Criminología verde.

2.1. La tutela del cambio climático

2.1.1 Efectos del cambio climático

Junto con pandemia Covid 19 iniciada en el año 2020, el cambio climático es el principal problema a escala global en el siglo XXI. El cambio climático no se concentra en exclusiva en aspectos ambientales, sino que afecta también a cuestiones sociales y económicas, lo que genera que estas circunstancias se tomen en cuenta en la toma de decisiones a escala global.

Como es notorio, el calentamiento del planeta como consecuencia - en gran parte - de la emisión de gases de efecto invernadero ha alcanzado durante los últimos registros un nivel preocupante. El estado crítico de esos niveles unido a las previsiones futuras de continuo aumento hace preciso adoptar medidas intercontinentales y de escala global para conseguir mitigar los efectos que provoca el calentamiento global.

El cambio climático genera unas consecuencias que son más que conocidas gracias a los estudios y evidencias científicas⁴⁹.

⁴⁸ Sobre Victimología y Criminología verde vid. GARCÍA RUIZ, A.: “Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 20 (2018) BÖHM M.L.: “Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico transnacional”, en Revista Crítica Penal y Poder 2017, nº 13, Octubre, pp. 41-65.

⁴⁹ El Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (**IPCC**) es el órgano internacional encargado de evaluar los conocimientos científicos relativos al cambio climático. La participación en el **IPCC** está abierta a todos los países Miembros de la OMM y las Naciones Unidas. <https://www.ipcc.ch/about/>
La Oficina Española de Cambio Climático (OECC), la Fundación Biodiversidad (FB), la Agencia Estatal de Meteorología (AEMET) y el Centro Nacional de Educación Ambiental (CENEAM) llevaron a cabo un trabajo de comunicación y divulgación de los resultados de los trabajos <https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/el-proceso-internacional-de-lucha-contra-el-cambio-climatico/naciones-unidas/IPCC.aspx>

Por un lado, efectos ambientales y ecológicos como el aumento del nivel del mar, el incremento de las temperaturas llegando a ocasionar un calor extremo y produciendo sequías en determinadas zonas⁵⁰. Esto puede originar a su vez que, exista una disminución del suministro de agua dulce y de alimentos que podrá originar movimientos sociales migratorios, aumentando las hambrunas y, llegando a hacer más incisivas las existentes, la transformación de daños ambientales en daños sociales que incluyen cambios socioeconómicos y políticos.

Por el otro lado, el cambio climático también es un problema de derechos humanos. Las sequías y otros fenómenos climáticos extremos además de graves daños a la vida y a la salud tienen un gran impacto en la seguridad alimentaria -el derecho humano a no pasar hambre- y están provocando numerosos desplazamientos y movimientos migratorios (los llamados refugiados climáticos). Debiera considerarse en qué medida una enorme emisión de gases invernadero por una multinacional o la inactividad de un gobierno en controlarla y evitarla debe considerarse delictiva. Más allá del derecho internacional derechos humanos se ha enriquecido con obligaciones de diligencia debida para las empresas multinacionales. Las obligaciones de diligencia debida - como veremos más adelante- obligan a las empresas a evaluar el impacto de su actividad tiene para los derechos humanos e implantar medidas correctoras y de reparación.

A los desastres naturales y catástrofes, pueden suceder problemas de salud (epidemias) e inclusive, disturbios sociales e ideológicos que pueden llevar a crisis políticas y, todo ello motivado por diversos comportamientos surgidos como consecuencia de los grandes movimientos migratorios que unido al aumento extremo de temperaturas que pueden derivar en conductas antisociales y criminales. Y en el pronóstico más oscuro a guerras civiles ante situaciones de desabastecimiento y escasez de recursos.

De ahí, que el daño social y para los derechos humanos que el cambio climático puede generar puede situarse en primera línea del objeto de estudio de la Criminología verde, considerándose como el foco inicial de aparición de fenómenos criminales o comportamientos desviados originados por las consecuencias del calentamiento global que queden fuera de los denominados crímenes primarios y secundarios que se originan por vulneración de las normas ambientales⁵¹.

En síntesis, desde la Criminología se ha fundamentado la importancia que tiene el daño ambiental generado por el cambio climático con las consecuencias criminales que puedan aparecer, llegando a afirmar que este problema es criminógeno⁵².

2.1.2. Medio ambiente y clima: dos bienes jurídicos diversos.

⁵⁰ Declaraciones sobre los incendios forestales en Galicia por parte de la Fiscal de medio ambiente, <https://www.fiscal.es/-/carmen-eir%C3%93-bouza-carmen-eir%C3%B3-bouza-fiscal-de-medio-ambiente-en-galicia-la-gesti%C3%B3n-forestal-deja-bastante-que-desear-y-la-prevenci%C3%B3n-debe-mejorar->

⁵¹ MORELLE HUNGRÍA, E.: Ecocriminología, la necesaria visión ecosistémica en el siglo XXI. Revista electrónica de Criminología (2020)03-02, 1-14. GARCÍA RUIZ, A.; “Ecocidio y éxodo climático: revisión crítica desde la narrativa de la justicia penal y la criminología verde”. Revista de Derecho Penal y Criminología, núm. 28, 2022 pp. 59-116.

⁵² Por último, conviene mencionar la existencia de cierta vinculación entre el aumento de las temperaturas, grandes precipitaciones y la aparición de actividades criminales violentas (Mares, 2013).

A primera vista, parece que la vía más inmediata para combatir los comportamientos que provocan un aumento global de temperaturas son los delitos contra el medio ambiente. Sin embargo, la inclusión de dichos comportamientos en las normas penales medioambientales clásicas (delitos de contaminación) presentan problemas técnicos insalvables para sancionar los comportamientos que están provocando el cambio climático mediante la emisión de gases de efecto invernadero.

La principal razón de la inidoneidad de los delitos contra el medio ambiente para la protección del clima es porque es difícil imputar resultados dañosos en términos de causación objetiva (relación de causa- efecto). Por otro lado, a veces la contaminación es un riesgo permitido (se contamina porque hay derecho a contaminar -el que contamina paga-) y, en tercer lugar, porque es necesario demostrar que el resultado lesivo de contaminación sea expresión de ese riesgo prohibido. Es decir, es necesario probar con la precisión que exige el principio *in dubio pro reo* que si la empresa se hubiera comportado correctamente desde el punto medio ambiental las lesiones o daños concretos no se hubieran producido.

Por ejemplo: sequía en África derivada de la emisión de gases de efecto invernadero de una empresa en Alemania: ¿a quién imputamos los efectos de la sequía?. Realizar un juicio de idoneidad de que la emisión de gases de esta empresa resulta idónea por si sola para alterar la calidad del aire, del suelo, las plantas o animales o la salud de las personas es complejo. El calentamiento climático es obra de millones de comportamientos que se han sucedido a largo del tiempo. Es imposible determinar que una emisión en concreto, por si sola, resulta idónea para generar un peligro susceptible de alterar como consecuencia de los efectos del cambio climático la calidad de los elementos naturales o afectar animales y plantas. No podemos perseguir el comportamiento de emisión de gases efectos invernadero, salvo que hagamos un delito de acumulación.

En definitiva, en el campo de la protección del clima y el freno del calentamiento global no se puede operar con los modelos clásicos de imputación penal (imputación objetiva), pues tienen que ver con el respeto a las garantías fundamentales.

Recientemente, en el ámbito penal se comienza a hablar del clima como bien jurídico merecedor de tutela de penal, como un bien jurídico distinto al medio ambiente y que deben ser objeto de protección penal diferenciada ⁵³.

Es más pese a que coloquialmente confundimos clima y medio ambiente son diferentes. El clima según la definición de la Organización Mundial de Meteorología es “la descripción estadística del tiempo atmosférico en término de valores medios y de la variabilidad de magnitudes correspondientes durante periodos”. El medio ambiente es “el conjunto de condiciones físicas que los seres vivos y, especialmente, los humanos necesitan para la vida”. El clima constituye el entorno en el cual se encuentran los elementos que componen el medioambiente, pero es distinto a estos elementos. El suelo, la calidad de las aguas o del aire puede modificarse con el cambio climático, pero este tiene necesariamente una dimensión global.

Las diferencias entre clima y medio ambiente resultan especialmente claras cuando se atiende al modo en que otras ramas del derecho nacional e internacional abordan ambas cuestiones. La regulación global y estatal del clima es muy diversa a la del medio ambiente.

En lo que se refiere a la normativa sobre el clima tiene su origen en el Convenio de Viena para la protección de la capa de ozono de 1985 y su Protocolo de Montreal, único instrumento de Naciones Unidas que ha sido universalmente ratificado. Pero sobre todo se

⁵³ NIETO MARTIN, A.: No mires arriba: las respuestas del derecho penal a la crisis climática

desarrolla a partir del Convenio de Naciones Unidas contra el cambio climático de 1992 y, posteriormente, completado con diversos acuerdos⁵⁴. Por lo que se refiere al Acuerdo de Kioto supuso la creación del mercado de gases de efecto invernadero que tras su internacionalización definitiva en 2008 constituye el mercado global de mayor crecimiento. A través del sistema *cap and trade* se asignó a cada Estado firmante un tope de emisiones de gases de efectos invernadero, mediante la asignación de derechos de emisión y se creó un mercado en el que se compran y venden estos derechos y los créditos de reducción. La Directiva 2003/87 por la que se establece un régimen para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero en la Unión Europea constituye la piedra angular de la política climática en la UE.

2.1.3. La intervención del Derecho Penal (o sancionador administrativo) del clima no tiene más remedio que ser accesoria a la regulación administrativa que proviene del derecho internacional. La Convención de Naciones Unidas ha dado lugar a dos modelos regulatorios para combatir el cambio climático: el basado en la regulación de los mercados de derecho de emisión (Kyoto) y el que pretende alcanzar la neutralidad climática (París)

Hoy se admite pacíficamente que los derechos de emisión de gases son instrumentos financieros, de hecho los derechos de emisión se compran y venden en la bolsa. Este modelo de activos financieros ha dado lugar a una importante criminalidad climática transnacional que ha llamado la atención de organismos internacionales como Interpol.⁵⁵

Se dice que la solución pasa por proteger el sistema de gestión de los derechos de emisión de gases del que se dota la comunidad internacional.

La primera forma de tutela de la neutralidad climática es a través de la correcta gestión de los derechos para producir emisiones de gases efectos invernadero. En este sentido, el Art. 16 Directa 2003/87/CEE regula el mercado de los derechos de emisión conforme al Protocolo de Kioto. Su trasposición en España fue mediante la Ley 1/2005 por la que se regula el régimen de comercio de emisión de gases de efecto invernadero. Esta ley regula los requisitos para la obtención de las autorizaciones para la emisión de gases de efecto invernadero por parte de empresas que operan en determinados sectores. También regula el mercado de los derechos de emisión ya que las empresas pueden vender sus derechos de emisión si son eficientes y a su vez comprar derechos. La Ley 172005 también describe como infracciones entre otras: ejercer actividad sin autorización, comportamientos que impidan una supervisión adecuada, la emisión en exceso o emisión no compensada a través de compra. Y contempla un catálogo de sanciones: clausura de instalaciones, publicidad de las sanciones (daño reputacional), multas de 100 euros por cada tonelada de exceso de emisión hasta dos millones de euros.

⁵⁴ Este protocolo se refiere a unos gases determinados (CFCs clorofluorocarbonos) y, posteriormente, los HCFCs (bromuro de metilo). Gases que prácticamente se han dejado de utilizar en la industria. Es más, la manipulación y comercialización de gases o sustancias que agotan la capa de ozono está prohibida y castigada con fuertes sanciones.

⁵⁵ Vid. Manipulación de las mediciones para reclamar fraudulentamente derechos de emisión de carbono adicionales, venta de derechos de emisión de carbono que o bien no existen o bien pertenecen a otra persona, afirmaciones falsas o engañosas con respecto a los beneficios medioambientales o financieros de las inversiones en el mercado del carbono
INTERPOL, Guide to Carbon Crime Trandin, International Criminal Police Organisation (INTERPOL), June 2013, además, disponible en: <https://www.interpol.int/content/download/5172/file/Guide%20to%20Carbon%20Trading%20Crime.pdf>

También, precisamente por su naturaleza financiera permiten que le sean aplicables ciertos delitos económicos, por ejemplo, delitos de publicidad falsa o engañosa, delitos de información privilegiada en el mercado de valores o de manipulación del mercado a las conductas que atentan contra la integridad del mercado de los derechos de emisión. Por ejemplo, puede obtenerse la protección penal del mercado de los derechos de emisión, y con ello el derecho a la neutralidad climática, vía arts. 284. 2 y 285 CP.

El siguiente de instrumento es el acuerdo de París de 2015 complemento de la Convención Marco de Naciones Unidas. Su objetivo es la neutralidad climática un saldo neto de emisiones cero, que ha de lograrse a través de la compensación de todas las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero (creadas por el hombre) con la creación de sumideros⁵⁶. La UE se ha propuesto como objetivo la neutralidad climático apara el año 2050 y para el año 2030 sus emisiones deben reducirse en un 55%.

2. 2. Propuestas de crímenes ambientales internacionales

Llegados a este punto, a partir de las investigaciones y reclamaciones de la *Green criminology* y conocidos los avances legislativos, la doctrina penalista (especialmente en el ámbito del Derecho Penal internacional) propone varias líneas de actuación de cara al futuro:

En el ámbito del Derecho penal internacional, hay que partir de la base de que actualmente no hay una Convención general del medio ambiente, solo convenciones sectoriales. Sin embargo, las convenciones internacionales en materia de medio ambiente rara vez contienen obligaciones penales.

En la actualidad, las propuestas de tipificación del delito de **ecocidio o geocidio** se encuentran entre las cuestiones más debatidas y que mayor consenso reúnen en la doctrina penal internacionalista :considerar al ecocidio como el *quinto crimen internacional* en el Estatuto de Roma (y en consecuencia con posibilidad de ser juzgado por la Corte Penal internacional).

El vocablo *ecocidio* ha sido utilizado como expresión de cualquier daño extenso o destrucción del paisaje natural, así como la alteración o pérdida del ecosistema/s de un territorio determinado. A pesar de no encontrarse legalmente definido, varios autores han realizado aportaciones conceptuales, como la de BERAT, quien usando el término geocidio alertó a la comunidad internacional de que el derecho a un medio ambiente sano es más que una mera norma de derecho internacional consuetudinario y que, como la supervivencia del planeta depende de él, debe considerarse *ius cogens*

Aunque el uso popular del termino ecocidio todavía no está demasiado extendido, el significado es fácilmente reconocible. Etimológicamente procede de la unión de dos

⁵⁶ Los sumideros de carbono son depósitos de carbono, es decir, espacios que absorben más carbono del que expulsan y que por lo tanto reducen la cantidad de carbono de la atmósfera. Es por esta razón por la que estos espacios son muy interesantes a la hora de plantear acciones de mitigación y adaptación al cambio climático.

Los principales sumideros naturales son los océanos y los bosques. Se calcula que los océanos pueden absorber alrededor del 50% que se emite a la atmósfera. Organismos como los corales, el plancton o las algas son los encargados de absorber ese carbono mediante la actividad fotosintética. Los bosques también son también grandes depósitos naturales de carbono, ya que los organismos vegetales que encontramos en estos ecosistemas absorben carbono dióxido para realizar la fotosíntesis.

elementos compositivos: ‘eco-’ (del griego oiko: casa, morada, hábitat) y ‘-cidio’ (del latín cidium: acción de matar). Por el contrario, en la literatura científica, cada vez es más empleado por biólogos, ecólogos, sociólogos, juristas y criminólogos, pues resulta innegable que el impacto de sus consecuencias concierne a múltiples disciplinas. La vertiente criminológica aparece vinculada a la especialidad de la *Green Criminology* o *Criminología verde*.

En la actualidad, hay varias propuestas, destacan la realizada por un grupo de doce juristas designados por la Fundación Alto al Ecocidio (*Stop-Ecocide-Foundation*)⁵⁷ que consiste, en esencia, en la creación de un nuevo artículo 8ter del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (ECPI), que pretende complementar con un quinto delito básico los otros cuatro ya existentes (genocidio, crímenes contra la humanidad, crímenes de guerra y crimen de agresión).

En la propuesta del grupo de especialistas de la Fundación Alto al Ecocidio ***la conducta típica prohibida consistiría en una variedad de comportamientos contaminantes*** (vertido, la emisión o la introducción de sustancias o de radiaciones ionizantes; la recogida, el transporte, la valoración/reciclaje o la eliminación de residuos, materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; explotación de instalaciones donde se realicen actividades peligrosas; muerte, la destrucción, la posesión o la captura de ejemplares pertenecientes a especies protegidas de fauna o de flora salvajes protegidas o no) ***cometidos en el marco de una acción generalizada o sistemática y que pudieran afectar -estructura típica de peligro- a la seguridad planetaria por provocar:***

a) una degradación extendida, duradera y grave del aire o de la atmósfera, de los suelos, del agua, del medio acuático, de la fauna o flora, o de sus funciones ecológicas; o,

b) la muerte, la causación de enfermedades permanentes o males incurables y graves a una población o cuando despojan de manera permanente a una población de sus tierras, territorios o recursos⁵⁸.

La parte subjetiva de la conducta típica alcanzaría al comportamiento intencional, doloso, sin duda, pero también entraría en la órbita típica el dolo eventual, es decir, el autor que supiera o debiera haber sabido que existía una alta probabilidad de que constituyan un ataque a la seguridad planetaria. Precisamente, el tipo subjetivo, (*mens rea*) es el caballo de batalla de las propuestas de tipificación del ecocidio. Aunque hay propuestas que proponen la tipificación de los crímenes medioambientales realizados por imprudencia (“*intention or reckless*”). Y propuestas aún más radicales, como la de Higgins, Short y South, que reclaman un delito de ecocidio sin propósito o intención, sino en régimen de “*strict liability*” (*responsabilidad objetiva por la causación del daño*) a fin de evitar la impunidad de la mayor parte de ecocidios cometidos por corporaciones (entendiendo como daño la destrucción, degradación o pérdida masiva de ecosistemas) que se producen por accidente o como daño colateral, pero nunca, lógicamente, como objetivo principal de la actividad empresarial.

Por ejemplo: dos catástrofes medioambientales como ocurre con el rompimientos de presas de Bento Rodríguez (Brasil) por la filial Sanmarco (matriz Vale) encajan en la política organizativa que tiene la multinacional⁵⁹ y podría ser también el caso de Texaco en Ecuador.

⁵⁷ <https://www.stopecocide.earth/>

⁵⁸ <https://stopecocidio.org/>

⁵⁹ https://es.wikipedia.org/wiki/Cat%C3%A1strofe_de_las_represas_de_Bento_Rodrigues

En términos de política criminal, la propuesta de tipificar el **ecocidio** como un delito internacional se inscribe en la tendencia general a otorgar una protección jurídica contundente y penal del medio ambiente. El grupo de expertos espera que se logre así una toma de conciencia general, es decir, invocan un efecto de prevención general positiva.

Por su parte, la propuesta de tipificación del ecocidio elaborada por el *Grupo Neyret* liderado por la Prof^a. Delmas Marty, sería la que sigue: Causar de un daño o peligro extendido, grave y permanente al medio ambiente a través de un comportamiento:

- Consistente en la realización de vertidos, emisiones, transporte, explotación de recursos o cualquier otro comportamiento de naturaleza similar
- Realizado en conexión con la política de una organización pública (estado) o privada (empresa) se entiende por política la dirección y organización de la actividad aquella encaminada directamente a la causación de daños extendidos, graves, y permanentes al medio ambiente
- O realizada con grave desconsideración al medio ambiente de manera sistémica y continuada en el tiempo
- realizada de manera dolosa o por imprudencia grave (en ambos casos resulta necesario que el autor conozca la conexión entre su comportamiento y la política de la organización empresarial)
- Cometido por persona física o jurídica

Para este grupo de expertos existe delito de ecocidio aunque el comportamiento se adecue a la legislación del estado donde tiene lugar el daño y cuando se aparta de los estándares básicos del derecho del medio ambiente del país en el que la empresa tiene su actividad principal (accesoriedad)

Fuera del ecocidio -núcleo del Derecho penal internacional del medioambiente-, también hay investigaciones criminológicas y penales centradas en las **actividades empresariales sobre el medio ambiente que causan graves violaciones de derechos humanos**: concretamente, criminólogos verdes y penalistas examinan **la conexión entre graves impactos medioambientales y movimientos forzados transfronterizos de personas**. Se trata del fenómeno de los “*refugiados ecológicos o ambientales*”, personas que se ven obligadas a migrar por cualquier razón medioambiental (por un desastre medioambiental -migrantes medioambientales por emergencia-, por el deterioro de las condiciones ambientales -migrantes medioambientales forzosos-, o quienes huyen ante las dificultades económicas previsibles que provocará la degradación del medioambiente -migrantes motivados por el medio ambiente-), y cuya situación de desatención les sitúa en una posición de refugiados de “segunda clase”⁶⁰.

También hay estudios sobre los daños contra el medio ambiente de carácter transnacional: **delito ecológico transfronterizo** (TEC, “*transnational environmental crime*”). White, que ha realizado importantes estudios sobre la cuestión, enumera tres rasgos de los delitos ambientales transfronterizos: ilegalidad o ilicitud de los actos u omisiones, traspaso de fronteras nacionales/dimensión global y relacionado frecuentemente con la contaminación (aire, aguas, tierras) o comercio ilegal (de marfil o de especies animales).

⁶⁰ Sobre todo, ello, extensamente, GARCÍA RUIZ, A., “Del Ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* <http://criminnet.ugr.es/recpc/20/recpc20-11.pdf>

El grupo de investigadores franceses que elaboró la propuesta de Convención del ecocidio, también hizo una propuesta para tipificar estos delitos ecológicos transfronterizos, bajo la denominación de **Convención de ecocrímenes**; en ese trabajo se sancionan comportamientos que pongan en peligro el medioambiente o la salud de las personas (sin llegar al punto de amenazar la seguridad del planeta, como sucede con la Convención de ecocidio), y que pueden dividirse en dos grupos:

- por un lado, relativos a la contaminación (el vertido, la emisión o la introducción de una cantidad de sustancias o de radiaciones ionizantes en el aire o en la atmósfera, en los suelos, en las aguas o en los medios acuáticos; la recogida, el transporte, reciclaje o la eliminación de residuos, incluida la vigilancia de estos procedimientos, así como la posterior reparación/mantenimiento de instalaciones de eliminación y, especialmente, las acciones efectuadas por los comerciantes o intermediarios en toda actividad relacionada con la gestión de los residuos; la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa, o en las que se almacenen o utilicen sustancias o compuestos peligrosos; la producción, la transformación, el tratamiento, la utilización, la posesión, el almacenamiento, el transporte, la importación, la exportación y la eliminación de materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas; la producción, la importación, la exportación, la comercialización o la utilización de sustancias destructoras del ozono) y,
- por otro lado, relativos a las especies animales (la muerte, la destrucción, la posesión o la captura de ejemplares pertenecientes a especies protegidas de fauna o de flora salvajes protegidas o no; el comercio de ejemplares de especies protegidas de fauna y flora silvestres o de partes o derivados de los mismos) (arts. 3 y 4).

Se discute también sobre la necesidad de una regulación penal de las actividades económicas (industriales, tecnológicas) que eran legales y aceptables para el estado de la ciencia cuando se desarrollaron, pero que producen daños contra la salud humana y/o el medio ambiente a medio y largo plazo ("*historical pollution*", contaminación histórica). En el plano penal, como imponen las garantías clásicas, resulta controvertido responsabilizar por daños en el futuro a quien al tiempo de los hechos actuaba conforme a la normativa y al estado de la ciencia conocido, así como el establecimiento de periodos de prescripción tan amplios y un régimen de responsabilidad objetiva. Sin embargo, ante el grave riesgo hipotético de ciertas conductas, se plantea incluso estirar aún más el principio de precaución (en este ámbito concreto de la contaminación histórica, pero, también en todo el derecho penal del medioambiente) y hacer, como dice South, un "ejercicio de futurología" desde la *green criminology*, para valorar y prevenir los daños sociales y medioambientales potenciales de actividades actuales peligrosas, a fin de preparar al Derecho penal frente a estas amenazas difíciles de controlar y prevenir⁶¹.

2.3. Corrupción medioambiental de multinacionales

Otro fenómeno criminológico que preocupa a los estudiosos de la Criminología verde combina el daño grave al medio ambiente, con la corrupción pública y privada y la actuación

⁶¹ https://www.swissinfo.ch/spa/economia/agricultores-estadounidenses-contras-yngenta-por-la-relaci%C3%B3n-del-herbicida-con-el-parkinson-47190704?utm_campaign=own-posts&utm_medium=socialflow&utm_content=o&utm_source=facebook

de empresas multinacionales que expolían los recursos naturales de los países y sus regiones a través de prácticas corruptas⁶².

La criminalidad empresarial en el ámbito del medio ambiente ha acaparado la atención de los expertos y de la comunidad internacional en los últimos años, puesto que el marco normativo para hacerle frente es insuficiente; de ahí el protagonismo que alcanza paulatinamente el llamado *derecho penal ambiental internacional (ecocidio) y el derecho penal ambiental transnacional (ecocrimen)*.

Con el pretexto y el paraguas de actividades económicas extractivas realizadas sobre el medio ambiente (minería, petrolíferas, madereras, pesquera, etc.)⁶³, se desarrollan actividades ilícitas que degradan el medioambiente, de un modo que puede ser irreversible, a través de prácticas corruptas.

El fenómeno criminológico de la corrupción medioambiental internacional, para el expolio de recursos naturales resulta de la combinación de varios elementos, fundamentalmente:

a) Explotación del medio ambiente con actividades ilícitas de origen, o quizá aparentemente lícitas en origen, pero que se desarrollan fuera de las condiciones debidas o las que se exigen para la implantación de las mismas industrias en los países desarrollados -son lo que denominamos zonas grises: adquisición a cambio de dinero de licencias, autorizaciones, permisos de explotación).

Esto representa una diferencia sustancial entre el crimen medioambiental transnacional y el crimen organizado transnacional clásico, como el tráfico de drogas, armas o personas, que son actividades completamente prohibidas, mientras que, por ejemplo, la actividad minera extractiva o la tala de árboles son actividades perfectamente legales si se realizan con las debidas autorizaciones y respetando el marco normativo, pero se convierten en una amenaza seria cuando se realizan fuera del marco legal y alcanzan grandes proporciones⁶⁴.

b) Estados con una estructura institucional deficiente, lo que la hace fácilmente permeable a la corrupción de agentes públicos y privados, y, simultáneamente, ricos en recursos naturales (sobornos a funcionarios extranjeros cuya persecución daría lugar al delito de corrupción transnacional);

⁶² Sobre corrupción medioambiental de multinacionales, *vid.* DE PABLO SERRANO, A.: "El expolio de recursos naturales. de la Green Criminology a un nuevo y necesario derecho penal internacional del medio ambiente" en Revista General de Derecho Penal 33 (2020).

⁶³ Vid. numerosos ejemplos en BÖHM, M.L.: Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico transnacional, en Revista Crítica Penal y Poder, nº 13, Octubre 2017, págs. 41-65.

⁶⁴ No obstante, la INTERPOL-UN ENVIRONMENT, *Strategic Report: Environment, Peace and Security - A Convergence of Threats*, vincula decididamente los delitos medioambientales y el crimen organizado, afirmando que estas estructuras corruptas organizadas despliegan sus capacidades y redes de contacto para mover ilícitamente bienes a lo largo de los continentes, utilizando mecanismos propios del tráfico de personas, de armas y de drogas. Vid. Documento en plataforma Teams

Y <https://www.interpol.int/es/Delitos/Delitos-contra-el-medio-ambiente>

c) Empresas multinacionales de gran peso económico, incluso a nivel mundial, que pueden hacerse con el favor de los Gobiernos a cambio de importantes inversiones;

d) Grandes beneficios ilegales obtenidos a través de conductas corruptas realizadas en el marco de actividades de explotación económica del medio ambiente: cohecho, tráfico de influencias, sobornos, malversación de caudales público, en el marco de industrias extractivas.

Es característica de la criminalidad ambiental el asentamiento de grandes corporaciones en Estados débiles ricos en materias primas pero con escasa legislación protectora del medio ambiente y sus recursos, lo que hace que sean fácilmente corruptibles.

En general, los países en vías de desarrollo son un campo abonado para esta criminalidad empresarial: con un ordenamiento jurídico débil (incapaz de enfrentarse a grandes corporaciones internacionales), con una baja calidad de gobernanza institucional y grandes deseos de atraer inversiones extranjeras, todos estos factores son una conjunción desgraciada que producen consecuencias devastadoras en el ámbito medioambiental. Son países y regiones cuyo crecimiento económico depende de la explotación de recursos naturales abundantes y muy necesarios en el mundo desarrollado, pero cuyas estructuras económicas e institucionales son tremendamente frágiles, por lo que la captura de los agentes públicos por parte de las grandes corporaciones multinacionales se vuelve sencilla, y cuenta frecuentemente con la aquiescencia de la población local que obtiene un empleo, normalmente en precario y con bajos estándares de protección en materia de condiciones laborales y de seguridad e higiene en el trabajo. Toda una combinación de circunstancias que convierte a los países en vías de desarrollo en “paraísos de impunidad ambiental”

Las industrias extractivas encuentran en estos territorios el entorno apropiado para sus actividades económicas, aunque sean notablemente perjudiciales para las poblaciones locales por el deterioro medioambiental y la escasa penetración de los beneficios económicos de estas actividades en amplias capas de la sociedad. Por eso, precisamente, la explotación del medio ambiente (y más allá, el cambio climático mismo) es profundamente injusto: beneficia a empresas multinacionales ricas y perjudica y empobrece a las poblaciones vulnerables. Como se ha constatado, estas industrias (extractivas o de residuos) terminan perjudicando a “las personas más pobres sobre la faz de la tierra, que son incapaces de evadirse de la desviación medioambiental de las empresas multinacionales”

Laura Böhm -en su investigación sobre el expolio y las violaciones de derechos humanos sufridas en el subcontinente americano-, un ejemplo paradigmático de abusos empresariales, ligados a altos beneficios económicos conseguidos en un entorno corrupto, y poderosas multinacionales, es Latinoamérica⁶⁵. Igualmente, De Pablo Serrano subraya que “vistas desde una perspectiva institucional, las democracias latinoamericanas están frecuentemente inmersas en redes de corrupción (copadas por los altos funcionarios del Estado) y en procedimientos burocráticos opacos. Las investigaciones acreditan que las agencias públicas competentes en materia medioambiental son más débiles, menos eficientes y más corruptas en los países en vías de desarrollo que en los países desarrollados con democracias y estructuras institucionales más consolidadas⁶⁶. En estos países, puede constatar una

⁶⁵ BÖHM, L: “Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico transnacional”, en Revista Crítica Penal y Poder, nº 13, Octubre 2017, págs. 41-65.

⁶⁶ DE PABLO SERRANO, ALEJANDRO, L.: El expolio de recursos naturales: de la Green Criminology a un nuevo y necesario Derecho Penal Internacional del medio ambiente. Revista General de Derecho Penal 33 (2020), Iustel.

relación directa entre los niveles de corrupción de los aparatos públicos estatales y el nivel de eficacia de las políticas medioambientales.

Como causa, puede afirmarse que la corrupción surge en estos entornos institucionales donde los agentes y funcionarios públicos encargados de aplicar la legislación tienen un alto poder discrecional y están sometidos a escasos controles y fiscalizaciones; a partir de aquí, su desvío hacia prácticas corruptas puede deberse a los niveles de remuneración y a la infrafinanciación de las agencias gubernamentales, de policías y jueces.

En cuanto a las formas concretas de la corrupción, según la INTERPOL, los funcionarios y agentes públicos son al mismo tiempo objeto y fuente de la corrupción, esto es, se dejan “pasivamente” corromper (soborno) o despliegan un papel más activo (extorsión). Se pagan sobornos a los altos funcionarios que diseñan las políticas medioambientales y a cargos intermedios encargados de inspeccionar la implementación de los estándares normativos. Incluso a veces se organizan auténticas redes de corrupción vertical en las que los funcionarios venden sus servicios a cambio de ganancias para ellos y también para sus superiores (colusión). La corrupción se despliega, además, en todas las fases por las que atraviesa la intervención gubernamental: antes de la operación extractiva – en el expediente para obtener la licencia-, durante la actividad –en el momento de control, monitoreo y fiscalización- y después de realizada la actividad extractiva –en el almacenamiento y transporte del recurso natural extraído⁶⁷.

Todas estas conductas constituyen la esencia del comportamiento corrupto, tal y como es entendido por las organizaciones internacionales de lucha contra la corrupción: el abuso de autoridad o de la posición por parte de funcionarios y agentes públicos que promueven la violación de la ley en relación con sus deberes profesionales para obtener un beneficio para sí mismos o para terceros. *El soborno, la extorsión, la prevaricación, la malversación de caudales públicos y su apropiación indebida son especies dentro del género de la corrupción.*

Definidas las características de los Estados donde se desarrollan las actividades extractivas y donde se producen los daños medioambientales, queda por señalar el otro agente de corrupción y de atentado medioambiental: las empresas multinacionales extractivas que actúan más allá de las fronteras nacionales y adquieren un poder difícilmente controlable y fiscalizable por los poderes públicos estatales.

En el contexto de debilidad económica e institucional a que antes hacíamos referencia, la entrada de multinacionales extranjeras y grandes inversiones de capital es algo deseado por los Estados: la presencia de empresas transnacionales y el desarrollo de sus actividades es de particular relevancia e impacto, dado que estas empresas usualmente gozan de un alto prestigio y soporte internacional.

El escaso desarrollo de la legislación internacional en el ámbito medioambiental precisamente se debe, entre otros motivos, a que, hasta ahora, las empresas multinacionales, que serían sus principales destinatarias, han conseguido que las organizaciones internacionales apuesten por la estrategia reguladora que más les conviene: el *soft law* y la

⁶⁷ Así, como ejemplo, Naciones Unidas y la INTERPOL han constatado una multitud de actividades corruptas en el sector maderero: 1) la explotación en áreas protegidas o sin permiso en zonas desprotegidas o en conflicto; 2) tala por encima de las cuotas permitidas o con permisos obtenidos mediante soborno, o autorizaciones falsificadas o reutilizadas (más allá del periodo de tiempo autorizado).

autorregulación. La OCDE o Naciones Unidas esperan que las multinacionales se autorregulen, sean socialmente responsables (responsabilidad social corporativa o empresarial -RSC, RSE-, y que cumplan estándares internacionales para operar -ISO-76) y respeten unos códigos éticos y de buena conducta tan positivos como meramente voluntariosos, de forma que, desprovistos de sanciones concretas, todo se abandona a la eficacia del daño reputacional. Se trata de una “responsabilidad social corporativa voluntaria, unilateral y sin exigibilidad jurídica”.

Otro factor importante de la impunidad del daño medioambiental es la colaboración indispensable entre agentes públicos (agencias, funcionarios, miembros de los poderes del Estado) y las empresas multinacionales. Esta connivencia público-privada puede leerse en términos criminológicos y penales como *macrocriminalidad*: una estructura política involucrada en la comisión de delitos. La connivencia, la mutua necesidad de las empresas multinacionales y del poder público estatal es indispensable en los crímenes contra el medioambiente. Como señala White, los daños medioambientales son facilitados por los Estados, así como por las corporaciones y otros actores poderosos, en la medida en que tienen la capacidad de definir lo que es una conducta ilegal contra el medioambiente, por lo que aquellas que quedan fuera de la definición penal o infracción administrativa) pasan a ser permitidas, condonadas o justificadas. En el plano medioambiental, tan importante es una definición del ilícito medioambiental útil a los objetivos de la preservación del medioambiente, como la instancia encargada de sentar esa definición legal. La corrupción o el cabildeo o presión (lobby) sobre los legisladores o representantes políticos permite que la legislación ambiental pueda adaptarse para que quepan en ella conductas devastadoras contra el medio ambiente⁶⁸, atraer la inversión de grandes corporaciones garantizando una aplicación laxa o flexible de los estándares empresariales y medioambientales (por ejemplo ,en las industrias extractivas en las que las concesiones son muy lucrativas y hay mucho espacio para la discrecionalidad, el gobierno puede hacer desde ofrecimientos razonables de incentivos e infraestructuras, hasta otros más cuestionables como exención de impuestos, y frecuentemente reprochables disminuciones del estándar normativo de protección en materia laboral o medioambiental, e incluso ejercer una represión desmedida contra activistas o defensores medioambientales o comunidades indígenas que defienden sus derechos sobre su territorio).

Aparece, así, un triángulo peligroso que favorece altamente esta clase de criminalidad empresarial de corrupción medioambiental: el ejecutivo promete beneficios financieros atractivos para las empresas; el legislativo adopta normativas flexibles que permiten lagunas o impunidad a graves daños ambientales⁶⁹; y el poder judicial mostrarse incapaz de afrontar investigaciones y persecuciones contra multinacionales de gran dimensión (o, incluso, en el peor de los casos, formar parte también de ese sistema de corrupción generalizada).

Esta conexión entre Estados institucionalmente débiles y Gobierno indulgentes con las empresas multinacionales que explotan sus recursos nacionales aprovechando su destacado peso económico y reputacional, ya fue apuntada en un amplio informe de Transparencia Internacional de 2006 (*Global Corruption Report 2006: corruption and health*). La Organización internacional apuntaba que:

⁶⁸ <https://www.diario.eco/lobbies-quieren-romper-reglas-ambientales-de-la-ue/>
https://www.eldiario.es/ballenablanca/crisis_climatica/coste-social-hacer-lobby-clima_1_1517935.html

<https://www.ecologistasenaccion.org/17899/lobbies-corporativos-en-la-union-europea/>

⁶⁹ <https://www.ecologistasenaccion.org/120713/guia-lobby-planet/>

- d. La corrupción medioambiental está más presente en países con un crecimiento económico bajo o escaso.
- e. Esta corrupción existe en países donde existen distintos regímenes políticos, pero particularmente allí donde hay sistemas democráticos débiles
- f. La fragilidad de tales instituciones democráticas impide el buen Gobierno y facilita la corrupción.
- g. La existencia de monopolios públicos o privados es un campo abonado para la corrupción en el ámbito medioambiental.
- h. Las empresas que exportan los recursos naturales de esos países desarrollan actividades ilegales que degradan el medioambiente.
- i. Los países que dependen de la explotación de sus recursos naturales tienen elevados niveles de corrupción y son poco cuidadosos con los estándares medioambientales.

En definitiva, la *corrupción* en el ámbito de las actividades de explotación del medio ambiente provoca un *impacto medioambiental* devastador, grandes pérdidas económicas y *corroe las estructuras políticas, sociales y económicas de un país. La pérdida de biodiversidad y de recursos naturales, así como la degradación de ecosistemas*. Junto a ello, la corrupción medioambiental también provoca elevadas pérdidas económicas por mal uso de fondos públicos, reducción de ingresos derivados de impuestos y tasas a las empresas extractivas... por todo esto, la corrupción compromete la justa distribución de la riqueza derivada de los recursos naturales y el uso equitativo de los recursos.

Esta criminalidad no solo lesiona el buen funcionamiento de la Administración Pública y la calidad del medioambiente, sino que amenaza la paz y la seguridad en algunas partes del planeta; se calcula que el 40% de los conflictos internos de los países tiene conexión con la explotación de recursos naturales. A veces estas actividades corruptas están vinculadas a grupos terroristas y al crimen organizado. Es más, se presenta como una de las causas para que las comunidades locales se queden sin recursos, se genere falta de seguridad alimentaria y se expandan enfermedades que puedan generar grandes perjuicios.

3. Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas de 2011

El Derecho Internacional del medio ambiente constituye una vía interesante para hacer frente a la corrupción medioambiental de corporaciones, aunque avanza lentamente: la tendencia a la autorregulación de las empresas y el derecho internacional *soft law* dirigido a las empresas multinacionales para que respeten los derechos humanos, cuyas graves violaciones provocan en ocasiones devastadores daños medioambientales (contaminación de recursos naturales, expolio de recursos, migraciones forzadas).

En este campo, no obstante, los avances son reducidos: Naciones Unidas, la OCDE y la Unión Europea basan su estrategia en códigos éticos e instrumentos como el Global Compact, los Objetivos de Desarrollo Sostenible o los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre derechos humanos y empresas de 2011 (conocidos como Principios Ruggie, por ser John Ruggie el Relator Especial que presentó el Informe que sirvió de base para tales Principios)⁷⁰.

Los *Principios Ruggie* se articulan sobre tres ejes (proteger, respetar, reparar): obligación de los Estados de proteger los derechos humanos, obligación de las empresas de respetar los derechos humanos comportándose con la debida diligencia para identificar, prevenir, mitigar

⁷⁰ http://www.cepc.gob.es/cepc/blog/blog_cepc/2021/10/25/in-memoriam-prof.-john-ruggie

y responder de las consecuencias negativas de sus actividades sobre los derechos humanos y la obligación de las empresas de garantizar el acceso a mecanismos de reparación. Pero estos Principios no establecen en modo alguno obligaciones de derecho internacional, no tienen fuerza vinculante ni naturaleza normativa; son declaraciones de carácter programático, son recomendaciones de soft law que los Estados y las empresas deberían cumplir, pero no dejan de ser voluntarios.

Se han dado nuevos pasos en la 29ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional, celebrada en los meses de abril a agosto de 2019, con, entre otras decisiones, la adopción de dos principios o directrices que reclaman a los Estados:

a) Principio 10: que se adopten medidas legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias para asegurar que las corporaciones y las empresas de negocios actúen con la debida diligencia en relación con la protección del medioambiente, en conexión con la salud humana, cuando operen en zonas de conflicto armado en situaciones posteriores a un conflicto armado;

b) Principio 11: que se adopten medidas legislativas o de otra naturaleza que sean necesarias para asegurar que las corporaciones y las empresas de negocios sean responsables de los daños causados sobre el medioambiente, en conexión con la salud humana, cuando operen en zonas de conflicto armado en situaciones posteriores a un conflicto armado, y para que se arbitren procedimientos y remedios efectivos adecuados, especialmente pensando en las víctimas.

Los Principios de Naciones Unidas iniciaron una tendencia internacional generalizada de aprobación de Planes Nacionales de implementación de aquellas reglas en los ordenamientos estatales⁷¹.

Existen algunos países que han realizado avances significativos en esta materia. Un caso significativo es la **Ley de Vigilancia empresarial** aprobada por el Asamblea legislativa francesa (ley 2017/399, de 27 de marzo), que obliga a las grandes empresas francesas a poner en marcha un plan de vigilancia empresarial. La finalidad de este plan es “establecer medidas de vigilancia razonables con el fin de identificar los riesgos y de prevenir los ataques graves a los derechos humanos y libertades fundamentales, a la salud y la seguridad de las personas así como del medioambiente que resulten de las actividades de la sociedad matriz y de aquellas sociedades controladas por ella directa o indirectamente, así como de las actividades de sus proveedores o subcontratistas con los que la empresa tiene una relación comercial estable”.⁷²

La norma francesa consagra un modelo mixto o híbrido con una parte jurídicamente vinculante, imperativa y obligatoria y otra parte que responde a los mecanismos de autorregulación empresariales tradicionales: es un mecanismo de *hard law* que descansa sobre un proceso típico del ámbito de la Responsabilidad social corporativa, como son los mecanismos de diligencia debida (*soft law*), dotándolo de obligatoriedad, pero dejando a los empresarios un margen de libertad para determinar el contenido y alcance de los mecanismos internos”. Dicho “*plan de vigilancia*”, como contenido mínimo, debe integrarse por: a) mapa o cartografía de riesgos para su identificación, análisis y priorización; b) procedimiento de evaluación periódica de la situación de las filiales, subcontratistas o

⁷¹ http://static.inditex.com/annual_report_2015/nuestras-prioridades/integridad-de-la-cadena-de-suministro/

⁷² <https://elpais.com/planeta-futuro/2021-12-28/europa-destruir-selvas-para-hacer-calzoncillos.html>

proveedores con los cuales se mantiene una relación de comercio; c) acciones para prevenir o atenuar los riesgos o prevenir lesiones graves; d) mecanismo de alerta y recogida de informes relativos a la existencia y actualización del riesgo, establecido en consulta con los sindicatos representativos en la empresa; e) dispositivo de seguimiento de las medidas puestas en práctica y una evaluación de su eficacia (art. L225-102-4-I del Código de Comercio).

La no realización del plan de vigilancia podía suponer la imposición de multas de hasta diez millones de euros que se gradúan en función de la gravedad del incumplimiento, si bien el Consejo Constitucional francés⁷³, declaró tal cuantía desproporcionada a la vista de la insuficiente concreción con que la norma precisa los hechos sancionables. Pese a esa tacha de inconstitucionalidad, el tribunal francés convalidó la constitucionalidad del corazón de la norma: cabe la restricción de la libertad de empresa (argumento defendido por quienes se oponían a ella) para garantizar la tutela de los derechos humanos y las libertades fundamentales, la salud y la seguridad de las personas y el ambiente, y para ello puede emplearse un mecanismo obligatorio cuyo incumplimiento generará sanciones económicas. En última instancia, se avala la constitucionalidad de intervenir con normas imperativas en este ámbito empresarial tradicionalmente voluntario.

España elaboró un Borrador de Plan Nacional para implementar los Principios Ruggie, que el Consejo de Ministros aprobó el 28 de junio de 2017 el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos⁷⁴.

4. Política comunitaria para la protección del medio ambiente y la biodiversidad.

Como hemos visto la protección del medio ambiente a través del recurso al Derecho penal es uno de los temas más controvertidos en la doctrina penal actual, tanto en cuanto a la idoneidad misma del Derecho penal para proporcionar dicha protección como, sobre todo, en cuanto a su alcance y límites.

No obstante, en el ámbito europeo, la necesidad de tutelar penalmente el medio ambiente ha sido admitida tanto en el marco del Consejo de Europa. Las más importantes son por un lado la Resolución (77) 28 del Consejo de Europa relativa a la contribución del derecho penal⁷⁵. A ellas se unen muy especialmente, en el marco de la Unión Europea, la aprobación de la Directiva 2008/99/CE, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal, de 19 de noviembre de 2008, una norma supranacional que obliga a los Estados

⁷³ Decisión n° 2017-750 DC de 23 de marzo de 201,

⁷⁴

<http://www.exteriores.gob.es/Portal/es/PoliticaExteriorCooperacion/DerechosHumanos/Documents/Plan%20de%20Acción%20Nacional%20de%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos.pdf>

⁷⁵ Conviene destacar también que desde las distintas organizaciones internacionales se viene reclamando la existencia de figuras especializadas en delincuencia medioambiental. Basta recordar la Resolución (77) 28 del Consejo de Europa, sobre la contribución del derecho penal en la protección ambiente, en la que se pide la creación de secciones especiales en las Audiencias y en las Fiscalías para tratar las cuestiones relacionadas con el medio ambiente.

Para ello, la ley incorpora las modificaciones en el artículo 18.1 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal con la creación de Secciones de Medio Ambiente específicamente encargadas de la investigación y persecución de delitos relativos a la ordenación del territorio, la protección del patrimonio histórico, el medio ambiente e incendios forestales, e incorpora el artículo 18 quinquies, con la creación de la figura del Fiscal de Sala de Medio Ambiente.

miembros a prever en sus legislaciones sanciones penales para diversas conductas --hasta un total de nueve-- que deben ser consideradas delito según la Directiva.

La Directiva enumera las conductas típicas sin atender al objeto o interés medioambiental afectado sino teniendo en cuenta el modo o medio de afección del mismo. Así, antes de enumerar las conductas que deben sancionarse penalmente, establece como requisito general para todas ellas que sean "ilícitas", definiéndose la ilicitud en el art. 2 a) de la Directiva como la infracción de la legislación comunitaria adoptada de conformidad con los Tratados CE y EURATOM y citada en los anexos A y B, así como la infracción de una ley, un reglamento de un Estado miembro o una decisión adoptada por una autoridad competente de un Estado miembro que de cumplimiento a dicha legislación comunitaria.

Igualmente, de manera general se establece el requisito de que las conductas delictivas se cometan de manera dolosa o por imprudencia grave. Por otro lado, en todas las conductas que se configuran como delitos de peligro hipotético, la referencia al peligro se hace con la misma fórmula: "que **causen o puedan causar** la muerte o lesiones graves a personas o **daños sustanciales** a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas". También en el caso de las conductas contra la flora y la fauna se sigue una estructura paralela, al excepcionar en los dos delitos contra especies protegidas de fauna y flora, aquellas conductas que afecten "a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie".

Las conductas enumeradas en los 9 apartados podemos clasificarla de la siguiente manera:

- a) *Delitos contra el medio ambiente en sentido estricto*
- b) liberación de materiales o radiaciones ionizantes:
- c) tratamiento de residuos peligrosos
- d) traslado de residuos incluido en el apartado 35 del art. 2 del Reglamento (CE) núm. 1013/2006
- e) explotación de instalaciones peligrosas
- f) tratamiento de materiales nucleares o sustancias radioactivas
- g) tratamiento de sustancias destructoras del ozono
- *Delitos contra la flora y la fauna:*
- destrucción, posesión o apropiación de especies protegidas de fauna o flora silvestre
- comercio
- deterioro de un hábitat dentro de un área protegida

La descripción de las conductas delictivas es tan detallada que no queda apenas margen de apreciación a los Estados sobre las conductas que deben sancionarse penalmente. Prácticamente, sólo se deja a las legislaciones nacionales la concreción de algunos conceptos jurídicos indeterminados como los de "grave daño" o el de "cantidad importante" empleado en el delito de traslado de residuos

La Directiva obliga a sancionar penalmente no sólo la autoría de estos delitos sino también la participación en los mismos.

En cuanto a la comisión por omisión, la Directiva enumera las conductas que deben sancionarse penalmente de una manera neutra, al referirse a "conductas", lo que permite abarcar tanto las conductas activas como las realizadas en comisión por omisión. No obstante, se echa en falta una mención expresa a la necesidad de castigar la comisión por omisión, en cuanto que es muy frecuente que la responsabilidad penal por delito medioambiental se derive de la falta de medidas necesarias y exigibles para evitar las actividades contaminantes por parte de los responsables de la gestión medioambiental en la empresa. Ello sobre todo porque la propia Directiva, en el considerando advierte que "el incumplimiento de la obligación legal de actuar puede tener el mismo efecto que un

comportamiento activo y, en consecuencia, debe estar sujeto también a las sanciones correspondientes".

Por último, llama la atención que la Directiva no incluye referencia alguna a la responsabilidad de los funcionarios públicos cuando conceden autorizaciones ilegales (prevaricación administrativa) o toleran la comisión de algunos de los delitos contra el medio ambiente (omisión propia) (sancionado expresamente en el CP español).

Respecto al concepto de medio ambiente y objeto de protección: En la contraposición clásica entre concepciones antropocéntricas y ecocéntricas en la protección del medio ambiente, puede decirse que la Directiva adopta una concepción ecocéntrica moderada o mixta, según la cual, aunque con la protección del medio ambiente se persigue en último término la protección de bienes jurídicos personales como la vida o la salud humana, debe reconocerse también una protección autónoma del medio ambiente natural, no condicionada a la posible afectación de bienes jurídicos personales (dimensión ecocéntrica).

En efecto, las conductas que deben sancionarse penalmente, según el art. 3 de la Directiva, deben ser potencialmente peligrosas, de manera alternativa, bien para la vida o salud de las personas, bien para la calidad del suelo, del aire o de las aguas o para los animales o plantas. La perspectiva antropocéntrica resulta manifiesta en la medida que las conductas contra el medio ambiente van referidas a potenciales daños a las personas pero también se admite el castigo de las conductas por su dañosidad potencial para los elementos físicos que pertenecen al medio ambiente (suelo, el aire o las aguas e incluso para los animales y plantas) sin necesidad de que conlleven un peligro para las personas, es decir, se protege el medio ambiente de manera autónoma, diferenciado de los bienes jurídicos personales. No obstante, si se examina las conductas a las que se refiere la Directiva, es prácticamente imposible escindir la peligrosidad para las personas de la peligrosidad para el medio ambiente. Y es que los delitos contra el medio ambiente que contempla la Directiva no son delitos de contaminación *strictu sensu* sino lo que se denomina "delitos relativos a la seguridad ambiental", es decir, conductas que afectan a la puede llegar a generar contaminación, lo determinante es la realización de una conducta o actividad sin atender a las medidas de seguridad ambiental exigidas.

Por otro lado, se adopta un concepto amplio de medio ambiente, que incluye los elementos básicos (aire, agua y suelo) y la flora y la fauna protegida (solo protegida, lo cual es en mi opinión la debilidad de la Directiva). Se trata del concepto que predomina en la doctrina española, para la cual el medio ambiente se identifica con las propiedades del suelo, el aire y el agua, así como la fauna y la flora y las condiciones ambientales de desarrollo de las especies (biodiversidad), y que encuentra su reflejo legislativo en los capítulos III y IV del Título XVI del Código Penal (aunque sólo el primero lleve la rúbrica de delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente). El objeto material del delito en los apartados dedicados a la flora y la fauna (apartados f y g del art. 3) son "las especies protegidas de flora y fauna", cuya conservación como especie constituye la *ratio* de la prescripción de sanciones penales, como evidencia el hecho de que la Directiva excluya de la necesidad de criminalización las conductas que "afecten a una cantidad insignificante de estos ejemplares y tenga consecuencias insignificantes para el estado de conservación de su especie".

Accesoriedad administrativa: Las conductas típicas se configuran con una manifiesta accesoriedad de la normativa administrativa protectora del medio ambiente. Así, de manera general y uniforme para todas las conductas, se exige la condición de "ilícitas", definiéndose en el art. 2 a) el concepto de ilicitud como la infracción de la normativa medioambiental de la Unión Europea enumerada en el Anexo de la Directiva y de la normativa dictada por el Estado miembro en desarrollo de la misma.. Se opta, por tanto, por un sistema de accesoriedad material del derecho penal respecto al administrativo. Todas las conductas

típicas deben ser ilícitas (extrapenalmente), es decir, deben infringir la normativa extrapenal protectora del medio ambiente.

Siguiendo el modelo establecido en algunas Decisiones marco de aproximación de las legislaciones penales de los Estados miembros, la Directiva ordena asegurar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables por los delitos contemplados en la misma, conforme al doble criterio alternativo de la comisión por quien tenga una posición directiva en la persona jurídica y actúe en su beneficio (art. 6.1) o bien de la comisión por persona bajo la autoridad de la persona jurídica, debido a la ausencia de supervisión o control por parte de la misma y en su beneficio (art. 6.2). Se establece que dicha responsabilidad será autónoma y concurrente con la de las personas físicas autoras de los delitos.

Ahora bien, a pesar de que la exigencia de hacer responsables a las personas jurídicas "por los delitos" parecería imponer una responsabilidad penal de las mismas, sin embargo, no se establece la obligación de que dicha responsabilidad sea de naturaleza penal pues las sanciones que se ordena imponer a las personas jurídicas deben ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias" (art. 7), pero no necesariamente penales, como sí se dice expresamente respecto a las sanciones de las personas físicas. En todo caso, como es sabido la trasposición de la Directiva en el CP con la reforma de 2010, también incorporó la responsabilidad de las personas jurídicas en materia de delitos contra el medio ambiente (no así en los delitos contra la flora y fauna).

5. Delitos contra recursos naturales y medio ambiente

En el Código penal son los denominados delitos contra recursos naturales y medio ambiente (delitos de contaminación).

Los delitos ambientales (arts. 325 a 331 CP) son en parte una consecuencia de la promesa constitucional de tutela del ambiente. Su redacción actual se debe a la Reforma penal de 2015, consecuencia de diferentes Directivas europeas. Como cuestión común hay que señalar que pueden ser imputados tanto personas físicas como personas jurídicas.

Todos son delitos dolosos, pero admiten la comisión por imprudencia grave por disposición del 331 CP (los hechos previstos en este Capítulo serán sancionados, en su caso, con la pena inferior en grado, en sus respectivos supuestos, cuando se hayan cometido por imprudencia grave), regla que no es concebible en relación con algunas acciones que solo son concebibles como intencionales, tal como veremos seguidamente.

Por razones obligadas y derivadas de la imposibilidad de partir de cero en la configuración de los delitos ambientales, los tipos penales tienen circunscrita la acción a través de la técnica de *ley penal en blanco*, con expresa remisión a la correspondiente legislación administrativa, que especialmente señala límites, cautelas, volúmenes, porcentajes, técnicas de uso, etc., que afectan respectivamente a todas las modalidades de delito ambiental. A veces es una accesoriedad a normativa y en otras accesoriedad a acto administrativo (exigencia de autorización o permiso o licencia para realizar la actividad sin la cual es ilegal). Por otra parte se trata de un sector donde la problemática en la práctica es establecer la diferencia entre una conducta que constituye una infracción administrativa merecedora de una sanción administrativa o lo es de un delito que debe ser castigado con una pena.

5.1. El delito de contaminación básico y sus cualificaciones (art. 325 CP)

El artículo 325 CP castiga como tipo básico una modalidad de conductas de forma alternativa de modo que basta realizar una de ellas para consumar el delito: provocar o

realizar directa o indirectamente *emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos*, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, subterráneas o marítimas, incluido el alta mar, con incidencia incluso en los espacios transfronterizos, así como las *captaciones de aguas que, por sí mismos o conjuntamente con otros, cause o pueda causar daños* sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, todo ello contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general protectoras del medio ambiente. La pena es de prisión de seis meses a dos años, multa de diez a catorce meses e inhabilitación especial.

Se trata de una conducta dolosa, en la que es posible el dolo eventual, y que, como se señala al final del Capítulo, es comisible por imprudencia

El segundo párrafo agrava las penas de las conductas anteriores cuando por sí mismas o *juntamente con* otras, pudieran perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales (prisión de 2 a 5 años, multa de 8 a 24 meses e inhabilitación especial). La aplicación de la norma en los casos de contaminación fruto de la concurrencia de conductas requiere, lógicamente, que ese factor sea captado por el dolo.

Finalmente se contiene una “hiperagravación” de la pena para los casos en que se hubiera creado un riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas. Evidentemente, si en lugar de riesgo se ha producido muerte o lesión será obligado acudir al concurso de delitos.

El tipo penal del art. 325 posee una estructura híbrida o compleja pues de un lado una estructura resultativa físico –natural, de otro dos elementos de índole normativa –valorativa:

En el art. 325 cabe distinguir los siguientes elementos:

1º La acción contaminadora.

2º La remisión a la normativa extrapenal reguladora del medio ambiente. Remisión de la que se deriva la naturaleza de ley penal en blanco que sirve para identificar este precepto.

3º El resultado de peligro originado por dicha acción.

1º La acción contaminadora

“provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, captaciones de aguas...).

Describe acciones (provocar o realizar) que causan resultados materiales (emisiones, vertidos, etc.) sobre determinados objetos físicos (atmósfera, suelo, aguas, etc.) Dada la configuración de las conductas previstas en el precepto será habitual la existencia de una pluralidad de comportamientos contaminantes. Ante ello, podrían plantearse dudas sobre la aplicación a estos casos de la figura del delito continuado, que conllevaría una elevación de pena (art. 74 CP). Sin perjuicio de ello, a la hora de graduar la pena podrá tenerse en cuenta la lesividad global de la conducta.

2º La infracción de la normativa extrapenal.

El legislador se remite a la amplísima regulación existente en materia medioambiental porque de otro modo sería imposible señalar con claridad el umbral del riesgo jurídicamente permitido. Es de conocimiento común que el desarrollo industrial conlleva necesariamente un cierto daño al entorno y que es función de los poderes públicos reducir ese daño “tanto como sea posible”. De esa tensión entre ambos intereses contrapuestos surge una legislación que marca la frontera de lo ilícito recurriendo por lo general a determinados índices que deben ser respetados.

Por consiguiente, a la hora de determinar si un hecho concuerda con lo previsto en el art. 325 CP deberá analizarse, en primer lugar, si la conducta es contraria a la normativa de carácter

administrativo reguladora del medio ambiente. Caso de no confirmarse la conducta será perfectamente lícita y carecerá de la lesividad requerida no sólo para calificarse como delictiva sino incluso para ser objeto de una sanción administrativa.

Por el contrario, si el hecho supone un incumplimiento de las exigencias establecidas en dicha legislación podrá imponerse sin más alguna sanción administrativa, pero para esclarecer la responsabilidad penal será necesario comprobar que la conducta cumple, además, con el tercer requisito típico del art. 325 CP: que cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas. De este modo, puede comprobarse la intensa relación que existe entre los principios de legalidad e intervención mínima, pues sólo cabrá admitir la ley penal en blanco cuando el legislador gradúe adecuadamente la intensidad de la intervención penal, reservándola para hechos cuya lesividad supere la que es propia de una mera infracción administrativa. Ese “plus” de lesividad se identifica aquí con la generación del peligro, que no es imprescindible para que la Administración sancione, pero sí para que el juez penal condene.

3º El resultado de peligro: “que, por sí mismos o juntamente con otros, cause o pueda causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas.

El art. 325 CP para su consumación del delito reclama la constatación de un resultado, separado de la acción contaminante, cuya peculiaridad estriba en que se trata de un resultado de peligro, y no de daño (no es preciso contaminar aguas, o muerte de animales y plantas). El peligro para la calidad del aire, para el suelo, aguas, plantas y animales debe quedar confirmada mediante la oportuna prueba pericial de la relación causal con la acción del autor, prueba complicada en muchos casos por la presencia frecuente de causas contaminantes diversas. Como puede fácilmente colegirse, la constatación del resultado de peligro debe realizarse mediante un juicio pronóstico acerca de la probabilidad de daño (ecológico) que es detectable en una determinada situación (p. ej. presencia de aceites pesados en una acequia), al margen de que se haya producido o no efectivamente un daño.

Ejemplo: para la consumación de este delito basta que se produzcan los vertidos en los cauces fluviales inmediatos a las instalaciones de la empresa, pues esto ya constituye el peligro concreto que justifica la existencia de esta infracción penal. La llegada del antimonio a los pozos de niveles inferiores no es elemento necesario para la perfección del delito.

Lo que sucede es que en la mayoría de las ocasiones, la persecución penal tiene lugar cuando dicho daño medio ambiental ya se ha realizado, lo cual ha llevado a algunos autores a denunciar la inutilidad del adelanto de la barrera preventiva que supone la creación de un delito de peligro en lugar de un delito de lesión.

Por último, cabe señalar que el incremento de castigo previsto en el art. 325.3 cuando el grave peligro de riesgo para la salud daño de las personas (y no a los animales o a las plantas), se corresponde con el mayor desvalor que conllevan comportamientos de esa índole, pero representa además una confirmación del sentido antropocéntrico que el legislador ha otorgado al medio ambiente, al destacarse al ser humano por encima del resto de los elementos integrantes del mismo.

5.2. La indebida gestión, traslado y tratamiento de residuos

En cuanto al tráfico ilegal de residuos, por ejemplo, el informe SOCTA de 2021 afirma que

"la gestión de residuos es una industria lucrativa y de rápido crecimiento que atrae cada vez más a la delincuencia. (...) Los delincuentes que trafican con residuos entre países utilizan principalmente estructuras empresariales lícitas para orquestar los delitos. (...) El tráfico ilegal de residuos está fuertemente vinculado a otros tipos de delitos como la falsificación de documentos, el fraude, la evasión fiscal, el soborno, el blanqueo de dinero, el robo y el vertido de residuos procedentes de la producción ilegal de drogas⁷⁶.

En el Código penal español, el art. 326 CP castiga a quienes, *contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, recojan, transporten, valoricen, transformen, eliminen o aprovechen residuos, o no controlen o vigilen adecuadamente tales actividades, de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales.*

Igualmente sanciona con una pena de tres meses a un año de prisión, o multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial a quienes, fuera de esos casos, trasladen una cantidad no desdeñable de residuos, tanto en el caso de uno como en el de varios traslados que aparezcan vinculados, en alguno de los supuestos a que se refiere el Derecho de la Unión Europea relativo a los traslados de residuos, será castigado para profesión u oficio por tiempo de tres meses a un año.»

Esta norma es en parte consecuencia de la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 noviembre 2008, relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal⁷⁷

5. 3. Explotación de instalaciones peligrosas o almacenamiento de esas sustancias (art. 326 CP)

El art. 326 bis castiga con las penas del art.325 a quienes contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, lleven a cabo la explotación de instalaciones en las que se realice una actividad peligrosa o en las que se almacenen o utilicen sustancias o preparados peligrosos de modo que causen o puedan causar daños sustanciales a la calidad del aire, del suelo o de las aguas, a animales o plantas, muerte o lesiones graves a personas, o puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales. Aquí también se sigue la Directiva 2008/99/CE, pero yendo más allá de lo que la misma recomienda.

5.4. Agravaciones (art. 327)

Las penas previstas para los delitos descritos en los artículos 325, 326 y 326 bis se castigan con pena superior en grado cuando se de cualquiera de las siguientes circunstancias:

- a) funcionamiento clandestino, sin autorización administrativa;
- b) haber desobedecido órdenes expresas de la autoridad administrativa de corrección o suspensión de las actividades tipificadas en el artículo anterior;

⁷⁶ <https://www.europol.europa.eu/crime-areas/environmental-crime>

⁷⁷ Para hacerse una idea de la gravedad del lucrativo negocio de la gestión y tráfico ilegal de residuos, puede verse alguna de las investigaciones llevadas a cabo por el SEPRONA, tales como la Operación Fragmentados : <https://www.elmundo.es/elmundo/2011/02/19/madrid/1298107759.html>

- c) falseamiento u ocultación de la información sobre los aspectos ambientales de la actividad;
- d) que se haya obstaculizado la actividad inspectora de la Administración;
- e) que se haya producido un riesgo de deterioro irreversible o catastrófico;
- f) haber extraído aguas en período de restricciones.

Siguiendo con la pauta común a lo largo del Código, el legislador crea una serie de tipos agravados (cuya concurrencia debe darse en todo caso), al que añaden algún elemento que incrementa el desvalor de acción o el desvalor de resultado de la conducta. Las cinco modalidades agravadas previstas en el art. 326 CP se presentan en forma alternativa, de manera que la concurrencia de más de una de las circunstancias agravatorias no comportará la existencia de varios delitos agravados sino de uno solo. Bien es cierto que en estos casos la graduación judicial de la pena podrá encontrar apoyo para una sanción más cercana al máximo previsto, pero ello no viene taxativamente requerido por la ley.

Para la concurrencia a la agravación prevista en la letra a) se requiere la inexistencia de autorización para desarrollar la actividad concreta que es motivo de la acusación. Si existe autorización pero para una actividad distinta de la desarrollada (normalmente menos peligrosa) seguirá concurriendo agravación. Lo mismo ocurrirá cuando exista solicitud de autorización pero la misma no hubiera sido concedida. Ahora bien, si la acción penal se incoa cuando la solicitud se ha presentado ya y posteriormente se reconoce que se daban las condiciones para concederla, siendo la conducta perseguida una extralimitación respecto al ámbito de actuación permitido en dicha autorización, no deberá aplicarse el subtipo agravado, pues carecerá la conducta de ese incremento de desvalor de acción que fundamenta la elevación punitiva.

Por lo que se refiere a la agravación de la letra b) el autor merecerá un castigo mayor siempre que desatienda requerimientos expresos de la autoridad. No bastará, pues, con una genérica desautorización para realizar una determinada actividad. El legislador exige que la Administración notifique al autor el cese de la actividad ilícita, lo que significa que ésta debe ser previa a la notificación. Las prohibiciones anteriores a la realización del comportamiento punible no pueden ser consideradas a los efectos de aplicar el art. 327 b) CP.

5. 5. Prevaricación en materia ambiental (art. 329)

Al igual que sucede con el delito urbanístico, y de modo similar, el art. 329 castiga como prevaricación – con remisión al art.404 CP añadiendo la pena de prisión de seis meses a tres años y la de multa de ocho a veinticuatro meses - a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas:

- j. hubiere informado favorablemente la concesión de licencias manifiestamente ilegales
- k. que autoricen el funcionamiento de las industrias o actividades contaminantes
- l. o que con motivo de sus inspecciones hubiere silenciado la infracción de leyes o disposiciones normativas de carácter general que las regulen,
- m. o que hubiere omitido la realización de inspecciones de carácter obligatorio.

Este artículo castiga como prevaricación ambiental tanto a los funcionarios que por su competencia a título individual hubieran realizado alguna de las conductas anteriores resuelto como a aquellos funcionarios que hubieran votado la resolución manifiestamente ilegal en calidad de miembros de un organismo colegiado.

5.6. Los daños a espacios protegidos

De un modo un tanto “desubicado” el art.330 CP castiga a quien en un espacio natural protegido, dañare gravemente alguno de los elementos que hayan servido para calificarlo.

Se trata de un refuerzo penal para la protección de los espacios naturales, a cuya tutela se dedica la Ley 42/2007, de 13 diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad.

6. Delitos contra la flora y fauna⁷⁸

6. 1. Destrucción y tráfico de flora:

A) Ataques a la flora protegida: Se castiga en el art. 332 CP a quien contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, *corte, tale, arranque, recolecte, adquiera, posea o destruya especies protegidas de flora silvestre, o trafique con ellas, sus partes, derivados de las mismas o con sus propágulos*, salvo que la conducta afecte a una cantidad insignificante de ejemplares y no tenga consecuencias relevantes para el estado de conservación de la especie (prisión de 6 meses a 2 años o multa)

B) Alteración grave del hábitat: Se castiga a quien, contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general, *destruya o altere gravemente su hábitat*. La pena se cualifica si el hecho afecta a especies en peligro de extinción⁷⁹. El objeto del delito es, en todo caso, una especie amenazada, lo que da entrada en el tipo a la regulación administrativa, con las matizaciones que se acaban de realizar. Por otra parte, el concepto de “hábitat” es “medio definido por factores abióticos y bióticos específicos donde vive la especie en una de las fases de su ciclo biológico”. Está prevista la *modalidad imprudente* .

⁷⁸ **Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal** Coincidiendo con la publicación de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales TOL9466453, el mismo BOE publica la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal. TOL9466452

La presente modificación del Código Penal culmina una serie de reformas en el ámbito fundamentalmente civil dirigidas a la protección de los animales que se inicio con la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales que supuso un cambio de paradigma y de naturaleza jurídica de los animales, que pasan de ser considerados un “bien mueble” (una cosa) a ser considerados un “ser sintiente”, lo que desde la perspectiva penal supone un cambio y ampliación respecto a considerar bien jurídico protegido la vida, salud e integridad, tanto física como psíquica de los animales .

La reforma incluye la expresión «animal vertebrado», término que amplía la lista tasada de animales protegidos por el Código Penal, ya que no solo comprende los animales domésticos, domesticados o que convivan con el ser humano, sino también los animales silvestres que viven en libertad. De esta manera queda protegido cualquier animal silvestre, aunque no sea una especie protegida.

En esta línea se incorporan al delito de maltrato animal nuevas agravantes, que permitirán la imposición de penas más graves en aquellos casos que merecen mayor reproche, y se contempla, también, la posibilidad de adopción de medidas cautelares que incluye el cambio sobre la titularidad y cuidado animal.

Asimismo, contempla como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género.

⁷⁹ El objeto del delito es, en todo caso, una especie amenazada, lo que da entrada en el tipo a la regulación administrativa, con las matizaciones que se acaban de realizar. Por otra parte, el concepto de “hábitat” es “medio definido por factores abióticos y bióticos específicos donde vive la especie en una de las fases de su ciclo biológico”.

6.2. Introduccion o liberación de especies de flora o fauna no autóctonas para evitar la *Alteración del equilibrio biológico*. El art. 333 castiga al que introdujera o liberara *especies de flora o fauna no autóctona*, de modo que perjudique el equilibrio biológico, contraviniendo las leyes o disposiciones de carácter general protectoras de las especies de flora o fauna⁸⁰.

- Ataques a fauna protegida o en peligro de extinción.

El art. 334 CP castiga diferentes conductas, con penas de prisión de 8 meses a 2 años e inhabilitación para el derecho de cazar o pescar.

- a) pescar, cazar, adquirir, poseer o destruir **especies protegidas de fauna silvestre**
- b) traficar con ellas, sus partes o derivados de las mismas
- c) realizar actividades que impidan o dificulten su reproducción o migración
- d) destruir o alterar gravemente su hábitat.

Y se agrava a la mitad superior si se trata de especies o subespecies catalogadas en peligro de extinción.

El art. 334 CP se dedica a la protección de la fauna “amenazada”, expresión de carácter normativo que exige acudir a las disposiciones que regulan la materia para establecer, al menos, el límite del riesgo permitido. El Tribunal Supremo ha llevado a cabo una interpretación restrictiva de este precepto, exigiendo que la especie en cuestión se halle realmente amenazada, teniendo muy en cuenta que el Catálogo Nacional de Especies Amenazadas que contempla hasta cuatro categorías distintas, alguna de las cuales no se corresponde con el máximo nivel de protección que la norma penal dispensa, como ocurre con aquellas consideradas de “interés especial” por su valor científico, ecológico, cultural o por su singularidad.

La especie para estar calificada en *peligro de extinción* debe estar incluida en el catálogo del Convenio sobre el Comercio Internacional de especies amenazadas de fauna y flora silvestre (CITES) en la medida que realiza una clasificación de especies que incluyen fauna marina y establece una serie de requisitos y permisos específicos para cada embarque de importación, exportación y reexportación de especies, su captura, comercialización o tráfico de sus partes. En la medida que el Convenio establece obligaciones de penalizar en el ámbito del derecho penal interno, la caza o pesca u otras actividades sobre estas especies configura una violación de las normas internacionales (vid. Plan de acción de la UE contra el tráfico de especies silvestres)⁸¹.

Particular interés reviste el régimen concursal aplicable cuando la conducta de tráfico se realice traspasando las fronteras nacionales. La vigente Ley de Contrabando (LO 12/1995, de 12 de diciembre) sanciona en su art. 2.1 f) la violación del Convenio de Washington sobre comercio internacional de especies amenazadas.

6.3. Caza o pesca no prohibida de especies no protegidas o en peligro de extinción

⁸⁰ Catálogo de especies invasoras:

<https://www.miteco.gob.es/es/biodiversidad/temas/conservacion-de-especies/especies-exoticas-invasoras/ce-eei-catalogo.aspx>

⁸¹ https://ec.europa.eu/environment/cites/pdf/WAP_ES_WEB.pdf

El art. 335 castiga directamente el hecho de pescar especies distintas (esto es no protegidas o en peligro de extinción) cuando esté expresamente prohibido por las correspondientes normas específicas sobre su pesca.

El tipo penal exige la concurrencia dos elementos:

- a) una acción de pesca o caza que tenga por objeto especies no protegidas de fauna silvestre, y
- b) la acción debe recaer sobre animales cuya caza estuviera expresamente prohibida por las normas específicas sobre su caza o pesca.

Se prevé también una modalidad especial, con pena algo inferior, que castiga a quien realice esas actividades de caza o pesca o de marisqueo relevante en terrenos públicos o privados ajenos, sometidos a régimen cinegético especial, sin el debido permiso de su titular o sometidos a concesión o autorización marisquera o acuícola sin el debido título administrativo habilitante⁸². Las penas se agravan si las conductas anteriores (pesca prohibida o sin licencia) causan daños al patrimonio cinegético, o la sostenibilidad de los recursos en zonas de concesión o autorización marisquera o acuícola.

Comportamientos castigados: Equipara en un mismo precepto a efectos de penalidad las actividades de pesca y caza, a lo anterior se añade la incriminación expresa e independiente de las actividades de marisqueo relevantes (adjetivo que debiera estar referido a las tres actividades) lo que permite anticipar la consideración de la actividad del marisqueo como una actividad particular y distinta de las incriminadas conductas de caza y pesca⁸³.

Sin embargo, la caza no es una actividad profesional (por lo tanto se sanciona la caza recreativa aunque sea ilegalmente practicada) al contrario que la pesca, donde se puede distinguir distintos tipos de pesca profesional (bajura, de altura y pesca deportiva), cuya eficacia lesiva es de diferente intensidad.

El art. 335 castiga **pescar**. Si bien en la normativa extrapenal por pesca o actividad pesquera puede entenderse toda la cadena de valor por la que atraviesa el pescado desde la preparación de las operaciones pesqueras (registro del buque), pasando por la misma actividad extractiva de pesca, descarga, importación, exportación, transformación su extracción o incluso aparejo del barco hasta su puesta a disposición del consumidor final - pues su finalidad es regular el aprovechamiento ordenado de determinados animales y su conservación en los respectivos espacios vitales-, el concepto penal de pesca, solo abarca la actividad extractiva de peces y animales. El art. 335 CP castiga *sacar peces del mar*, la actividad extractiva de fauna y flora del medio marino fluvial o lacustre, por lo que plantea la impunidad de toda una serie de actividades ligadas a la pesca como el desembarque, el trasbordo, la transformación, comercialización de los productos ilícitos. Y por supuesto no cabe dentro del concepto de pesca, la actividad de cría y cultivo de producción de recursos marinos vivos (la acuicultura). Evidentemente, con este artículo en solitario no se puede cumplir con las obligaciones comunitarias que exigen compromiso a los estados miembros en reprimir la pesca ilegal, no Declarada o no Reglamentada (Pesca INDNR o pesca IUU por sus siglas en inglés) y todas las actividades conexas que se lleven a cabo en el territorio del Estado miembro de la UE.⁸⁴).

⁸² «autorización de pesca», el derecho a llevar a cabo actividades pesqueras durante un período específico, para una especie determinada, o para una determinada, pesquería;

⁸³ Vid además el art. 363.3 CP incumplimiento de la normativa administrativa en materia de extracción de determinadas especies marisqueras.

⁸⁴ SAP Valencia 11 de 10 de 2019, Recurso 1366/2019

¿Qué quiere decir que esté expresamente prohibida su pesca por normas específicas sobre su caza o pesca?

Numerosas resoluciones judiciales han declarado rotundamente la atipicidad de conductas de caza o pesca especies no amenazadas cuya caza o pesca no fuera objeto de una prohibición expresa aplicable a todo tiempo y lugar, ya que si la caza o pesca podría ser objeto de autorización administrativa en determinadas fechas o lugares, aunque los acusados que tenían la autorización hubieran cazado fuera de los límites espaciales o temporales permitidos, la conducta será atípica en una interpretación restrictiva del tipo penal. El argumentario, es que no todo incumplimiento de una prohibición administrativa puede ser declarado delito.

Solo sentencias muy aisladas optaron por castigar a través del artículo 335.1 la pesca en periodo de veda o prohibida por circunstancias particulares⁸⁵ (límites espaciales, pesos tallas) pensando siempre que la fijación de períodos de veda u otro tipo de limitaciones sobre la pesca no responde a una distribución puramente convencional y caprichosa, sino a razones de orden biológico para facilitar la reproducción de la especie y aprovechamiento sostenible, preservando los ecosistemas de los que forman parte los animales objeto de estas actividades. La definición de ciclos prohibitivo de carácter cíclico tiene un valor estratégico de protección para la protección de la vida animal (STS núm. 570/2020, de 3 de noviembre).

Un gran inconveniente, para perseguir el delito pesquero es la pesca en alta mar llevada a cabo por nacionales españoles desde barcos con bandera de conveniencia, las cuales son operadas habitualmente por compañías radicadas en países no cooperantes en la lucha contra la pesca INDNR.

El recurso más efectivo en la represión contra la pesca INDNR (o IUU en inglés) se está llevando a cabo en el ámbito administrativo sancionador, pues con base al criterio de la competencia supletoria, el estado español sanciona las conductas cometidas fuera del territorio o aguas marítimas bajo soberanía o jurisdicción española por personas físicas o jurídicas de nacionalidad española a bordo de buques apátridas o sin nacionalidad o de buques de pabellón extranjero o sirviéndose de los mismos (art. 90). Al amparo de esta competencia supletoria son numerosas las condenas administrativas por la infracción muy grave descrita en el art. 101. L de la Ley 3/2001 de Pesca Marítima, según la cual la la participación en la explotación, gestión y propiedad de buques apátridas o buques de países terceros identificados por las Organizaciones Regionales de Ordenación Pesquera u otras organizaciones internacionales por haber incurrido en actividades de pesca ilegal, no declarada y no reglamentada o contrarias a las medidas de conservación y gestión de los recursos pesqueros, o el ejercicio de actividades mercantiles, comerciales, societarias o financieras relacionadas con los mismos.

La comisión de esta infracción administrativa lleva aparejadas multas pecuniarias elevadas, así como sanciones accesorias de imposibilidad de recibir prestamos, subvenciones y ayudas

⁸⁵ En este sentido la SAP de Cádiz 280/2017 de 10 de octubre confirma la condena por el delito del art. 335.1 a dos sujetos por pescar angula en una zona de reserva de pesca donde estaba prohibida toda actividad pesquera a excepción del marisqueo a pie en su zona intermareal. Por su parte, SAP Córdoba 121/2018 de 4 de abril dice que la interpretación restrictiva es la dominante entendiendo la interpretación de la conducta típica de caza o pesca de las especies distintas a las indicadas en el art. 334 cuando está expresamente prohibida excluyendo de la aplicación del precepto aquellos supuestos en que no existe una prohibición expresa y permanente de la caza en relación a una especie concreta de animales. Aun cuando como recuerda esta sentencia el tenor literal del adverbio “cuando” puede tener un significado de carácter permanente (prohibición de carácter permanente) o carácter intermitente, es decir que la prohibición puede ser absoluta o relativa.

públicas (muy importantes en el sector de la pesca) e inhabilitaciones para el ejercicio o desarrollo de actividades pesqueras de muy larga duración, incluso superior a las previstas en el CP. Dada la amplitud de la redacción de la infracción administrativa mencionada en el artículo 101 i) de la Ley de Pesca Marítima del Estado cualquier actividad o actuación que implique participar en la propiedad del buque, su gestión, o explotación o cualquier tipo de actividad mercantil, comercial, societaria o financiera en relación a un buque incluido en la lista de buques INDNR, con independencia de que realice o no alguna actividad pesquera, resulta sancionado (por ejemplo, contratación o negociación de seguros, operaciones de venta, de reparación, etc.) resulta sancionado, incluso cuando el armador aparece como un mero administrador de hecho en el entramado o grupo empresarial. Estos procedimientos administrativos sancionadores, resultan facilitados frecuentemente por la abundante documentación enviada por autoridades de otros Estados, al amparo del instrumento de asistencia mutua que impone el Reglamento (CE) núm. 105/2008 para la represión de la pesca INDNR y que ha sido obtenida en las inspecciones en aguas exteriores.

6.4. Empleo de instrumentos destructivos para a caza o pesca

El comportamiento castigado de caza y pesca de fauna (parece que tanto d especies amenazadas como pesca de ejemplares comerciales) resulta agravado en el art. 336 cuando el sin estar legalmente autorizado, emplee para la caza o pesca *venenos o explosivos*, u otros *instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva* para la fauna⁸⁶

El tipo penal exige la falta de autorización administrativa (por lo que habrá que atender ala normativa comunitaria, nacional y la de las Comunidades Autónomas)y la potencialidad lesiva del medio empleado y con ello se incluye en el tipo la sanción de empleo de medios que con incidencia de su potencialidad destructor pueden afectar de forma indiscriminada a ejemplares de diferentes especies animales

6.5. Disposiciones comunes

En el Capítulo V se incluyen tres disposiciones comunes que se aplican a todos los delitos definidos en el Título XVI (arts. 319 a 336)

Artículo 338.: Cuando las conductas definidas en este Título afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas.

Artículo 339.: Los jueces o tribunales ordenarán la adopción, a cargo del autor del hecho, de las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes tutelados en este Título.

Artículo 340.: Si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Título hubiera procedido voluntariamente a reparar el daño causado, los Jueces y Tribunales le impondrán la pena inferior en grado a las respectivamente previstas.

⁸⁶ Este último tipo penal reenvía a los actos normativos incluso comunitarios que son los que marcan las medidas técnicas por tipo de flota o las características del fondo marino. Actualmente hay hasta 30 reglamentos que conviven entre si convirtiendo a veces la actividad pesquera en un campo de minas con reglas contradictorias y a veces impracticables.

7. Delitos contra los animales

7.1. Delitos de maltrato de animales y abandono de animales

Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal Coincidiendo con la publicación de la Ley 7/2023, de 28 de marzo, de protección de los derechos y el bienestar de los animales, la Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal, introduciendo en el Libro II un nuevo Título XVI bis con la rúbrica **«De los delitos contra los animales»**, y a su vez incorpora cuatro nuevos artículos : 340 bis, 340 ter, 340 quater y 340 quinquies.

Esta modificación del Código Penal completa una serie de reformas en el ámbito civil dirigidas a la protección de los animales que se inicio con la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales que supuso un cambio de paradigma y de naturaleza jurídica de los animales, que pasan de ser considerados un “bien mueble” (una cosa) a ser considerados un “ser sintiente”, lo que desde la perspectiva penal supone un cambio y ampliación respecto a considerar bien jurídico protegido la vida, salud e integridad, tanto física como psíquica de los animales .

La reforma penal incluye la expresión «animal vertebrado», término que amplía la lista tasada de animales protegidos por el Código Penal, ya que no solo comprende los animales domésticos, domesticados o que convivan con el ser humano, sino también los animales silvestres que viven en libertad. De esta manera queda protegido cualquier animal silvestre, aunque no sea una especie protegida.

En esta línea también se incorporan al delito de maltrato animal nuevas agravantes, que permitirán la imposición de penas más graves en aquellos casos que merecen mayor reproche, y se contempla, también, la posibilidad de adopción de medidas cautelares que incluye el cambio sobre la titularidad y cuidado animal. Asimismo, contempla como circunstancia agravante la violencia instrumental que se realiza con animales en el ámbito de la violencia de género

7.2. Delito de maltrato de animales

El art. 340 bis, sanciona al «que fuera de las actividades legalmente reguladas y por cualquier medio o procedimiento, incluyendo los actos de carácter sexual, cause a un animal doméstico, amansado, domesticado o que viva temporal o permanentemente bajo el control humano lesión que requiera tratamiento veterinario para el restablecimiento de su salud.»

En el párrafo segundo castiga «...Si las lesiones del apartado anterior se causaren a un animal vertebrado no incluido en el apartado anterior, se impondrá la pena de prisión de tres a doce meses o multa de tres a seis meses, además de la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de la profesión, ...»

El apartado 2 del art. 340 bis se prevé un listado de agravantes que permiten la aplicación de la pena prevista en su mitad superior. Son las siguientes:

- a) Utilizar armas, instrumentos, objetos, medios, métodos o formas que pudieran resultar peligrosas para la vida o salud del animal.
- b) Ejecutar el hecho con ensañamiento.

- c) Causar al animal la pérdida o la inutilidad de un sentido, órgano o miembro principal.
- d) Realizar el hecho por su propietario o quien tenga confiado el cuidado del animal.
- e) Ejecutar el hecho en presencia de un menor de edad o de una persona especialmente vulnerable.
- f) Ejecutar el hecho con ánimo de lucro.
- g) **Cometer el hecho para coaccionar, intimidar, acosar o producir menoscabo psíquico a quien sea o haya sido cónyuge o a persona que esté o haya estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.**
- h) Ejecutar el hecho en un evento público o difundirlo a través de tecnologías de la información o la comunicación.
- i) Utilizar veneno, medios explosivos u otros instrumentos o artes de similar eficacia destructiva o no selectiva.

La muerte sin sufrimiento ni explotación puede constituir daños. La calificación penal varía en función de los medios empleados o la gravedad del resultado provocado con el maltrato, que puede variar desde lesiones que afectan a la salud del animal, o que puedan determinar la pérdida de un miembro o de un sentido, y pueden llegar a la muerte del animal, que es el supuesto más castigado.

Se admite la comisión por omisión en caso de tener al animal en condiciones que han de afectar a su vida o a su salud.

7.3. Abandono de animales (art. 340 ter)

Artículo 340 ter.

Quien abandone a un animal vertebrado que se encuentre bajo su responsabilidad en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad será castigado con una pena de multa de uno a seis meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días. Asimismo, se impondrá la pena de inhabilitación especial de uno a tres años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales y para la tenencia de animales.

Es un delito de peligro, consistente en dejar al animal en condiciones en que pueda peligrar su vida o integridad. No debe confundirse con la comisión por omisión del delito de maltrato.

Es de destacar que tanto en este delito como en el anterior los Jueces pueden imponer la pena de *inhabilitación especial para la tenencia de animales*.

Artículo 340 quater, recoge las penas aplicables cuando de acuerdo con el artículo 31 bis del Código Penal, el responsable de los hechos recogidos en este título sea una persona jurídica.

Artículo 340 quinquies, prevé la posibilidad del que el Juez adopte cualquier medida cautelar, incluyendo cambios provisionales sobre la titularidad y cuidado del animal.

8. Delito de incendio

8.1. Los incendios forestales.

Los artículos 352 al 355 se integran en la Sección Segunda del Capítulo II bajo la rúbrica “De los incendios forestales”⁸⁷.

⁸⁷ Ley 21/2015, de 20 de julio, por la que se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes, https://xeg.xunta.gal/sites/default/files/documentos/2012_Ley_de_Montes_de_Galicia.pdf

Los artículos 352 a 354 sancionan *conductas delictivas* de mayor a menor relevancia objetiva: el primero castiga el *incendio de montes o masas forestales* (“los que incendiaren montes o masas forestales serán castigados con las penas de prisión de 1 a 5 años y multa de 12 a 18 meses”) con una remisión en el párrafo segundo a las penas del artículo 351 más la multa de 12 a 24 meses para el caso de peligro para la vida o integridad de las personas; el artículo 353 castiga con pena de prisión de 3 a 6 años esa misma acción (incendiar montes o masas forestales) cuando sus *consecuencias fueran de especial gravedad* (sea o no la motivación del autor económica –párrafo 2º-) por:

- a) la superficie afectada,
- b) los grandes o graves efectos erosivos en los suelos,
- c) la alteración significativa de las condiciones de vida animal o vegetal o la afectación de algún espacio natural protegido,
- d) la afectación de núcleos de población o lugares habitados,
- e) que la provocación del incendio tenga lugar en un momento en que las condiciones climatológicas o del terreno incrementen de forma relevante el riesgo de propagación y f) cuando se ocasione grave deterioro o destrucción de los recursos afectados;

El artículo castiga la acción de menor relevancia objetiva, concretamente, la de *prender fuego sin propagación*, contemplando incluso una excusa absolutoria que coincide en la descripción con el desistimiento voluntario pues excluye la pena en el caso en que la no propagación obedezca a la acción voluntaria y positiva del autor.

La jurisprudencia diferencia entre *prender fuego* (conducta del artículo 354) e *incendiar* (artículos 352 y 353). Prender fuego podría identificarse con el inicio de la combustión por la aplicación del fuego, procedente de alguna fuente externa, al material arbustivo o similar. Incendiar exigiría, tras la existencia de un primer foco/s, que el fuego se hubiera desbordado en un ulterior desarrollo. Y, a partir de ahí, la conducta del artículo 353 sólo se daría ante un incendio de notable intensidad y proporciones, con concretas consecuencias.

Estando todos referidos a esta materia, el último (art. 355) recoge una *consecuencia accesorio potestativa*, a imponer en sentencia, para desincentivar la quema de bosques con fines económicos o de obtención de mayores espacios para fines de explotación ganadera, urbanística o comercial, previendo la congelación de la calificación del suelo afectado durante un plazo de hasta 30 años, que se supriman o limiten los usos que se vinieran llevando a cabo en las zonas afectadas por el incendio, así como la intervención de la madera quemada, que es una suerte de decomiso específico.

8.2. Los incendios en zonas de vegetación no forestales.

El artículo 356 CP sanciona a quien incendiare zonas de vegetación no forestales perjudicando gravemente el medio natural con la pena de prisión y multa. Podemos entender por *zonas de vegetación no forestal*, por exclusión, las que no constituyen terrenos forestales o montes, de conformidad con la ley de montes (43/2003 de 21 de noviembre, modificada por la 21/2015 de 20 de julio), pero hay que atender a las diferentes regulaciones autonómicas. En todo caso la exigencia de un perjuicio grave para el medio natural parece descartar a las zonas en barbecho, los linderos o los rastrojos.

8.3. Incendio de bienes propios.

El artículo 357 CP castiga al “*incendiario de bienes propios*” con la pena de prisión de uno a cuatro años “si tuviere propósito de defraudar o perjudicar a terceros, hubiere causado defraudación o perjuicio, existiere peligro de propagación a edificio, arbolado o plantío ajeno o hubiere perjudicado gravemente las condiciones de la vida silvestre, los bosques o los espacios naturales”. Parte de la doctrina ha criticado la *ubicación sistemática* del artículo entre los delitos contra la seguridad colectiva desde el momento en que cabe identificar exclusivamente como bienes jurídicos protegidos el patrimonio y el medio ambiente. También ha sido objeto de crítica la interpretación jurisprudencial no pacífica sobre la exigencia de que lo quemado sea exclusiva propiedad del autor y no comunal, en cuyo caso parte de la jurisprudencia, sobre todo de Audiencias Provinciales, remite la conducta a su sanción como daños del artículo 266 CP.

8.4. Disposiciones comunes

La cuarta y última Sección del Capítulo abarca dos artículos (el 358 y el 358bis) que sancionan, con las penas inferiores en grado a las previstas en cada caso, las conductas de las secciones anteriores si fueran cometidas por *imprudencia grave*, y que *extienden las circunstancias comunes a los delitos medioambientales*, previstas en los artículos 338 al 340, a los delitos de incendio. Estos artículos *agravan la pena* cuando las conductas afecten a un espacio natural protegido *obligan a la adopción a cargo del autor* del hecho de las medidas de restauración del equilibrio ecológico perturbado, así como cualquier otra que se vea necesaria para la tutela de los bienes protegidos y rebajan la pena para el autor que haya procedido *a reparar el daño causado voluntariamente*, recogiendo un supuesto concreto de la atenuante prevista en el artículo 21.5 CP.

9. Nuevas perspectivas infractoras en medio ambiente: la técnica del *greenwashing* y sus efectos

Hay un interesante y nuevo concepto en el contexto ambiental, en el que con frecuencia se observan fuertes implicaciones empresariales. Algunos de los comportamientos incluidos en las técnicas de *Greenwashing* pueden constituir un delito (por ejemplo, de publicidad engañosa o falsedad documental o delitos contra la propiedad industrial por falseamiento de denominaciones de origen), o puede simplemente plantearse una responsabilidad administrativa.

El concepto conocido como *greenwashing* (del inglés *Green*, verde, y *whitewash*, blanquear o encubrir), es equivalente a una forma de *lavado ecológico* o *ecoblanqueamiento*, y consiste en “orientar la imagen de marketing de una organización o una empresa hacia un posicionamiento ecológico mientras que sus acciones van en contra del medio ambiente”. Las técnicas de *greenwashing* no han recibido mucha atención en España, posiblemente porque solo han tendido repercusión, en el ámbito profesional de la publicidad y entre algunos sectores ambientalistas.

Se trata un concepto que procede de otro más general conocido como el *greenwash*, que es, a su vez, una evolución del concepto tradicional del *whitewash* o el blanqueo generalmente aplicado a la imagen⁸⁸.

⁸⁸ No es un concepto completamente reciente, y de hecho el término que lo designa fue acuñado por el activista norteamericano **Jay Westerveld** en el año 1986, al formular objeciones a la práctica hotelera de colocar anuncios en la habitaciones de sus establecimientos, instando a los clientes a reutilizar las toallas para cuidar el medio ambiente. Hoy esa fórmula está prácticamente generalizada a todos los niveles a lo largo y ancho del mundo hotelero. Según se ha puesto de manifiesto, *Westerveld* denunció que esta práctica no obedecía a una genuina preocupación ambiental por parte de los titulares o propietarios de hoteles, sino que atendía más bien al ahorro en costes en agua,

Algunas técnicas conocidas de *greenwashing* o lavado ecológico o ecoblanqueamiento, serían por ejemplo:

1. **Declarar que un producto es verde o sostenible, cuando no lo es en realidad, o, al menos, solo lo es en parte.**

Es el caso de las empresas de extracción de crudos que utilizan logos verdes, compañías aéreas que en su publicidad exaltan su intención de contribuir a los “cielos limpios”, etc. En ocasiones, incluso, si bien se alega de entrada que el producto tiene, unas determinadas características ambientales, lo cual puede ser cierto y verificable, a veces se oculta, que tiene también otros efectos negativos contra el medio ambiente, proporcionando con ello una publicidad es engañosa o que oculta la realidad, actuando, con ello, por omisión.

2. Ventajas difíciles de certificar. Si bien la casuística en este tipo de episodios es amplia y variada, este tipo de ecoblanqueamiento es especialmente evidente en el caso de productos que anuncian que *protegen los bosques*, protegen la *capa de ozono*, etc., sin aclarar absolutamente nada más o incluso aquellos productos que anuncian el uso de envases reciclables, sin que quepa posibilidad alguna de comprobar lo anunciado

3. Descripciones vagas, imprecisas o ambiguas en la publicidad comparativa. Según los publicistas pretende destacar los méritos de productos y servicios propios comparándolos con los de otros competidores (publicidad comparativa). Para lo cual se remite al precio, a la calidad y otras bondades del producto que se compara. Todo ello no obsta para que, en ocasiones, se hable de manera tan general que esa misma generalidad acaba induciendo a error. En algunos casos, por ejemplo, se suele poner como referencia el carácter, «natural» de un determinado producto de consumo, cuando lo cierto es que casi todos los productos que consumimos proceden, directa o indirectamente, de la naturaleza, incluidos, entre otros, el arsénico o el uranio.

4. Etiquetas falsas: Falsificar significa engañar y, esto es , precisamente lo que ocurre cuando la etiqueta del producto, en sí misma, o las palabras o imágenes que la integran o componen, persiguen hacer creer que, de un modo u otro, directa o indirectamente, cuentan con un determinado apoyo institucional del que carecen o que el producto tiene cualidades, composición, etc. que realmente no poseen. Parte del problema reside en la ausencia de una regulación completa y detallada sobre todo tipo de supuestos. Por ejemplo, actuar de forma fraudulenta e informar en el etiquetado de alimentos sobre ingredientes inexistentes o atribuyéndoles una composición que no contiene el alimento, está regulado en la *Ley 17/2011, de 5 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición*, si bien ese planteamiento regulador es sectorial más que general y no cubre, ni mucho menos, todas las posibilidades que se pueden dar en la práctica.

5. Poner el acento allá dónde no es necesario o procedente. Se trata de darle importancia a un detalle verde o sostenible de una empresa o de un concreto producto cuando, aun siendo eso cierto, todo lo demás, sin embargo, no lo es. Un buen marketing ambiental debe hablar de los aspectos e impactos significativos de una actividad, no del magnífico bolso de material reciclado que la empresa ha regalado a todas y cada una de las esposas de sus directivos, mientras vierte productos químicos a 500 metros de la sede principal de la empresa. Cuando se dice, por ejemplo, que un producto comercial determinado esta «Libre de CFC» es como decir que un alimento para bebés carece de cianuro, o, que la mayoría de los ciudadanos españoles no delinque. Lo que en estos casos se está proclamando son

energía y mano de obra, consiguiendo que las prendas textiles hoteleras fueran sometidas a un menor número de lavados.

absolutas obviedades, ya que, por una parte, los CFC están normativamente prohibidos, el cianuro está completamente ausente de la dieta de los bebés. Se trata, por lo tanto, de aportar información a un producto que es inmanente al mismo, con lo cual carece de todo tipo de valor agregado en cuanto a su sostenibilidad o a su valor ambiental.

6. Distraer la atención o confundir: se trataría, por ejemplo, de añadir referencias al carácter ecológico en la información publicitaria de un vehículo 4X4, señalando que al circular por el campo rotura positivamente el terreno. Lo mismo cabría decir cuando se argumenta que una determinada marca de cigarrillos, al ser mentolados, disipa olores nocivos o nauseabundos. Es decir, puede que lo afirmado no sea del todo incierto, pero la ventaja que se publicita puede ser, en realidad, el menor de una serie de males que sí se ocultan. Con lo cual se aporta información que no hace sino distraer la atención del consumidor, desviándola, ambientalmente hablando, hacia lo menos importante. En la práctica, sin embargo, mediante este tipo de iniciativas se introduce confusión al público al ofrecer o añadir como ambiental algo que puede ser incluso la antítesis de lo ambiental.

7. Sellos o certificados falsos: en principio los productos que aseguran, falsamente, tener un sello ecológico haciendo un uso fraudulento del mismo son más frecuentes de lo que suele parecer, si bien, en relación a este *modus operandi* no se manifiestan criterios objetivos ni definitivos. Se han dado casos, además, en los que son las propias empresas las que directamente se inventan los certificados. El problema, de entrada, y el perjuicio, en primer lugar, de estas formas de actuar, es para el propio mundo empresarial. Tal como se ha puesto de manifiesto, estas formas de proceder perjudican, sobre todo, a aquellas empresas que están más genuina y seriamente comprometidas medioambientalmente.⁸⁹

Es en ese tipo de contextos donde surge el concepto de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) que se produce cuando una empresa proclama su compromiso voluntario a contribuir en la mejora de la sociedad y del medio ambiente, no limitándose, solo y simplemente, a cumplir con la normativa existente (*overcompliance*). El hecho de hacer pública la comunicación de la RSC es el punto decisivo para las empresas que intentan maximizar los beneficios de una buena imagen, basándose, lógicamente, en información cierta y veraz. En la RSC el aspecto ambiental es ciertamente muy importante.

Pero quizás dónde el impacto social mas importante se produce entre los consumidores. Estas conductas inciden muy negativamente en la masa social, aflora la mala reputación y, en consecuencia, surgen dudas sobre la autenticidad de los productos verdes en su conjunto. Téngase en cuenta que los mensajes ecológicos tienen repercusiones sobre los consumidores a nivel emocional, porque cuando se consumen productos verdes hay sentimientos de altruismo, participación y contacto con la naturaleza. De hecho, y en esa línea, un 40% de los consumidores estarían dispuestos a comprar productos más respetuosos con el medio ambiente e, incluso, a pagar más por ellos.

Todo ello sin olvidar la afectación negativa que estos fenómenos suponen para el comercio sostenible, y la consecuente pérdida de mercado de los productos o servicios ambientales, que todo ello implica. En cualquier caso, debido, en general, a la alta complejidad de los procesos económicos y la fragmentación de la producción en nuestra sociedad, así como la mera y limitada cantidad de información que tiene el consumidor de a pie al respecto, se

⁸⁹Las sospechas de "greenwashing" se ciernen sobre las auditoras de proyectos mineros

https://www.infolibre.es/internacional/sospechas-greenwashing-ciernen-auditoras-proyectos-mineros_1_1644253.html

hace impracticable la teoría del consumidor responsable y consciente que puede influir sobre las empresas mediante decisiones de compra según su escala de valores»⁹⁰

Proyecto de directiva europea sobre medio ambiente

<https://elpais.com/clima-y-medio-ambiente/ecologia/2021-12-15/la-comision-europea-propone-penas-de-10-anos-de-carcel-como-minimo-para-los-delitos-medioambientales-mas-graves.html>

⁹⁰ De todas formas, sí se empiezan a observar reacciones interesantes al respecto, lo que es indicativo de que posiblemente las cosas pueden acabar cambiando, más pronto que tarde. Por ejemplo, una empresa danesa, que es uno de los mayores productores de carne de cerdo de Europa, se enfrenta en el momento de redactar estas líneas a un juicio por *greenwashing*. Se trata del primer procedimiento climático de este tipo en Dinamarca, habiendo sido acusada la compañía por el hecho de falsear su huella climática causada por la producción de carne de cerdo. En su última campaña, la compañía presumía de ser «más respetuosa con el clima de lo que crees», añadiendo que «Junto a nuestros consumidores, hemos reducido nuestra huella climática en un 25% al año por kilo de cerdo desde 2005», escribían en agosto de 2021 en un tuit. Por su parte, la entidad demandante argumenta que «la carne producida de forma industrializada no puede ser respetuosa con el clima» En el caso de España, dado que la importancia del medio ambiente apenas se trae a colación en el debate público en la actualidad, es claramente perceptible la existencia, todavía, de un importante camino por recorrer con relación a la problemática del *greenwashing*

Bibliografía

María Laura Böhm: Empresas transnacionales, violaciones de derechos humanos y violencia estructural en América Latina: un enfoque criminológico transnacional, en Revista Crítica Penal y Poder 2017, nº 13, Octubre (pp.41-65)

García Dueñas, H.A.: Ecocriminología, responsabilidad social y criminal por daños ambientales...

García Ruiz, A.: Del ecocidio y los procesos migratorios a la opacidad de la victimización ecológica. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 20 (2018)

Morelle Hungría, E.: Ecocriminología, la necesaria visión ecosistémica en el siglo XXI. Revista electrónica de Criminología (2020)03-02, 1-14.

De Pablo Serrano, Alejandro, L.: El expolio de los recursos naturales. De la Green Criminology a un nuevo y necesario Derecho Penal internacional del medio ambiente.

Revista General de Derecho penal 33 (2020) , Revista Iustel.com

Pons M.: Criminología del campo climático: una fragmentación del campo.

Navarro Frias, I.: Dieselgate, greenwashing y responsabilidad social corporativa. En Ganancias Ilícitas y Derecho penal, (E.M.Souto García/L.M.Puente Aba). Ed. Comares 2022

García Ruiz, A.: La criminalidad azul. Aceleración y catálisis del ecocidio en los ecosistemas marinos. En Ganancias Ilícitas y Derecho penal, (E.M.Souto García/L.M.Puente Aba). Ed. Comares 2022 ISBN 978-84-1369-306-4, págs. 203-235

Sumario:

- 1. El ciber espacio como un nuevo ámbito de oportunidad criminal**
- 2. Perfil de los delincuentes cibernéticos.**
- 3. Fenomenologías de los ataques de la ciberdelincuencia.**
- 4. Factores que explicativos de la cifra negra en materia de cibercriminalidad.**
- 5. Problemas jurídico penales de la ciberdelincuencia.**
- 6. Marco comparado e internacional de la ciberdelincuencia.**
 - 6.1. Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa.**
 - 6.2. Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los Sistemas de información.**
- 7. Tratamiento en el CP de los Delitos Informáticos o Ciberdelitos**
 - 7.1. Delitos contra la intimidad cometidos a través de medios informáticos;**
 - 7.2. Delitos contra el patrimonio;**
 - 7.3. Delitos de daños informáticos: daños y sabotajes (cracking).**
- 8. Actores institucionales.**

1. El ciberespacio como un nuevo ámbito de oportunidad criminal ⁹¹

Internet como red global ha supuesto la creación de un lugar de comunicación social transnacional, universal y en permanente evolución tecnológica, que se ha denominado **ciberespacio**, y que constituye un **nuevo ámbito de oportunidad delictiva**, un contexto de riesgo criminal distinto al espacio nacional físico tradicional

Una definición formal y exhaustiva del ciberespacio se encuentra en el Documento técnico ISO 27032:221, según el cual se entiende por ciberespacio, “un entorno complejo resultante de la interacción de personas, software y servicios en Internet, mediante dispositivos tecnológicos y redes conectadas a él, que no existe de ninguna forma física”, en consecuencia es un entorno virtual generado por la interacción de personas software y servicios e Internet , interconexión obtenida mediante el uso de sistemas informáticos y telemáticos interconectados.

El ciberespacio presenta con respecto al espacio físico una concreta disposición de las coordenadas espacio/tiempo que lo diferencian del espacio físico en el que tradicionalmente se han cometido las infracciones penales.

Así, las conductas ejecutadas a través del ciberespacio (espacio virtual), especialmente aquellas que consisten en la publicación de contenidos, pueden quedar fijadas durante un tiempo indeterminado y seguir desplegando efectos aunque su ejecución solo haya durado un instante (efecto de permanencia del daño). Y es que, como subraya Miró Llinares, en el ciberespacio la comunicación entre personas puede producirse en tiempos distintos, en el sentido de que el emisor puede enviar un mensaje comunicativo en un momento temporal determinado y no ser recibido hasta mucho después por el receptor.

En el ciberespacio también modifica la capacidad de control por parte del autor del hecho ilícito en relación con el ámbito espacial y temporal en el que se producen los efectos del delito. Respecto a los delitos que se cometen en el espacio físico el autor tiene un mayor dominio sobre las coordenadas espacio-temporales del hecho, en el sentido de que con mayor o menor probabilidades puede definir el ámbito geográfico en el que el delito dejara sentir sus efectos (resultado) y el momento o instante temporal en el que se producen. **En el ciberespacio es más difícil concretar el ámbito geográfico-espacial en el que el hecho delictivo va a desarrollarse e incluso el círculo de personas o instituciones contra las que se dirige el ataque.** Como señala Miro Llinares, en el espacio virtual aunque agresor, al igual que sucede con los que delinquen en el espacio físico, actúa motivado por un determinado objetivo y en un determinado ámbito espacial, por muy extenso que este sea, el campo de oportunidad es muy dilatado debido a la inexistencia de la distancia física como barrera y que, por lo general, no precisa de la cercanía con la víctima para la ejecución del delito proyectado. Esto es, como puntualiza el autor citado, el delincuente no precisa de salir de su casa para atacar a bienes jurídicos cuyos titulares se encuentran físicamente muy alejados.

En consecuencia, el ciberespacio incrementa las "posibilidades de motivación" de un potencial agresor motivado por dos razones:

- a. porque incrementa los objetivos potenciales (víctimas o instituciones) sobre los que puede tomar la decisión de cuál es el adecuado, sin que la distancia ni el tiempo sean un elemento esencial de la decisión.

⁹¹ Miró Llinares, F.: El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio. Marcial Pons. Madrid 2012

- b. porque reduce el coste espacio-temporal que supone prácticamente siempre cometer un delito, tanto en términos de llegar al objetivo como en el de asegurarse la huida una vez el delito se ha cometido.

También hay que señalar que en el ciberespacio las TIC pueden actuar como un "multiplicador de fuerza" que hace que personas con mínimos recursos puedan generar grandes daños para múltiples personas y bienes (viralidad). La expansión del ámbito comunicativo al que puede acceder un agresor motivado en el ciberespacio conlleva una multiplicación de la potencialidad lesiva de su conducta por comparación con lo que ocurre en el espacio físico. En el ciberespacio, el agresor no solo puede seleccionar entre muchísimas víctimas potenciales, sino que puede atacar a varias de ellas en el mismo instante y desde el mismo espacio, aunque ellas se encuentren en lugares situados a miles de kilómetros de distancia entre sí; e incluso aunque los efectos de los ataques no se desplieguen (o sí) simultáneamente en el mismo instante.

Siendo así que el ciberespacio no solo permite al autor del delito seleccionar entre varias víctimas a la víctima (s) objetivo de su ataque, sino que también las TIC le ofrecen la posibilidad de atacar a varias con una única conducta. Es cierto, que también es posible en el caso de la criminalidad llevada a cabo en el espacio físico-real, si bien las facilidades para ello en el ciberespacio son mucho mayores, especialmente en el caso de la modalidad de cibercrímenes, en los que la ilicitud deviene del contenido y en los que la mera publicitación de una página web con contenido nocivo o prohibido (ciberterrorismo, *hatespeech*, pornografía infantil, piratería intelectual, etc.) ya supone la afectación de múltiples bienes jurídicos personales o del mismo bien supraindividual pero con una mayor dimensión en la lesión.

Y a la inversa, también *es perfectamente posible en el ciberespacio que una misma víctima sea atacada de forma simultánea, y en el mismo espacio que ocupa, por múltiples agresores distintos*. En este caso, el ataque se produce en el mismo (ciber)espacio, pero desde espacios (físicos) distintos y en momentos temporales que pueden ser idénticos en cuanto al despliegue de efectos pero no tienen por qué serlo en cuanto al momento de ataque.

Por último, el agresor puede utilizar uno o múltiples sistemas informáticos situados también en múltiples lugares (infecciones de *bot*) desde los que realizar ataques que pueden ocurrir de forma simultánea o secuencial y contra un único objetivo o contra objetivos que pueden ser múltiples e incluso indeterminados, sin que sea necesario para ello hacer ningún esfuerzo de traslado.

Y todo eso, por supuesto, el delito puede ser ejecutado por el agresor desde y sobre cualquier parte del mundo. En el ciberespacio, los ofensores con inclinaciones criminales pueden serlo de y desde cualquier Estado y pueden actuar sobre víctimas de (y hacia) otros distintos, reduciéndose las barreras que el espacio suele imponer para ello. Pero además, al aumentar la cantidad de personas que utilizan Internet, también lo hace el número de potenciales delincuentes, y al unir el ciberespacio a miles de millones de ciudadanos en un "lugar común" en el que hay relaciones comerciales y personales, aumentan también los "objetivos adecuados" y, por tanto, las posibilidades de contacto entre unos y otros con el consiguiente potencial aumento de la criminalidad. En este sentido, el ciberespacio es, desde una perspectiva cuantitativa, un espacio de riesgo criminal con un "potencial" efecto multiplicador sin precedentes en la historia.

Además, las especiales características del ciberespacio y la existencia de determinados instrumentos de comisión de los ciberataques, como los virus, permiten que en determinadas condiciones la presencia del agresor motivado tenga lugar en un momento de tiempo anterior

al perfeccionamiento del ataque. Y que la concreción del mismo ya no dependerá tanto de la propia conducta del agresor como del comportamiento de la víctima. Esto ocurre especialmente en el caso de los virus que son descargados en una determinada página web bajo la falsa apariencia de archivos de música o vídeo. El autor se limita a iniciar su ataque dejando en el ciberespacio el instrumento del mismo como algo estático que espera a la conducta de la víctima para que el daño termine perfeccionándose, porque se convierte a su vez en el instrumento que contribuye a la materialización o difusión del ataque. Esto sucede con alguno de los tipos de criminalidad en el ciberespacio caracterizada por la dinámica consistente en que la víctima-receptora del mismo se convierte, inmediatamente y sin quererlo, en emisor de un nuevo ataque en una cadena sucesiva que ni siquiera es controlada por el propio autor del crimen. Esto ocurre con la transmisión de virus, también con el envío de *spam*, e incluso, aunque de forma diferente, dado que en este caso es el receptor del mensaje el que tiene que acceder a la comunicación, con la transmisión de contenidos ilícitos o nocivos (pornografía infantil, obras protegidas, *hatespeech*, etc.) en páginas web.

1. Perfil de los delincuentes cibernéticos.

Según Sanchis Crespo y Velasco Núñez, en el perfil del delincuente informático, son los menores de 40 años los más propensos a delinquir mediante el uso de las nuevas tecnologías, señaladamente destacan, entre ellos, los menores de edad - como autores y como víctimas-, y singularmente, los muy jóvenes, habituados a la informática como modo de expresión y comunicación, y con menos trabas formativas para, desde ella, acceder a lo que desean, muchas veces por medios no lícitos⁹².

También a veces destaca el delincuente solitario retraído que usa la informática para causar daños, deterioros o perjuicios a las personas de las que se quiere vengar, normalmente por móviles sentimentales o por haber sido despedido de alguna empresa - en alguna de las cuales, normalmente, ha trabajado prestando servicios informáticos- .

En otras ocasiones, el autor del delito informático se sirve de los medios informáticos porque le proporciona herramientas - buscadores, bases de datos.- e información, que por medios legales tardaría mucho en lograr. Se trata de delincuentes vinculados normalmente al robo inconsciente de datos, a la vulneración de los derechos de propiedad intelectual, etc..

Pero junto a estas contravenciones individuales, y con un perfil diverso de los primeros hackers que, sin que nadie se lo solicitara, accedían a sistemas informáticos estratégicos y de seguridad -la NASA, la Administración Pública, el Ejército, la Policía...- , para demostrar que dichos sistemas tenían fallos de seguridad, el perfil de atacante informático actual es el del “depredador informático” que sin empatía alguna por su víctima lo mismo rastrean la red en busca de víctimas sexuales desamparadas que de agraviados por temas económicos sobre las que desarrollan masivos programas de ataque, en unos casos para acceder al sexo de otros, singularmente de menores, y siempre gratis, y muchas veces clandestinamente, en otros a su patrimonio y activos económicos y... en otras, para hacer destrucciones masivas de datos y sistemas informáticos o simplemente informarse de objetivos en ataques ideológicos que desembocan en terrorismo.

En ocasiones estos sujetos se ponen al servicio de organizaciones criminales. En otras simplemente, venden, anónimamente, sus servicios en Internet, y aparte del dinero, no quieren saber nada de formar parte de tramas estructuradas.

⁹² Sanchis Crespo, C./ Velasco Núñez, E.: Capítulo Tipos delictivos. Delincuencia informática. Tirant LO Blanch Valencia 2019. Documento TOL 7,648,393, págs. 21-23

La tendencia más dañina de los últimos tiempos está siendo, sin embargo, el ataque en grupo a terceras personas particulares en busca, masiva, de sexo, patrimonio o libertad.

Una vez se domestica el algoritmo y el software que sirve para captar información de manera masiva o en que se descubre cómo vulnerar la protección puesta por el usuario, ningún objetivo es descartable.

Así las grandes organizaciones criminales usan métodos informáticos y programas maliciosos (malware) para hacerse fácil y masivamente con nuestro dinero: es el *hacking by dollar*, esto es, la intrusión informática para hacer caja. En opinión, de Velasco Núñez, lo mismo les da tener en plantilla un experto informático, que comprar su malware en Internet. Sin embargo, los ataques se van afinando, y cada vez el éxito es mayor en menor tiempo, porque sofistican sus medios de ataque —el *ransomware* (ciber rescate) ha pasado de encriptar archivos, para cuya liberación se pide dinero, a bloquear el disco duro mismo o incluso los accesos- o estudian específicamente determinadas víctimas más acaudaladas (whaling), por ejemplo, personas que son titulares de tarjetas de crédito en la modalidad platino-, de modo que discriminando, alcanzan mejores resultados. Y con los ataques, su impunidad. A los consabidos medios de la encriptación y el uso de anonimizadores - proxys, keyloggers, troyanos, puertas traseras, etc.- se añade la sofisticación de los cambios de mano del dinero- a veces el rastreo del mismo es irreproducible por la facilidad y el gran número de intercambio-, se añade, el uso de paraísos fiscales, empresas opacas o criptomonedas (bitcoins, ethereum...), que dificultan enormemente el éxito en el seguimiento (trazabilidad) del producto del delito.

Según Sanchis Crespo y Velasco Núñez, sus autores no son personas con escasos recursos y casi nula formación, sino todo lo contrario, pues ya no es infrecuente encontrar entre ellos informáticos, físicos, matemáticos, ingenieros, etc. - es decir, gente con formación universitaria y científica o tecnológica-, aunque realmente el perfil más detectable entre quienes acaban siendo detenidos y condenados en los Tribunales es el de mero usuario⁹³.

Por su parte, según Jesús Espinosa Sánchez, en el procedimiento con el cual llevan a cabo el ciberdelito, podemos distinguir:

- Hacker: Individuo que, gracias a sus avanzados conocimientos de informática, es capaz de realizar muchas actividades complejas, a la par de ilícitas, desde un ordenador. Tiene una gran capacidad para dominar diferentes aspectos relacionados con la informática, destacando: lenguajes de programación, manipulación de hardware y software, telecomunicaciones. Entre sus motivaciones, destacan: el ánimo de lucro, hacktivismo, reconocimiento social, etc... Los hackers a su vez se dividen en:

1. *White Hat Hackers*: son aquellos hackers encargados de la seguridad de los sistemas informáticos. Para llevar a cabo esta labor, estudian y fortalecen los fallos de seguridad que se produzcan en los servidores.

2. *Grey Hat Hackers*: son aquellos hackers que usan sus conocimientos y habilidades para traspasar los niveles de seguridad, con el objetivo de en un momento posterior ofrecer sus servicios como administradores de seguridad informática, a fin de corregir dichos fallos.

⁹³ En opinión del autor citado “la cantidad de horas que muchos meros usuarios informáticos pasan trasteando por Internet, les convierte en expertos en uso, en prácticos que, al final, acaban delinquiendo con aquello con que están familiarizados. Vid. Sanchis Crespo, C./ Velasco Núñez, E.: Capítulo Tipos delictivos. Delincuencia informática... op. cit. pág. 24

3. *Black Hat Hackers*: este colectivo constituiría la conceptualización del hacker clásico. Los Black Hat Hackers o sombreros negros, son aquellos individuos cuya actividad, consiste en vulnerar la seguridad de los sistemas, violentar y extraer información de manera ilícita, además de crear una pluralidad de malware para lograr sus fines.

4. *Newbie* o Novato: este sector, lo conforman aquellos individuos que quieren llegar a ser hackers pero que, sin embargo, carecen de los conocimientos técnicos necesarios para convertirse en uno, por lo que, para lograr su objetivo se valen de tutoriales, sitios sobre hacking, software diseñado, etc.

5. *Cracker*: es un tipo de hacker cuya actividad consiste en violentar el software original, extendiendo en el proceso, su funcionalidad. suele consistir en programas capaces de desbloquear claves de acceso, así como, generadores de contraseñas (KeyGen).

- a. *Phreaker*. Tipo de hacker encargado de las telecomunicaciones, móviles, voz sobre IP, etc. Su trabajo, consiste en penetrar en los sistemas telefónicos para obtener privilegios no accesibles de forma legal. Los *Phreakers*, son capaces de construir equipos artesanales que interceptan llamadas, o que realizan llamadas desde terminales ajenos, sin que los dueños de los mismos se percaten de ello. La motivación de estos hackers, es meramente económica, siendo las compañías telefónicas y las grandes multinacionales las principales víctimas de este tipo de ciberdelincuencia.
- b. *Viruckers*. La acción delictiva de este tipo de hackers, consiste en la intrusión en un sistema informático para alojar virus en el mismo, con el objetivo de destruir, alterar y/o inutilizar la información almacenada en él.
- c. Existen dos tipos de virus:
 - Benignos, que molestan, pero no causan daño alguno.
 - Malignos, que destruyen la información o inutilizan el sistema.

Según expone Miro Llinares, no solo son *hackers* los que realizan cibercrímenes económicos. Otro cibercriminal clásico es el *insider*, que aprovecha su posición dentro de la institución o empresa para realizar su ataque. Son los principales protagonistas de los *data breaches*, cualquier forma de destrucción, modificación o acceso a datos de empresas o de particulares. Generalmente suelen tener éxito, dado que es más posible que pasen desapercibidos y además suponen un mayor riesgo que los ataques externos pues tienen mayor acceso a la información⁹⁴.

Sin embargo, los últimos estudios apuntan a que la presencia de los grupos criminales organizados está creciendo de forma cualitativa y cuantitativa. Cada vez destaca más la interrelación entre cibercriminalidad y delincuencia organizada. Son múltiples las pruebas que muestran que las bandas organizadas se han aprovechado de las TIC para facilitar o mejorar la comisión de delitos como el tráfico de secretos empresariales obtenidos por Internet, la extorsión y los ciberfraudes, el blanqueo de dinero a través de sistemas de pago *online*, la distribución ilegal de materiales a través de Internet y el uso de Internet como un mercado de venta ilegal de productos falsificados y de las drogas farmacéuticas.

Dentro de la cibercriminalidad organizada, hay que diferenciar dos tipos de grupos: por un lado, las organizaciones tradicionales (mafia siciliana, mafias rusas, tríadas chinas o yakuza, etc.), que suman a sus múltiples actividades la realización de delitos por medio de Internet; y por otro lado, las ciberbandas organizadas o conjunto de *crackers*, que se organizan como grupo criminal y cuyo único ámbito de actuación es el ciberespacio.

⁹⁴ Miró Llinares, F.: Cibercrimen, cibercriminales y cibervíctimas, en: http://cv.uoc.edu/annotation/49e137c73e26ddcd8cd71e5e8e4b66cd/803643/PID_00195947/PID_00195947.html

Miro Llinares destaca que hay que tener en cuenta que el término *hacker* puede ser empleado desde una concepción amplia para referirse a cualquier persona con conocimientos informáticos que realiza alguna actividad ilícita, o simplemente no autorizada, en el ciberespacio. O, desde una concepción más estricta, para hacer referencia al experto informático que busca superar barreras por el mero hecho de su existencia, si bien sin entrar en el campo de lo delictivo, en ocasiones incluso usando sus conocimientos para las mejoras de la seguridad de las redes y sistemas.

Finalmente, dentro de los perfiles de los cibercriminales económicos hay que destacar la figura de las **cibermulas**, que no son, desde una perspectiva criminológica, cibercriminales, puesto que no son autores del delito en el ciberespacio, sino colaboradores o recolectores de los beneficios en Internet, que luego envían por medios seguros de transmisión del dinero a los autores del delito (las ciberbandas) o a los responsables de los grupos organizados tradicionales que operan en Internet.

2. Fenomenologías de los ataques de la ciberdelincuencia

En consonancia, con el perfil señalado de delincuente informático, abrumadoramente, en cifras estadísticas, el delito informático por excelencia, es el patrimonial o económico.

El autor delictivo cibernético es un delincuente de cuello blanco, que usa técnicas y productos informáticos, para, si puede, quedarse con los activos productivos de los demás.

La estafa es el delito informático por excelencia, el que más se produce, llegando a alcanzar una cuota entre los ciberdelitos del 70%. Timos como las cartas nigerianas o el de la lotería - que toca a quien no juega- van pasando del mundo físico al virtual y van orillando trabajosos reclamos clásicos que ya casi ni los delincuentes más románticos reproducen - como el tocomochó, el de la estampita o el nazareno- y si los siguen usando, es a través de Internet, conformando un más allá en la delincuencia económica realizada mediante técnicas electrónicas.

En efecto, el delincuente cibernético es un delincuente *anónimo*. Usando anonimizadores y *malware*, realiza ataques en el mundo cibernético con consecuencias semejantes a quien lo hace en el mundo físico, pero con la ventaja de que impiden y neutralizan una reacción física de la víctima que, cuando descubre el engaño, no puede replicar, al menos no físicamente.

La instalación de troyanos a través de enlaces, descargas de aparentes productos gratis total, o incluso réplicas de productos comerciales y bancarios, permiten acceder a información pescada - “Phishing”- que posibilita posteriores intrusiones en nuestras cuentas bancarias y apoderarse sin esfuerzo, a través de numerosos reclamos, de dinero o productos o, incluso, a veces, son capaces de hacer que ingenuamente sea la propia víctima pague por un servicio que no ha usado (defraudaciones) y del que tampoco se sabe quién pueda estar disfrutándolo⁹⁵.

Tras la estafa, preocupan los ataques destructivos *-cracking-*, consistentes en causar borrados, deterioros, alteraciones, bloqueos a datos, información o a los sistemas informáticos mismos, e incluso ataques de denegación de servicio que obstaculizan su uso, a veces simplemente por dañar *-venganza-* y, más recientemente, para pedir un rescate (ransom) que convierten el bloqueo de lo propio en borrado si en un plazo corto de tiempo no se paga la cantidad que exigen con la extorsión.

⁹⁵ <https://www.europol.europa.eu/crime-areas-and-statistics/crime-areas/cybercrime>

En menor medida, pero importantes en volumen, son los espionajes de empresa (ciber espionaje) y los disfrutes de propiedad intelectual o industrial ajena que reportan enormes perjuicios económicos en sus desesperadas víctimas.

Finalmente Internet es el medio a través del cual se producen serias tramas de blanqueo de las ilícitas ganancias de muchos delitos, singularmente los ciber económicos, que han elegido sus propios medios de pago -las criptomonedas-, que se usan también en la Internet profunda, donde todo lo ilegal se comercia, al amparo de técnicas de securización y encriptación -redes Tor⁹⁶- para dar y recibir desde el mundo virtual lo que está prohibido en el físico - sexo con menores, droga, malware...-⁹⁷

Muy lejos - en cifras- de la ciberdelincuencia de signo económica, en siguiente lugar, aunque más peligrosa, aparece la ciberintrusiva.

Internet es información y comunicación, y donde hay datos personales, siempre hay alguien interesado en acceder a ellos de manera clandestina. Por eso el hacking, la accesión o intrusión en los sistemas informáticos ajenos, el espionaje informático de nuestra privacidad, está a la orden del día, como delito medio para conseguir otros fines.

Un objetivo importante es el sexo, principalmente el obtenido clandestinamente, espiando, extorsionando, chantajeando, y no meramente a personas adultas, sino principalmente a los menores de edad.

La pornografía infantil, el *child grooming*, la sextorsión o el mero sexting a menores, alcanzan un porcentaje cercano al 15 % de los delitos cibernéticos que ocurren, aunque muchos no se denuncien y otros se desconozcan -el espionaje sexual se persigue penalmente como un delito de descubrimiento de secretos- .

Al sexo se le suma, en siguiente lugar, la utilización de cierta violencia para con la víctima cibernética (violencia digital).

Desde el acoso (*stalking*) al quebrantamiento de la medida de alejamiento por medios informáticos, más habituales cada día en los ataques de violencia de género, aunque no exclusivos -pues los acompañan fenómenos de voyeurismo, acoso de fans aficionados, venganzas menores en el trabajo..-, pasando por las calumnias e injurias, que ahora se realizan a través de Internet, medios de comunicación y redes sociales, alcanzando el 5% de los delitos cibernéticos que acceden a Juzgados y Tribunales.

Por la misma razón, de la facilidad comisiva que suponen el recurso a las herramientas informáticas evitando el contacto físico directo, proliferan las amenazas por medios informáticos, alcanzando un aproximado 4% de los casos denunciados.

En último lugar, está el ciberterrorismo.

3. Factores explicativos de la cifra negra en materia de cibercriminalidad.

⁹⁶ Vid. en campus virtual el trabajo de: John Alexander Rico Franco: Desmitificando a la Deep web a través de un fugaz viaje por la Dark web, en *Rev. Ingeniería, Matemáticas y Ciencias de la Informa*, Vol. 8 / Núm. 15 / enero - junio de 2021; pág. 13-32

⁹⁷ De lectura interesante, procesos abiertos en Audiencia Nacional por estafa criptomonedas donde se puede apreciar todas las características de los ciberdelitos: https://www.eldiario.es/politica/estafas-criptomonedas-multiplican-dejan-atrapados-miles-inversores_1_9758751.html

Calcular la incidencia de cualquier tipo de delito es una tarea complicada, pero lo es especialmente en el ámbito de la cibercriminalidad por dos razones: por un lado, por la falta de denuncias de este tipo de delito y, por otro lado, por las características que presenta y que dificultan los procesos judiciales aun cuando haya existido denuncia.

En lo que se refiere a la incoación de los procesos judiciales contra gran parte de los cibercrímenes pueden tener muchas más complicaciones generales que los que se inician contra los crímenes cometidos en el espacio físico. La razón principal es que cuando existe una denuncia, generalmente en estos casos no va dirigida contra un sujeto en concreto sino se denuncian una concreta victimización (por ejemplo, un ciberfraude, etc.), por lo que los primeros pasos de la investigación policial deben dirigirse hacia la determinación de los autores y hay varios motivos por los que esta puede ser especialmente complicada para estos delitos, en opinión de Miro Llinares estas dificultades serían las siguientes ⁹⁸:

- **Anonimato en la red.** En primer lugar por las propias características, favorecedoras del anonimato, del ciberespacio: aunque el cibercrimen es cometido por alguien en concreto, en Internet solo se muestra una representación virtual del autor (la dirección IP) que puede ser concretada, pero a la que después hay que atribuir la concreta persona física que está detrás de la acción; y eso ya es más complicado, pues exige, primero, la colaboración de las empresas proveedoras de servicios y, después, la investigación del titular del sistema informático desde el que se ha realizado el ataque y la concreción, de entre todos los usuarios del mismo, del que en particular lo ha ejecutado.
- **Transnacionalidad del delito.** En segundo lugar, y relacionado con lo primero, la determinación judicial de las personas autoras del cibercrimen suele complicarse debido a la transnacionalidad del delito⁹⁹. Ya no se trata, como en la criminalidad física, de que el delincuente haya podido trasladarse a otro país tras cometer el delito y haya que solicitar su entrega a las autoridades judiciales españolas, sino de que el delito haya sido directamente cometido desde el extranjero, con lo que los procesos para la identificación del cibercriminal requieren de la no siempre sencilla tarea de lograr colaboración de otros Estados.
- **Falta de denuncia de la víctima del cibercrimen.** Las razones son diversas y, probablemente, deban ser valoradas de distinta manera para según qué delitos. Al fin y al cabo la cibercriminalidad no viene a ser más que toda la criminalidad en el ciberespacio y la cifra negra no será idéntica para todas y cada una de las tipologías de delitos. Pero veamos estas razones:

a. Conducta criminal inadvertida: en muchas ocasiones la conducta criminal pasa directamente inadvertida, de modo que no es denunciada aunque haya sido consumada e incluso se hayan logrado los efectos criminales con la misma. Esto puede ocurrir con otros delitos cometidos en el espacio físico, pero de forma muy excepcional, dado que en él la visualidad de los efectos y consecuencias de las acciones es mayor.

⁹⁸ Vid. Miró Llinares, F.: Delincuencia asociada al ámbito de las Tic.

http://cv.uoc.edu/annotation/49e137c73e26ddcd8cd71e5e8e4b66cd/803643/PID_00195946/PID_00195946.html

⁹⁹ La **transnacionalidad** es la inexistencia de fronteras o distancias, ni aparentes ni reales, en un ámbito digital de interacción social que no pertenece a ningún Estado nacional concreto, pero que, a la vez, permite el acceso a sus servicios desde cualquiera de ellos.

Así puede ocurrir, por ejemplo, con las infecciones de virus maliciosos que produzcan daños en los sistemas informáticos, también con injurias y calumnias colgadas en sitios web y que sean percibidas por otros sujetos pero no por la víctima de las mismas, pero especialmente sucederá en el caso del *hacking* o acceso informático ilícito, conducta consistente en la mera intromisión en el sistema informático ajeno, y que en muchos casos, prácticamente en la mayoría, no será percibida por el titular del sistema. Incluso puede suceder que la víctima no perciba el ataque en el caso de las defraudaciones en el ciberespacio. Así, el intento de descubrir la comisión de fraudes informáticos puede implicar enormes costes debido a las comprobaciones minuciosas, etc., que pueden suponer mayores pérdidas que el propio perjuicio causado.

b. Percepción tardía del ataque. En otros casos, lo que sucede es que la víctima sí se percibe del ataque pero lo hace tarde, cuando el delito ha prescrito o cuando ya valora como absurdo presentar demanda judicial, dado que sospecha que habrá pocas posibilidades de que la policía identifique, detenga y logren procesar a los autores. Esto es frecuente en los ciberfraudes, especialmente, en relación con los bancarios, dado que puede suceder que la víctima se aperciba de que le falta dinero en su cuenta o de que le han imputado un gasto que no es propio después de que suceda. Desde luego esto es lo que ocurrirá en el *hacking* en aquellos casos en los que la víctima lo perciba, pues es prácticamente imposible que esta conducta delictiva sea visualizada por la víctima en el mismo momento en que acontece. También ocurrirá en las infecciones de virus con resultado de daños que, a veces, son percibidas por el sujeto pero no en otros casos, teniendo en cuenta, además, que el efecto del virus puede tener lugar en un determinado momento pero la infección puede haberse producido en otro muy anterior.

c. Falta de percepción como conducta delictiva. Otro factor a tener en cuenta como motivo de la cifra negra de la cibercriminalidad es que la propia víctima, que sí se percibe del ciberataque, ni siquiera valora el mismo como una conducta delictiva, por lo que no procede a denunciarlo. Esto ocurre especialmente en el caso de las infecciones de virus, de las que muchos desconocen que generalmente podría ser constitutiva de delito conforme a nuestro Código penal; pero también ocurre con gran parte del envío de *spam* que contiene mensajes de *scam* o *phishing*, que puede ser considerado como tentativa de estafa en algunos casos si no es utilización ilícita fraudulenta de la imagen de una empresa o estafa punible en el caso de que se cree una web para el *pharming* y aunque no haya pérdida patrimonial; desde luego sucede con el *hacking* o acceso informático ilícito que todavía no tiene la valoración social de comportamiento delictivo; e incluso puede ocurrir con los pequeños fraudes, con aquellos que producen una pérdida patrimonial tan ínfima para la víctima que puede pensar que ni siquiera resultan delictivos. Sin embargo, los ciberdelincuentes aprovechan esa menosprecio crónico de importancia de los delitos informáticos, puesto que una pérdida de 30 euros para una persona puede significar una ganancia mínima de 3.000 al infractor, ya que las estafas se dirigen a cientos de miles de personas en línea.

d. Dudas sobre la colaboración entre los Estados en materia de cibercrimen: No es lo mismo solicitar la extradición de una persona concreta por la comisión de un determinado delito, que solicitar a un Estado extranjero que investigue quién puede ser el sujeto que se halla detrás de una concreta IP, que presuntamente puede haber perpetrado una infracción penal. La práctica judicial demuestra que la fiscalía suele cesar en el intento de identificación cuando la IP se encuentra en Rusia o países similares relacionados con mafias de cibercriminales.

e. Falta de confianza en la justicia. En otras ocasiones la razón de la denuncia es precisamente la falta de confianza en las autoridades judiciales para la averiguación de los hechos, generalmente por la convicción de la dificultad que conllevará la identificación de los responsables. Esto ocurriría especialmente en los cibercrímenes económicos,

particularmente en aquellos en los que las pérdidas no sean dramáticas, y en los que la víctima preferirá la pérdida al propio gasto judicial debido a las dudas que le plantea el éxito del mismo. Al fin y al cabo todos los problemas de identificación y la cuestión de la transnacionalidad del ataque no son ajenos a la víctima, que los tendrá en cuenta a la hora de iniciar un proceso judicial incierto. Por el contrario, cuando la víctima constata que el ciberataque sea realizado por alguien conocido (aunque no esté identificado) o de nacionalidad propia, es más posible entonces que se denuncie con la esperanza de que se pueda identificar al agresor. Y lo mismo sucederá cuando la denuncia trate de borrar los efectos visibles del delito (en el caso de las injurias, calumnias o atentados a la dignidad de una persona por medio de una publicación en una página web o similar).

f. . Cifra negra en las empresas.

Es conveniente hacer mención a la cifra negra que generan algunas empresas, especialmente en el caso de los bancos, que prefieren asumir las pérdidas provocadas por ciberataques e indemnizar a sus clientes que hacer pública la vulnerabilidad de sus sistemas mediante la denuncia, dado que el coste provocado por la pérdida de clientes por su desconfianza puede ser superior al generado por la conducta criminal.

4. Problemas jurídico penales de la ciberdelincuencia

Los avances tecnológicos y las amenazas cibernéticas desafían al proceso de justicia penal ya sus actores. Mientras la práctica judicial sigue careciendo de una capacidad investigadora de la prueba digital y de procedimientos apropiados para garantizar su acceso y autenticidad, las fronteras abiertas por la computación en nube, las comunicaciones cifradas y la distribución en red de servicios informáticos irrumpen en el sistema jurídico y plantean problemas inéditos cuya solución no será fácil, tanto más por la dimensión globalizada y deslocalizada de los fenómenos que no siempre se ajustan al sistema de justicia penal tradicional. Hoy en día el investigador moderno, voluntaria o involuntariamente se ve proyectado a investigar un mundo paralelo e intangible, el ciberespacio.

Hay un conjunto de factores técnicos que dificultan la identificación y persecución del delito. Fundamentalmente la determinación de autoría y el lugar de comisión del delito y la competencia de jueces y tribunales para juzgar los hechos. Así mismo estos delitos exigen disponer de cierto nivel de conocimientos técnicos para la investigación de información digital almacenada en un sistema informático o de datos que están en tránsito de un sistema informático y otro (flujos informáticos o comunicaciones en tiempo real) y además contar con la capacidad de acceso transfronterizo a pruebas electrónicas o digitales.

Problemas de persecución: como ya hemos adelantado por el anonimato potencial del autor del delito y la ejecución a distancia propios de este medio.

Anonimato: el enmascaramiento del autor y el empleo de «personalidades virtuales» arroja incertidumbre e impunidad en la identificación del delincuente. Igualmente, debemos apuntar que muchos de estos delitos no son descubiertos, son descubiertos tarde o por puro azar. En este sentido, existe una «macro-victimización» muy difícil de determinar y cuantificar.

A través de Internet, detectar el terminal electrónico IP del ordenador a veces no resulta complejo, pero después hay que identificar al titular de la línea para lo que se precisa autorización del juzgado para que libre o autorice un mandamiento dirigido a los proveedores de acceso a Internet (ISPs) con el fin de que estos informen de cuantos datos poseen en orden a identificar a los usuarios de las direcciones IP, así como desde las líneas desde las que se efectúan las conexiones y sus titulares. La Ley 25/2007 de 18 de octubre de Conservación de Datos Relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, pretende solucionar el problema de contribuir a despejar el anonimato de los autores de delitos por medios informáticos, armonizando las obligaciones de los

proveedores de conservar determinados datos y de asegurar que estén disponibles la investigación, la detección y el enjuiciamiento de delitos graves. La referida Ley obliga a los operadores de telecomunicaciones a retener determinados datos generados o tratados por los mismos con el fin de entregarlos a los agentes facultados, en el caso de que le fueran requeridos por estos, entendiendo por tales agentes los pertenecientes a los cuerpos policiales, al Centro Nacional de Inteligencia y a la Dirección de Vigilancia Aduanera. Esta ley exige para la cesión de estos datos, con carácter general, la autorización judicial previa.

En resumen, la Ley 25 /2007 de 18 de octubre obliga a las empresas proveedoras de servicios de la información a la conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y redes públicas de comunicaciones, pretendiendo hacer frente a las dificultades de persecución de las formas de criminalidad que se sirven de Internet ya que la tarea de delimitar quien es el presunto autor en el medio digital depende tanto de la localización del dispositivo desde donde se ejecuta la acción como del contenido de las comunicaciones¹⁰⁰.

Sin embargo, lo más frecuente es que se trate de datos almacenados en operadoras de servicio en línea que operan fuera de las jurisdicciones nacionales y requieren solicitudes específicas para su obtención. En el caso de las pruebas digitales su eficacia probatoria también está condicionada por la posibilidad de su conservación dada su volatilidad y la necesidad de asegurar su disponibilidad a lo largo del tiempo de la investigación, de ahí la importancia de tener un régimen jurídico apropiado para la conservación de estos datos.

Delitos a distancia y competencia territorial: el ecosistema de Internet está intrínsecamente unido a la idea de globalización y a la *a- territorialización* del ciberespacio su utilización dificulta extraordinariamente determinar el lugar de comisión del delito y, en consecuencia, la competencia judicial para juzgar unos determinados hechos, así como esclarecer la autoría. La conducta delictiva puede tener su origen en uno o varios países y los resultados producirse, sin embargo, en otro u otros. Incluso, puede resultar difícil precisar dónde tiene lugar dicha acción, ya que la conducta delictiva «navega por la Red». Respecto a los delitos cometidos en la red o a través de ella, la existencia de un espacio unitario desmaterializado no se presta a la aplicación de las categorías tradicionales como a el *locus commissi delicti* (lugar de comisión del delito) y la jurisdicción, utilizadas en Derecho penal. Esto plantea muy serios problemas para determinar la competencia jurisdiccional para su enjuiciamiento, ya que la regla general tradicional del lugar de comisión del delito (principio de territorialidad, art. 23.1 LOPJ. Debe tenerse presente que, como habilitante de la competencia de los jueces y tribunales resulta difícilmente compatible con el mundo de Internet.

Desde el punto de vista de la cibercriminalidad la legislación penal y procesal concebida tradicionalmente para la comisión de un determinado territorio no es válida. Es cierto que el problema no es exclusivo de la cibercriminalidad, sino que es una de las consecuencias de la criminalidad transnacional. Al respecto hay dos soluciones, que pueden ser concurrentes:

- a) la armonización de las legislaciones nacionales y el reforzamiento de los mecanismos de cooperación internacional;
- b) el establecimiento de cláusulas de extraterritorialidad, tal y como ya existen en materia de terrorismo, genocidio o tráfico de personas, por citar algunos ejemplos.

En el supuesto de la cibercriminalidad, en el Código Penal se ha previsto la extraterritorialidad en la corrupción de menores (art. 189.1.b) del CP), donde se castiga la producción, venta, distribución, exhibición, ofrecimiento o facilitación de «la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya

¹⁰⁰ Sobre la utilización de un software intrusivo (troyano), SAP Islas Baleares, núm. 45/2017 de 28 de junio.

elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.»

Además, la solución puede buscarse también a través de esclarecer en qué lugar se entiende cometido el delito. Respecto del *locus comissi delicti* existen tres construcciones jurídicas que posibilitan la solución de este problema:

- a) La teoría de la actividad, según la cual el delito se entiende cometido donde el sujeto lleva a cabo externamente la conducta delictiva;
- b) La teoría del resultado: según ésta el delito se comete donde tiene lugar el resultado externo; y
- c) La teoría de la ubicuidad: de acuerdo con ella, el delito se entiende cometido donde se lleva a cabo la actividad o se manifiesta el resultado.

La cuestión no resulta pacífica en la doctrina ni en la jurisprudencia, aunque parece que la teoría de la ubicuidad, tiene más predicamento, tanto en derecho comparado como en nuestra doctrina y jurisprudencia. De acuerdo con dicha teoría, no se excluye la cuestión de la competencia porque, según ésta, todos los Estados en los que se ha realizado la conducta o se ha producido los resultados tendrían competencia para perseguir el delito. La solución a esta cuestión de competencia debería solventarse a través del principio de personalidad. Es decir, de entre todos los Estados en principio competentes, sería competente aquel del que sea nacional el autor. En el ámbito de la ciberdelincuencia puede adquirir una especial relevancia este principio, conforme al cual el Estado de origen del sujeto también tiene competencia para juzgar los hechos cometidos en otro Estado, aunque en él no se haya realizado la conducta ni producido los resultados. Sin embargo, esta solución resulta conflictiva en los supuestos de coautoría de personas nacionales de diversos Estados y, asimismo, cuando la conducta no es ilícita o tiene una calificación jurídica diferente en uno y otro. A ello se suman los problemas derivados de la existencia o no de Tratados de extradición, del contenido de esos Tratados y de la reticencia generalizada, por parte de todos los Estados, de entregar a sus nacionales para que sean juzgados en otro Estado.

Por último, subsiste la cuestión de si también tiene competencia jurisdiccional el Estado donde se han producido conductas de cooperación, como son las de los proveedores de servicios de Internet intermediarios. El problema surge desde el momento en que la teoría de la ubicuidad supone una extensión del principio de territorialidad de la ley penal que, para algunos autores, plantea problemas político-criminales e incluso jurídico-constitucionales. En todo caso, es evidente que de la intervención de diversos Estados en relación con un mismo hecho delictivo pueden surgir conflictos jurisdiccionales de carácter internacional, por lo que cada vez son más necesarios los Tratados de Cooperación jurisdiccional tanto en el ámbito de la Unión Europea como a nivel mundial. No hay que olvidar que junto al principio de territorialidad, rigen los principios de universalidad, de protección de intereses del Estado y de personalidad.

La investigación procesal: El mundo virtual ofrece mayores facilidades para la comisión de delitos: así las pruebas son endebles y fácilmente alterables (la evidencia digital), la lentitud en la tramitación de los procedimientos de investigación y enjuiciamiento favorece la destrucción o inutilización de las pruebas. Pero, al mismo tiempo, también las nuevas tecnologías constituyen un apoyo válido en la reconstrucción de hechos y proporcionan poderosas herramientas de investigación a los poderes públicos. El delito se introduce en un puerto de acceso bien localizado (en un estado) pero luego se almacena en otro lugar (ubicación del servidor) para que posteriormente pueda trasladarse a otros estados (el llamado fenómeno computación en nube). La necesaria volatilidad y la duración limitada en el tiempo requieren, por ultimo procedimientos legales para su conservación. Así las pruebas

digitales requieren la disponibilidad de herramientas de investigación de alta tecnología, capaces de acceder a ellas, incluso cuando están ocultas en la red oscura o gracias a tecnologías avanzadas de cifrado. Además debe prestarse atención a la cuestión de la compatibilidad de las técnicas de investigación y los procedimientos de adquisición de pruebas con las garantías de determinados derechos fundamentales. Surge así el delicado problema entre la capacidad del estado de hacer frente a una fenomenología criminal de nuevo cuño y el espacio de exclusión de la intimidad (habeas data) que el sistema constitucional garantiza a cada ciudadano-ciudadana frente a la intromisión de terceros.

Para la investigación de esta modalidad de delincuencia se han aprobado una batería de medidas de investigación tecnológica previstas en la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. Esta reforma procesal fue especialmente creada para investigar delitos informáticos y descubrir la identificación del autor del delito, por lo que incide directamente en los arts. 18 y 24 de la Constitución Española, ya que introduce cambios jurídicos sustantivos y procesales que afectan a la intimidad.

La investigación de ciertos delitos informáticos no solo requiere profundizar en la obtención de indicios a través de diferentes medios de prueba de naturaleza personal (testigos protegidos, agentes encubiertos virtuales), sino del acceso a nuevas tecnologías de información y de la comunicación, en sus diferentes ámbitos y de la posibilidad de incorporación este material al proceso penal.

De ahí que en el ámbito de la ciberdelincuencia es imprescindible **el recurso a medidas de tecnovigilancia**. Medidas de investigación tales como: intervención y registro de comunicaciones de cualquier clase, dispositivos para el seguimiento y geolocalización, para la captación de la imagen o el sonido en espacios abiertos o cerrados, acceso a dispositivos de almacenamiento masivo o el registro remoto del ordenador.

En el ámbito de busca de pruebas, por ejemplo, el uso de captadores computarizados (troyanos que pueden ser inoculados físicamente a distancia en computadoras, tabletas, teléfonos inteligentes y pueden funcionar como instrumentos itinerantes de interceptación. El troyano es una herramienta de investigación totalmente nueva con la que es posible buscar, incautar documentos, así como interceptar y capturar imágenes y sonidos además de proporcionar información precisa sobre la geolocalización. Se trata de una remodelación y redefinición de los límites en el uso de las técnicas de investigación conectadas a las nuevas tecnológicas que resultan invasivas. Realmente, el uso de virus espía, es decir, de programas definidos como caballos de Troya que se ocultan en aplicaciones comunes muy difundidas, por medio de las cuales se instalan en el dispositivo del usuario debería considerarse a todos los efectos como piratería informática y, como tal, potencialmente un acto ilegal (salvo cuando esta autorizado). Todas estas diligencias suponen una profunda afectación de los derechos al secreto de las comunicaciones, la intimidad, y el derecho a la protección del propio entorno virtual (vid. principios rectores del art. 588 bis a)¹⁰¹. El

¹⁰¹ Pero se pueden señalar algunos puntos críticos **1. Ámbito material prácticamente ilimitado** (art. 588 sexies c) Delitos dolosos castigados con pena de máxima de tres años de prisión, Delitos cometidos en el seno de un grupo o organización criminal (concepto amplio de grupo, castigo de actos preparatorios y la colaboración imprudente). Delitos cometidos por medio de instrumentos informáticos o de cualquier tecnología de la información o la comunicación, con lo cual es indiferente la gravedad del ilícito cometidos. **2. Alcance subjetivo de las medidas limitativas**. Pues afectan por naturaleza a todas las personas que mantienen comunicación con el imputado. **3. Acrítica admisión de registros remotos**: imprecisión legal y puede acordarse esta medida de investigación de cualquier delito cometido a través de instrumentos informáticos o de la comunicación (art. 588

garantismo penal cobra aquí máxima importancia para respetar las exigencias del art. 18 de la Constitución española.

También se aprecia en este ámbito un renovado protagonismo de los **Servicios de inteligencia**. La rápida evolución de las ciberamenazas aconseja una aproximación más proactiva de la ciber inteligencia. Su integración en el esquema conjunto de ciberseguridad es un elemento clave para el conocimiento de la situación y la necesaria alerta temprana que permita anticiparse a las acciones de los potenciales adversarios a través del conocimiento de las capacidades y técnicas, tácticas e intenciones. Es necesario fomentar el empleo de mecanismos y medios que permitan una oportuna investigación y persecución de los autores para incrementar las capacidades de atribución

Y que exista: Unidad de acción, anticipación, eficiencia y co- participación de información.

Los servicios de inteligencia no se proyectan en el mismo plano que el generalmente atribuido por los ordenamientos jurídicos a la policía, no operan en el mismo ámbito trazado por la descripción de los hechos delictivos, sino en la campo de las situaciones pre delictuales, esto es, cuando todavía no son delictivas - y a lo mejor nunca lo sean- pero constituyen un riesgo potencial para la seguridad. La inteligencia se elabora a veces con información incompleta, contradictoria y de muy diversa fiabilidad.

Hay una diferencia clara entre actividad policial y actividad de inteligencia: las actuaciones policiales se inscriben en el marco del proceso penal con referencia a hechos tipificados por leyes y está orientada al acopio de evidencias destinadas a servir de prueba de cargo. Su finalidad es la represión de hechos delictivos, de ahí que su práctica se exija conforme a unas estrictas garantías¹⁰².

Por el contrario, la actividad de inteligencia es permanente, opera sobre toda persona, actividad u organización que pueda considerarse una amenaza o riesgo potencial para la seguridad. Se trata de actuaciones extrapenales, preventivas y prospectivas. Por el contrario, los servicios de inteligencia no tienen que probar ningún hecho, sino aportar al estado *conocimiento* en términos de probabilidades sobre un fenómeno social que constituye una amenaza potencial para la Seguridad nacional. No obstante, la expansión de la categoría de la Seguridad nacional ha comportado un protagonismo creciente de los servicios de inteligencia y la influencia de sus métodos en otros actores estatales.

Las investigaciones desarrolladas por la policía y los servicios de inteligencia deberían ser diferentes, tanto por sus finalidades como por sus tiempos y metodologías, sin embargo, la irrupción de fenómenos delictivos en las agendas de seguridad nacional catalogadas como amenazas como es con el terrorismo, criminalidad organizada y ciberdelincuencia han contribuido a difuminar estas diferencias. Así mismo, la policía ante el éxito y prestigio de los servicios de inteligencia comenzaron a imitar los medios y técnicas de estos. Este aspecto es esencialmente claro al comprobar el uso creciente de nuevas herramientas de vigilancia potenciados por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (y en la creación de bases de datos destinadas a esclarecer delitos). Por último, al tratarse el terrorismo, la criminalidad organizada y la ciberdelincuencia de fenómenos globales o transnacionales presentan rasgos

septies a 1 letra e); 4. **Periodo de vigilancia confiado al arbitrio del juez de instrucción:** por lo que abundan los peligros inherentes a las vigilancias sistemáticas.

¹⁰² González Cussac, J.L.: “El papel de los servicios de inteligencia en la investigación desde la perspectiva de un Derecho Penal global. en Ius Puniendi y Global Law” en Hacia un Derecho Penal sin Estado, A. Nieto Martín (dir) Beatriz García Moreno, Tirant Lo Blanch, Valencia 2019, págs. 523-532.

comunes, lo que acelera un enfoque semejante por parte de muchos Estados y de organizaciones internacionales. Todo ello determina que las respuestas, tanto políticas como jurídicas como de inteligencia y policiales, sean comunes, por lo que podría decirse globales o transnacionales. A lo que sigue el incremento de la necesidad de armonización legislativa, de cooperación internacional y sobre todo el flujo de informaciones compartidas constituyen hoy en día un renacimiento de lo que se considera materias clasificadas o secreto de Estado. El Derecho Penal tiene la misión de responder estas nuevas amenazas y desafíos haciendo uso de sus técnicas e instrumentos, pero sin olvidar sus principios estructurales y en especial el principio de *última ratio*. Hoy en día se enfatiza la necesidad de un sistema penal eficaz frente a las nuevas formas de criminalidad propias de un mundo globalizado. Pero el Derecho Penal no puede convertirse en un sistema que deseche la Justicia. Además, el garantismo penal cobra aquí máxima importancia.

5. Marco normativo internacional de la ciberdelincuencia.

La dimensión transnacional de la ciberdelincuencia ha obligado a adoptar soluciones a nivel internacional. En el ámbito de las Naciones Unidas, debemos citar el Manual de las Naciones Unidas para la Prevención y Control de Delitos Informáticos, de 1977. En el ámbito del Consejo de Europa, destaca el Convenio sobre el Cibercrimen, aprobado en Budapest en 2001 y vigente desde julio de 2004. Y, por último, a nivel comunitario, el objetivo de armonización del Derecho Penal en la Unión Europea ha tomado un giro más decidido a partir de la firma del Tratado de Lisboa en 2007, que opta por la Directiva en vez de por la Decisión Marco para conseguir una mayor armonización de disposiciones relativas a las infracciones con dimensión transfronteriza de especial gravedad, entre las que se encuentra la delincuencia informática. De todos estos instrumentos el más importante es el Convenio sobre la Ciberdelincuencia, adoptado en Budapest el 23 de noviembre de 2001.

6. 1. Convenio de Ciberdelincuencia del Consejo de Europa

Con el objetivo de establecer una política común y armonizar la cooperación internacional, motivado por las amenazas que supone la evolución de las TIC, la globalidad, la posible desvinculación de los lugares de origen y resultado, la posibilidad de provocar daños supranacionales el Comité de Ministros del Consejo de Europa sancionó el Convenio de Budapest en 2001. Este Convenio pretende armonizar la legislación de los diversos Estados que lo ratifiquen, no sólo en materia de derecho penal sustantivo, sino también de derecho procesal para hacer frente a ese tipo de delincuencia (55 Estados lo han ratificado). El Convenio de Budapest es el marco de referencia para la lucha contra la ciberdelincuencia, y es la base de la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto.

Su principal objetivo es armonizar las normas penales y procesales contra el cibercrimen, y el fomento de la cooperación internacional¹⁰³. El Convenio tiene cuatro capítulos, en los que, además de definirse una serie de terminologías en común, se establecen tres ejes esenciales para hacer frente a los delitos informáticos:

El primer eje define los delitos informáticos y los clasifica en cuatro categorías:

- a) **Delitos que tienen a la tecnología como fin:** son aquellos que atentan contra la confidencialidad, integridad o disponibilidad de la información. Por ejemplo, el daño informático, el acceso ilícito a un sistema, etc.
- b) **Delitos que tienen a la tecnología como medio:** son delitos ya conocidos que se cometen a través de un sistema informático. Son delitos comunes que ya se encuentran tipificados en la mayoría de las legislaciones, ampliados a los medios digitales. Ejemplo, el fraude monetario o la falsificación de datos digitales.

¹⁰³ **Ciberseguridad: cómo combate la UE las amenazas cibernéticas**
<https://www.consilium.europa.eu/es/policies/cybersecurity/>

- c) **Delitos relacionados con el contenido:** se establecen como delitos diversos aspectos de la producción, posesión y distribución electrónica de pornografía infantil.
- d) **Delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual:** se refiere a la reproducción y difusión en Internet de contenidos protegidos por derechos de autor, sin la debida autorización.

En el segundo eje se tratan las normas procesales: se establecen los procedimientos para salvaguardar la evidencia digital, así como las herramientas relacionadas con la manipulación de esta evidencia. Esta sección alcanza a cualquier delito cometido por un medio informático o cualquier tipo de evidencia en formato electrónico. El Convenio establece procedimientos buscando una armonización normativa común procesal y de investigación, sobre los siguientes conceptos:

- a) Conservación rápida de datos informáticos almacenados.
- b) Conservación y revelación parcial rápida de datos conservados.
- c) Órdenes emitidas a personas o proveedores de comunicación de datos. Registro, confiscación e interceptación de datos.
- d) Obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico.
- e) Asistencia mutua en relación con el acceso a datos almacenados.
- f) Acceso transfronterizo a datos almacenados, con consentimiento o cuando sean accesibles al público.
- g) Asistencia mutua para la obtención en tiempo real de datos relativos al tráfico.
- h) Asistencia mutua en relación con la interceptación de datos relativos al contenido.

El tercer eje contiene las normas de cooperación internacional. Se trata de reglas de cooperación para investigar cualquier delito que involucre evidencia digital, ya sean tradicionales o informáticos. Incluye disposiciones relativas a la localización de sospechosos, recolección o envío de evidencia digital, e incluso lo referente a la extradición.

A tal efecto, el Convenio refuerza la Cooperación Internacional, estableciendo unas que se habilitan los siguientes procedimientos:

- a. Extradición.
- b. Asistencia mutua (policía, aduanas, tribunales), en investigaciones o al objeto de obtención de prueba electrónica, respecto de conservación y acceso a datos informáticos.
- c. Traslado de información espontánea, es decir, que, sin necesidad de solicitud previa, una Parte podrá comunicar a otra la información que resulte de sus propias investigaciones si considera que ésta puede iniciar investigaciones o procedimientos en relación con delitos que se abordan en el Convenio, o cuando esta información provocare la petición de cooperación.
- d. Comunicación directa entre autoridades judiciales para la solicitud de asistencia, en casos de urgencia.
- e. Creación de la Red 24/7, designando cada Parte un punto de contacto permanente, garantizando la inmediatez de la asistencia (Comisaría Superior de Policía/Ministerio del Interior).¹⁰⁴

La Instrucción de la Fiscalía General del Estado 2/2011 en sintonía con lo previsto en el Convenio, distingue (LEER NO ESTUDIAR):

1. Delitos en los que el objeto de la actividad delictiva son los propios sistemas informáticos o las TICs.

¹⁰⁴ Video explicativo sobre el Segundo Protocolo 2022 del Convenio de Budapest:
<https://vimeo.com/646021796>

Delitos de daños, sabotaje informático y ataques de denegación de servicios previstos y penados en el art. 264 CP y concordantes.

Delitos de acceso sin autorización a datos, programas o sistemas informáticos previstos y penados en el art. 197 CP

Delitos de descubrimiento y revelación de secretos del art. 197 cometidos a través de las TICs o cuyo objeto sean datos que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos electrónicos o telemáticos.

Delitos de descubrimiento y revelación de secretos de empresa previstos y penados en el art. 278 CP cometidos a través de las TICs o cuyo objeto sean datos que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos o electrónicos.

Delitos contra los servicios de radiodifusión e interactivos previstos y penados en art. 286 CP

• **Delitos en los que la actividad criminal se sirve para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TICs.**

- Delitos de estafa previstos y penados en el art. 248.2 a 9 b) y c) CP siempre que, en los supuestos a) y b) se utilicen las TICs para llevar a efecto la transferencia u operación de cualquier tipo en perjuicio de otro.
- Delitos de acoso a menores de 13 años, *child grooming*, previstos y penados en el art. 183 CP cuando se lleve a efecto a través de las TICs.
- Delitos relativos a pornografía infantil o referida a personas discapacitadas previstos y penados en el art. 189 CP cuando para el desarrollo y/o ejecución de la actividad delictiva se utilicen las TICs.
- Delitos contra la propiedad intelectual de los arts. 270 CP y ss. cuando se cometan utilizando las TICs.
- Delitos en los que la actividad criminal, además de servirse para su ejecución de las ventajas que ofrecen las TICs, entraña especial complejidad en su investigación que demanda conocimientos específicos en la materia. Delitos de falsificación documental de los arts. 390 y ss. y ss. cuando para la ejecución del delito se hubieran empleado las TICs siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad técnica en la investigación criminal.
- Delitos de injurias y calumnias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma previstos y penados en los art. 211 y ss. cometidos a través de las TICs siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.
- Delitos de amenazas y coacciones previstos y penados en los art. 169 y ss. y ss. cometidos a través de las TICs siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.
- Delitos contra la integridad moral previstos y penados en el art. 173.1 cometidos a través de las TICs siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.
- Delitos de apología o incitación a la discriminación, el odio y la violencia o de negación o justificación de los delitos de genocidio previstos y penados en los arts. 510 y 607.2 del CP cometidos a través de las TICs siempre que dicha circunstancia fuera determinante en la actividad delictiva y generara especial complejidad en la investigación criminal.
- Cualquier **otro tipo delictivo** en cuya ejecución haya sido determinante la utilización de las TICs y en los que dicha circunstancia genere una especial complejidad en la investigación criminal.

8.1. Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los Sistemas de información

El objetivo de la Directiva 2013/40/UE de 12 de agosto del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los ataques contra los Sistemas de información, es endurecer las penas contra el *hacking ilegal* y aproximar las normas de Derecho penal de los Estados miembros en materia de ataques contra los Sistemas de información, mediante el establecimiento de normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y las sanciones aplicables, de manera que las mismas conductas criminales sean castigadas de forma unitaria en todos los Estados miembros de la Unión.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del CP, llevó a cabo la transposición de la Directiva 2013/40/UE al ordenamiento penal interno. Las modificaciones más destacadas son:

- Se introduce el delito de facilitación o la producción de programas informáticos o equipos específicamente diseñados o adaptados para la comisión de estos delitos.
- Se regulan separadamente los supuestos de delitos daños informáticos a los datos o a los equipos informáticos (delitos contra la propiedad) de las interferencias en los sistemas de información (delitos contra la intimidad)¹⁰⁵.
- En los delitos contra la intimidad se da una nueva redacción al art. 197 bis que castiga el *hacking* (*intrusismo e interceptación de comunicaciones*)¹⁰⁶.

El intrusismo informático o *hacking* es el conjunto de comportamientos de acceso o interferencia no autorizados de forma subrepticia a un sistema informático o a una red de comunicaciones y la utilización de los mismos sin autorización o más allá de la misma. Las prácticas más habituales de *hacking* son el descifrado de contraseñas (*password guessing*), la creación de puertas traseras (*backdoors*), la instalación de caballos de Troya, trampas bombas lógicas, la interceptación de paquetes de datos (*sniffers*) el acceso o control remoto (*remote Access tools*, RAT) o el apoderamiento de información entre otros.

Dentro de los delitos contra la intimidad también se castiga de forma específica la difusión de sin consentimiento de imágenes o grabaciones de tipo íntimo de otra persona, que en su día se **obtuvieran con el consentimiento** de la víctima (art. 197.7).

Dentro de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, se amplía la regulación de *grooming*, en el art. 183 del C que supone el ciberacoso de adultos a través de las TIC hacia

¹⁰⁵ **Art. 197 ter:** Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 197 o el artículo 197 bis:

a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o
b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

¹⁰⁶ **Artículo 197 bis**

1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses.

Artículo 197 quater: Si los hechos descritos en este Capítulo se hubieran cometido en el seno de una organización o grupo criminal, se aplicarán respectivamente las penas superiores en grado.

menores de 16 años para obtener fotografías o vídeos de contenido íntimo y con el fin de conseguir un encuentro físico real para abusar del menor. Con la reforma de la LO 1 /2015 se aumenta la protección de los menores frente a este tipo de abusos cometidos a través de internet y las TIC, debido a la facilidad de acceso y el anonimato que proporcionan estas modalidades, creando un nuevo apartado en el art. 183 del CP destinado a sancionar al que a través de medios tecnológicos, contacte con un menor de 16 años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas. En los delitos contra la propiedad intelectual e industrial (comerciar ilícitamente con software), entre otros aspectos se tipifican expresamente la **neutralización de las medidas tecnológicas** utilizadas para evitar el plagio y demás conductas asociadas a estos delitos, la elusión o facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección de la propiedad intelectual llevada a cabo con la finalidad de **facilitar a terceros el acceso no autorizado** a las mismas, cuando esta conducta se ejecuta con intención de obtener un beneficio económico directo o indirecto. Se tipifica la facilitación del acceso o localización de obras o prestaciones protegidas ofrecidas en internet en forma no autorizada. En estos casos, la orden de retirada de las obras o prestaciones objeto de la infracción dispuesta por la autoridad judicial estará referida tanto a los archivos que contengan las obras o prestaciones protegidas como a los enlaces u otros medios de localización de las mismas¹⁰⁷.

Se tipifican los **delitos de incitación al odio y a la violencia**, y se prevé una **agravación** de la pena para los supuestos de **comisión de estos delitos a través de internet** u otros medios de comunicación social, así como para los supuestos en los que se trate de conductas que, por sus circunstancias, o por el contexto en el que se produzcan, resulten idóneas para alterar la paz pública o menoscabar gravemente el sentimiento de seguridad de los integrantes de los grupos afectados.

7. Tratamiento en el CP de los Delitos Informáticos o Ciberdelitos

En España la ciberdelincuencia se regula en el propio CP desechando la opción de una ley penal especial. No hay un título específico dedicado a los delitos informáticos ni a delitos cibernéticos o una norma común que facilite su tratamiento y sanción. Existe una importante dispersión normativa pues la distintas figuras están diseminada a lo largo del articulado del CP ubicándose en distintos capítulos en función del bien jurídico protegido.¹⁰⁸ Estos delitos son el resultado de la adaptación del CP español a la normativa comunitaria y al Convenio de Ciberdelincuencia de Budapest.

Recientemente, la LO 8/2021 de Protección Integral de la Infancia y la Adolescencia contra la violencia vigente desde el 25 de junio de 2021, ha incluido 4 nuevos delitos, todos cometidos a través de medios tecnológicos y de la comunicación, castigando a quienes, a través de estos medios promuevan, entre personas menores de edad o con discapacidad necesitadas de especial protección:

- **Art. 143 bis CP:** La distribución o difusión pública a través de internet, teléfono u otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente

¹⁰⁷ Muy importante art. 256 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, para la investigación de fraudes a la propiedad intelectual e industrial en el ámbito civil. Solicitud de identificación a los prestadores de servicios

¹⁰⁸ Otra normativa importante: La Ley de Seguridad Nacional: la Estrategia Nacional de Ciberseguridad y el Esquema de Seguridad Nacional. Reglamento (UE) 2016/679 de 27 de abril de 2016, Reglamento general de protección de datos (La Ley Orgánica de Protección de Datos y el Reglamento de Desarrollo)

destinados a promover, fomentar o incitar el *suicidio de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*¹⁰⁹

Art. 156 ter: La distribución o difusión pública a través de internet, teléfono u otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar *la autolesión de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección*.

Art. 189 bis: La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos contra la libertad o indemnidad sexual del menor.¹¹⁰

Art. 361 bis: la distribución o difusión pública a través de internet, teléfono u otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, o facilitar entre de menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas.¹¹¹

7.1 Delitos contra la intimidad cometidos a través de medios informáticos:

7.1.1. Delito de descubrimiento y revelación de secretos.

Se contiene en el art. 197.2 los llamados delitos informáticos, aunque son delitos contra la intimidad de las personas mediante el uso de la informática y las comunicaciones. Se tutela

¹⁰⁹ **Artículo 143 bis:** La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar al suicidio de personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección será castigada con la pena de prisión de uno a cuatro años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

¹¹⁰ **Artículo 189 bis:** La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover, fomentar o incitar a la comisión de los delitos previstos en este capítulo y en los capítulos II bis y IV del presente título será castigada con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

¹¹¹ **Artículo 361 bis** La distribución o difusión pública a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información o de la comunicación de contenidos específicamente destinados a promover o facilitar, entre personas menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, el consumo de productos, preparados o sustancias o la utilización de técnicas de ingestión o eliminación de productos alimenticios cuyo uso sea susceptible de generar riesgo para la salud de las personas será castigado con la pena de multa de seis a doce meses o pena de prisión de uno a tres años.

Las autoridades judiciales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de los contenidos a los que se refiere el párrafo anterior, para la interrupción de los servicios que ofrezcan predominantemente dichos contenidos o para el bloqueo de unos y otros cuando radiquen en el extranjero.

la intimidad pero en su aspecto de libertad informática garantizada en el art. 18.4 de la Constitución Española, esto es, el derecho a la protección de los datos personales como manifestación del control que tiene cada persona sobre sus propios datos.

En definitiva, lo que se protege penalmente es la **libertad informática o habeas data**, o también llamada el **derecho a la autodeterminación informática**, esto es, delitos que atentan contra la intimidad de las personas, o más ampliamente, haciendo uso de los datos personales insertos en un programa informático. La jurisprudencia ha definido la libertad informática protegida como el **derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos**, lo que constituya una dimensión positiva de la intimidad.

Como requisito se exige que dichos datos se encuentren incorporados a ficheros o registros, por lo que, de no existir esa incorporación, como pueda ser el caso de recogida ilícita de datos personales con fines informáticos o creación clandestina de ficheros o bancos de datos personales con fines de automatización, estaríamos ante una infracción administrativa que se prevé en el Reglamento (UE) 2016/679, de 27 de abril, de protección de datos y la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

El art. 197.2 castiga al que sin estar autorizado y *en perjuicio de tercero* se **apodere** (en el sentido de tomar o coger), **utilice** (aprovechamiento de dichos datos reservados); o **modifique** (de tal forma que se alteren o trasformen) **datos reservados de carácter personal o familiar registrados (ficheros, soportes informáticos, electrónicos o en cualquier tipo de archivo o registro público o privado**. Es decir, lo que se tipifica es la conducta de acceder a estos, visualizando, alterando o utilizando la información contenida en ellos.

También se castiga al que sin estar autorizado, acceda por cualquier medio a los mismos y a quien los altere o utilice en perjuicio del titular de los datos o de un tercero.

Por tanto, lo que se tipifica es toda acción de tomar, coger o poner bajo su poder o control, así como copiar.

Como requisitos del tipo penal, se exige:

-Un hecho de **apoderamiento, utilización o modificación** de datos.

-Concurrencia de una **voluntad de descubrir o conocer secretos** de información privada ajena.

- Que la indicada información privada tenga verdaderamente unas características de **datos reservados u ocultos**.

El delito se agrava cuando en el apoderamiento, además del móvil inicial de conocer los secretos de otro u otros, concorra el ánimo de desvelar o de divulgar en perjuicio de tercero.

La consumación del delito se produce desde el momento que se realice la acción, **sin que se requiera el efectivo perjuicio al tercero**.

El objeto material de las dos partes en las que se estructura el delito será el mismo, los datos reservados de carácter personal o familiar de un tercero. Cuando se habla de datos reservados se ha de interpretar como todo dato de conocimiento restringido, por tanto, no público, y que afecten de manera directa a la vida personal o familiar. Si se trata de datos sensibles

(ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual), se aplica el tipo agravado en el art. 197.5.¹¹²

Los datos reservados han de constar **registrados en ficheros o soportes** informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado.

Un **amplio sector doctrinal** considera que **todos los datos incorporados a un soporte informático son reservados**, sin embargo, otro sector minoritario opina que, por el contrario, los **datos reservados son los que pertenecen exclusivamente al núcleo duro de la privacidad**. Parece que el legislador al utilizar la expresión “reservados” se refiere a los datos que directamente afectan a la *privacy*, incluso fuera del sistema informático -salud, ideología, creencias-, de forma que la tutela administrativa operaría para el resto de los datos personales. Sin embargo, para acoger esta interpretación se debería obviar el subtipo agravado incluido en art.197.5, referido a los datos que afecten al núcleo duro de la privacidad

En este sentido, múltiples son los ejemplos admitidos jurisprudencialmente, como puede ser el certificado de vida laboral, donde se recogen datos personales, laborales y económicos de una persona pues los datos económicos, entre otros, también hacen referencia a la intimidad de la persona. Igualmente, los datos contenidos en ficheros de la Tesorería General de la Seguridad Social

La **pena** prevista para ambas modalidades delictivas son prisión de uno a cuatro años y Multa de doce a veinticuatro meses

Las conductas realizadas se agravan en dos supuestos:

- a. Si los actos de descubrimiento o apoderamiento los llevan a cabo las personas responsables de los ficheros o soportes, archivos o registros.
- b. Si se llevan a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima. Esto es, una especie de suplantación de identidad de los datos personales víctima (uso no autorizado del nombre, identificador, contraseña, ..)

Relaciones concursales: La conducta, en tanto en cuanto va destinada a causar un perjuicio a tercero, podrá entrar en concurso con un delito de apropiación indebida o estafa, en cuyo caso estaríamos ante un **concurso medial**.

El art. 197.2 del CP complementaría así la regulación administrativa contenida en la LOPD, estableciendo sanción a los ataques contra los «datos reservados de carácter personal o familiar», de modo que comete este delito el *hacker* que accede a datos reservados de esta índole.

8.1.2. Acceso ilícito o intrusismo informático o hacking.

El art. 197 bis sanciona:

«1. El que por cualquier medio o procedimiento, vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, y sin estar debidamente autorizado, acceda o facilite a otro el acceso al conjunto o una parte de un sistema de información o se mantenga en él en contra de la voluntad de quien tenga el legítimo derecho a excluirlo, será castigado con pena de prisión de seis meses a dos años.

¹¹² Art. 16.2 de la Constitución Española y art. 7.2 y 3 de la Ley Orgánica 5/1992 Tratamiento automatizado de datos de carácter personal

2. El que mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, y sin estar debidamente autorizado, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos, será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años o multa de tres a doce meses».

Elementos del Art. 197 bis CP (privacidad como allanamiento informático):

- a. Acceder/facilitar el acceso a todo/parte del sistema de información
- b. Sin autorización (desconocida, ignorada, subrepticia) por cualquier medio/procedimiento (por encima del hombro)
- c. vulnerando las medidas de seguridad impuestas, o
- d. Mantenerse en un sistema informático ajeno contra la voluntad de su titular, o
- e. Usar artificios/instrumentos técnicos, sin estar autorizado, para interceptar transmisiones no públicas de datos informáticos, que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluyendo en tal sus emisiones electromagnéticas.

Característica común a los tipos penales incluidos contra la intimidad es la ausencia de consentimiento del titular de los datos registrados en el sistema informático, pues si presta el consentimiento o si esta tolera las intrusiones -a veces mediante fórmulas tácitas- o si la protección del dato o sistema informático es socialmente tenida por deficitaria --teoría de la expectativa razonable de privacidad--, no hay delito.

Sin embargo, en el art. 197 bis, el ataque a la privacidad se produce por un modo de "allanamiento informático" -que puede ser *hacking blanco*-, esto es, se pena la mera intrusión en esferas tecnológicas en donde normalmente se guardan privacidades e intimidades -eso sí, con dolo reduplicado, pues a la constancia de no autorización expresa para acceder o mantenerse en el sistema, se suma la voluntad de vulnerar las claves de protección impuestas al sistema, aunque sean favorecedoras, facilitadoras de posibles posteriores ataques inmisivos--, de modo que no es imprescindible que estas se hallen llenas de contenidos o datos, ni que estos sean secretos *strictu sensu*, porque la protección legal de la privacidad es aquí meramente formal -no material-, y la protección penal se dispensa al medio, por la antijuridicidad que revelan los medios empleados para acceder (vulnerando las medidas de seguridad impuestas), lo mismo que el delito de allanamiento de morada protege la intimidad como una realidad distinta de la propiedad que pueda haber dentro de una casa.

Son delitos que protegen más que la información, la seguridad de la información, en la creencia de que hoy día, es a través de estas tecnologías que protegemos nuestra privacidad frente a terceros.

En definitiva, el art. 197 bis sanciona el llamado «hacking» criminal, consistente en el acceso inconsentido al propio sistema informático, a informaciones ubicadas en el sistema o en la red de comunicaciones (bases de datos, servidores, *software*, etc.) o a transmisiones privadas de datos, sin permiso del titular y sin necesidad de móvil o acción posterior alguna. Se diferencia del «cracking», que examinaremos después, en que no causa daños o no inutiliza el sistema.

Se castiga, por tanto, el mero hecho de saltarse las barreras de seguridad informáticas (*firewalls*, sistemas de detección de intrusión *IDS*, etc.), que se reputa como un atentado contra el derecho a la «intimidad informática», pero siempre que exista como resultado un acceso o mantenimiento en el mismo sin autorización.

El acceso a los datos o al sistema (que incluye el *software* y el *hardware*) puede lograrse por cualquier medio o procedimiento, pero siempre vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, lo que permite concluir que la inexistencia de medidas de seguridad informática determina la atipicidad del acceso. A tales efectos, tendrá la consideración de medida de seguridad toda aquella que se haya establecido con la finalidad de impedir el acceso al sistema, con independencia de que la misma sea más o menos sólida, compleja o robusta y también de que haya sido establecida por el administrador, el usuario, o por el instalador del sistema, siempre que se mantenga operativa como tal medida de seguridad por quien está legitimado para evitar el acceso.

La segunda modalidad de conducta castigada de este párrafo consiste en mantenerse dentro del sistema contra dicha voluntad.

En ambos casos se repite el requisito de la falta de una autorización cuyo titular no se indica, pero que debe entenderse en relación con quien pueda otorgarla, ya sea la persona a la que tales datos se refieren, ya sea el que tenga el legítimo derecho a la exclusión de terceros. Con esta salvedad se otorga cobertura al llamado «hacking» ético, que es desarrollado por expertos en seguridad informática con el objeto de detectar y corregir vulnerabilidades en los sistemas por encargo de su titular.

Son objeto de persecución penal también la interceptación de comunicaciones entre sistemas o equipos. En este sentido, el art. 197 bis incorpora como conducta delictiva el llevar a cabo, sin autorización y mediante la utilización de artificios u instrumentos técnicos, la interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas las emisiones electromagnéticas de los mismos. Es decir, es objeto de persecución penal no solo la interceptación de comunicaciones personales, que ya estaban recogidas en el Código, sino también aquellas interceptaciones que se produzcan entre sistemas o equipos (por ejemplo, las transmisiones entre un banco y las cámaras de compensación bancarias). En concreto, se castiga interceptar -emisiones o transmisiones entre sistemas, diálogos entre máquinas, no humanas, transmisiones automáticas entre equipos, máquinas, cuyos rastros y datos pueden dar información sobre costumbres privadas de un usuario, por ejemplo, si hay conexión con un *router* o si se está con un aparato encendido, que pueden dar información locativa o temporal sobre las costumbres de una persona-.

8.1.3. Facilitación de programas o contraseñas para interceptar o acceder a un sistema de información (art. 197 ter)

Art. 197 ter:

«Será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de tres a dieciocho meses el que, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los apartados 1 y 2 del art. 197 o el art. 197 bis:

- a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer dichos delitos; o
- b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información”

Se considera delictiva tanto la producción como la adquisición para su uso, la importación o facilitación a terceros, de programas informáticos concedidos o adaptados para cometer delitos informáticos (herramientas de piratería informática), y también proporcionar contraseñas de ordenador o códigos de acceso que permitan acceder a todo o parte de un sistema de información (art. 197 ter).

En este sentido, se podrá estar hablando de programas informáticos maliciosos, incluidos los que permiten crear redes infectadas, que se utilizan para cometer ciberataques. Ahora bien, únicamente se tipifican estas conductas cuando los instrumentos se han creado para llevar a cabo esas conductas, pues podría suceder que instrumentos que son capaces de llevar a cabo esas conductas, tienen un origen legítimo.

Si se usan programas o las claves de acceso y se accede, no se producen dos delitos, sino que este se absorbe por el de descubrimiento que supone la acceso a su través¹¹³.

Se trata de auténticos adelantamientos de la barrera de protección, en vía penal, precisamente centrados en defender las medidas de seguridad que los dispositivos tecnológicos tienen programadas por defecto, de cara a amparar cualquiera que sea la privacidad, consciente o inconsciente, que residenciamos en los constantes días de uso del mismo.

Otras cuestiones

En estos delitos, que están dentro de lo que se denomina «espionaje informático», está prevista la agravación de la pena cuando aquéllos se cometan en el seno de una organización o grupo criminal (art. 197 quater), así como la previsión de eventual responsabilidad penal de la persona jurídica (art. 197 quinquies).

Todas estas modalidades de protección contra ataques tecnológicos contra las diversas manifestaciones de nuestra privacidad, se conciben como delitos semipúblicos, y en consecuencia, exigen denuncia previa del ofendido --salvo que afecten a intereses generales compatibles con lo privado o a una pluralidad de personas-- y su perdón sólo extingue la acción penal, no la pena.

8.2. Delitos contra el patrimonio

8.2.1 Estafa Informática:

La mayoría de los delitos informáticos que se denuncian ante Juzgados y Tribunales en España son estafas informáticas, delito clásico que se comete realizando los engaños sin contacto físico, a través de las nuevas tecnologías,

El clásico de estafa puede realizarse de dos formas :

- a) **la sociológica:** que precisa del engaño a otro ser humano, mediante cualquier fórmula de ingeniería social, que con cierta entidad (“engaño bastante”, y no mera exageración) produce un error en su víctima de manera que le induzca a realizar un acto de disposición con contenido económico no querido en perjuicio propio o de tercero.

En este grupo de estafas se enmarcan los conocidos timos que tradicionalmente se hacían mediante el correspondiente contacto físico entre víctima y autor, pero que ahora se reproducen a distancia, sin contacto directo a través de las nuevas tecnologías: los timos de las cartas nigerianas, el de la lotería española, algunas ventas de segunda mano, compras sin (pre) pago, falsas subastas en portales tipo E-Bay, los Phishing —falsos reclamos en que masivamente se pide la entrega de contraseñas informáticas en base a informaciones

¹¹³ Modalidades más concretas, no tan básicas, de otro tipo de secretos, se protegen en otros preceptos del Código Penal: secretos de empresa (Arts. 278 CP), estatales (Arts. 598 y ss. CP), funcionariales (Art. 413 CP).

incorrectas, a pequeños engaños—, timos haciéndose pasar por ONGs, la compra de bienes sin pagarlos, etc... todos ellos con la característica común de utilizar un engaño suficiente sobre una víctima que produce el desplazamiento del activo económico que busca el autor del delito en cuanto aquella sufre el error que este propicia.

- b) **la mecánica:** modalidad en la que el desplazamiento patrimonial in consentido se produce más que mediante engaños a personas, a través de “manipulaciones maquinales o artificios técnicos semejantes”, que derivan en él.

La modalidad b) de estafa entra en el CP en 1995 para dar una solución a las conclusiones de la dogmática alemana que proclamaba que las máquinas no eran susceptibles de ser engañadas y que, en consecuencia, era necesaria una segunda modalidad de delito de estafa para sancionar los comportamientos en que más que *engaño*, se producían *maniobras o manipulaciones sobre la programación en las máquinas expuestas al movimiento del dinero*. En la realidad hay pocas manifestaciones puras de “manipulaciones maquinales” en sí, y entre ellas puede destacar el *Pharming* (manipulación sobre el DNS o servidor de número de dominio) que lleva informaciones como las claves a webs distintas de aquellas que la víctima pretende, en favor del delincuente.

Como hemos dicho, el concepto general de estafa requería la existencia de engaño capaz de producir error en otro (persona-víctima) provocando un acto de disposición patrimonial, lo que suponía la imposibilidad de equiparación *del engaño a una persona con la manipulación de una máquina*. En consecuencia, la llamada estafa informática prevista hoy en el art. 249 CP venía a cubrir una laguna existente dentro de las defraudaciones, al no poderse incluir ciertas conductas en la estafa tradicional, ni tampoco en el delito de apropiación indebida, al responder a una dinámica comisiva distinta debida a las innovaciones tecnológicas y que hace imprescindible la descripción de un tipo penal adaptado a una forma nueva de delincuencia. Se trata de una asimilación típica con el clásico delito de estafa para poder castigar con idéntica pena, esas modalidades de estafa en que más que *engaño sobre una persona*, el desplazamiento in consentido de activos patrimoniales se debe a tramas maquinales o incidencias sobre la cadena de programación.

La LO 14/2022 de 14 de diciembre reforma el art. 249, y describe las anteriores estafas por medios informáticos y ahora lo amplía a otras conductas vinculadas al fraude y la falsificación especialmente cuando los medios de pago han sido obtenidos de forma lícita, con ello el legislador traspone la Directiva (UE) 019/713 de 17 de abril de 2019 sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo.

Art. 249 1. También se consideran reos de estafa y serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años:

- a) *Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante, consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro*

La estafa informática descrita en el art. 249 1 a) consiste en obstaculizar o interferir indebidamente un sistema informático o introducir, alterar, borrar o transmitir o suprimir indebidamente datos informáticos o en valerse de alguna **manipulación informática o artificio similar** para conseguir una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro.

Puede definirse, con Vives Antón - J. L. González Cussac, como «toda manipulación o alteración del proceso de elaboración electrónica de cualquier clase y en cualquier momento de éste, realizada con ánimo de lucro, y causando un perjuicio económico a un tercero».

La estafa informática, fraude informático o estafa por computación, que debe producir un **perjuicio económico**, al igual que el tipo tradicional de la estafa, si bien **difiere en el engaño** bastante y en la dinámica comisiva tradicional, por cuanto este y el **error de disposición** se sustituyen por «**alguna manipulación informática o artificio semejante**».

En cualquier caso, se trata de un **delito de resultado** que exige para su consumación el efectivo perjuicio económico a través de una transferencia no consentida de un determinado activo patrimonial.

La estafa informática se compone, por tanto, de los siguientes **elementos**:

La conducta material del tipo es la **utilización de una manipulación informática o artificio semejante**. A la hora de establecer cuáles son estas **manipulaciones** lo relevante es la acción informática dirigida a un fin concreto: obtener un beneficio patrimonial no consentido.

Las manipulaciones informáticas pueden concretarse en la creación ilícita de órdenes de pago o transferencia, o en introducción de datos, alteración, salida o supresión de los mismos en función de los cuales el equipo, el programa o sistema informático en cualquiera de sus partes actúa en su función mecánica propia, produciendo el resultado apetecido por el agente. Se aprecian los **artifícios semejantes** cuando existe una actividad informática que no suponga necesariamente una manipulación en el sentido expuesto, pero sin duda debe recaer en una *actividad ilegítima que altere el funcionamiento ordinario* de un sistema informático. Debe concurrir una **transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial**, lo que supone un cambio de titularidad de bienes de contenido económico que hace suyos con capacidad de disposición el sujeto activo de la acción delictiva, pudiendo tratarse de la obtención de dinero contable o documental, un crédito o determinados servicios.

La transferencia no consentida debe **causar un perjuicio patrimonial**, esencial en un delito patrimonial sin el cual la conducta quedaría en tentativa o en atípica si esa manipulación no estuviera dirigida a causar ese perjuicio y sí a otros fines, como crear una paralización o alteración informática sin más o a manifestar la vulnerabilidad de los sistemas en los que opera una determinada entidad aunque sea financiera.

Es imprescindible la **relación de causalidad** entre la **manipulación informática o el artificio semejante** que motiva la transferencia no consentida y el **perjuicio patrimonial** causado a tercero, es decir que como consecuencia de la actividad que el sujeto activo lleva a cabo en el equipo o sistema informático, en la forma al principio descrita, se produce ese perjuicio.

Es necesario que el sujeto actúe con **ánimo de lucro**, elemento subjetivo del injusto que consiste, como en todos los delitos patrimoniales, en el propósito de obtener una utilidad o ventaja de la acción, sin perjuicio de la concurrencia del **dolo genérico de conocimiento y voluntad** de la ilicitud de la conducta que se lleva a cabo.

Debemos destacar que no toda acción defraudatoria realizada por el uso de la informática motiva este delito, lo que sucede en las **estafas perpetradas a través de Internet**, sirviéndose el agente en definitiva de instalaciones telemáticas, en las que se ofrece un producto o servicio en la red y alguien, sujeto pasivo, acepta su adquisición y transmite generalmente una cantidad de dinero al oferente, sin que exista tal producto o servicio que se dice se va a dar o entregar y sin que existiera la intención en momento alguno de cumplir con tal obligación, ello motiva la existencia de un delito de **estafa propia** del art .248.1

Pharming y phishing:

Una modalidad de estafa informática es el llamado **pharming**, palabra que deriva del término *farm* (granja en inglés) utilizado para nombrar la técnica de ingeniería social que, mediante suplantación de correos electrónicos o páginas web, intenta obtener información confidencial de los usuarios, desde números de tarjetas de crédito hasta contraseñas. El origen de la palabra se halla en que una vez que el atacante ha conseguido acceso a un servidor DNS y tomado control de este, es como si poseyera una «granja» donde puede hacer uso a placer de los recursos que allí se encuentran.

Pharming es la explotación de una vulnerabilidad en el software de los servidores DNS (Domain Name System) o en el de los equipos de los propios usuarios, que permite a un atacante redirigir un nombre de dominio (domain name) a otra máquina distinta. De esta forma, un usuario que introduzca un determinado nombre de dominio que haya sido redirigido, accederá en su explorador de internet a la página web que el atacante haya especificado para ese nombre de dominio. Se trataría de la web delincuente donde, confiado, el usuario realiza sus movimientos con total tranquilidad en la errónea esperanza de estar en la página original y donde deja al descubierto claves y datos personales (principalmente bancarios o financieros), que luego usa el delincuente para estafarle.

El origen de la palabra se halla en que una vez que el atacante ha conseguido acceso a un servidor DNS o varios servidores (granja de servidores o DNS), se dice que ha hecho un *pharming*.

La técnica *pharming* se utiliza normalmente para realizar ataques phishing, redirigiendo el nombre de dominio de una entidad de confianza a una página web, en apariencia idéntica, pero que en realidad ha sido creada por el atacante para obtener los datos privados del usuario, generalmente datos bancarios.

El término **phishing** (anzuelo en inglés) es utilizado para nombrar la técnica de ingeniería social que, mediante suplantación de correos electrónicos o páginas web, intenta obtener información confidencial de los usuarios, desde números de tarjetas de crédito hasta contraseñas.

¿Dónde se entiende cometido el *pharming*?

Es aplicable aquí el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005, que acoge el principio de ubicuidad, de tal modo que el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales será, en principio, competente para la instrucción de la causa¹¹⁴.

¿Dónde se ingresa el dinero del estafado?: Las cuentas beneficiarias de las transferencias pueden ser: cuentas nacionales abiertas con identidad falsa (generalmente se utilizan pasaportes extranjeros falsificados), cuentas en el extranjero, casos estos que resultan de muy difícil persecución y finalmente, lo que suele ser más común, cuentas de muleros, que reciben este apodo heredado de los «muleros» del narcotráfico. Son personas a las que han ofrecido un empleo que consiste en intermediar en cobros y pagos entre empresas, con frecuencia internacionalmente. Es requisito para el postulante ser titular de una cuenta bancaria y tener disponibilidad para acudir inmediatamente a su oficina bancaria en cuanto sea requerido para ello. El trabajo consiste en recibir transferencias en su cuenta, y siguiendo instrucciones telefónicas o por correo electrónico hacerlas efectivas en su oficina bancaria y

¹¹⁴ Vid ATS de 6 de abril 2011 este último en un supuesto de *phishing*, donde las IP de los correos electrónicos remitidos se localizan en Turquía.

reenviarlas al destinatario que en cada momento se le señale mediante una remesadora (Wester Union o Money Gram, principalmente) que también se le indica.

Las webs que ofertan este tipo de empleos suelen estar bien construidas y, para que el engaño sea creíble, el demandante pasa un riguroso proceso de selección (que siempre supera) y recibe por email una copia de su contrato de trabajo perfectamente cumplimentada y firmada teniendo todo el proceso una apariencia formal de legalidad.

Los denominados *muleros* forman parte del final de la cadena de producción de las estafas en internet. Son los encargados de materializar buena parte de este tipo de engaños, siempre y cuando el sistema finalice con la emisión de una transferencia. Mientras que el verdadero promotor de este tipo de estafas permanece en el anonimato, el mulero hace de cabeza visible en el fraude, ya que no oculta su identidad.¹¹⁵

Sería una especie de testaferro, al modo de los administradores de hecho en los delitos societarios, aunque corren el riesgo de ser descubiertos y puestos a disposición judicial ante la investigación llevada a cabo por la Brigada de delitos tecnológicos.

En estos casos puede haber dos autores: el **Scammer** que permite estafar a la víctima y que entre en una web pensando que es aquella donde quería acceder y opera con sus claves y el **mulero** o persona a donde se envía el dinero.¹¹⁶

El mulero comete un delito continuado de estafa de los considerandos que intervienen como cooperadores necesarios, pues su actuación contribuye necesariamente a la producción del resultado y es una auténtica «conditio sine qua non para que la estafa llegue a consumarse, y por hacerlo de común acuerdo con el autor material de la misma».

8.2.2. Falsificación, Introducción, facilitación y tenencia de programas de ordenador destinados a la comisión de estafas (art. 248.2 b) CP)

El art. 248.2 b) CP considera también reos de estafa y sanciona con la misma pena, a los que fabriquen, introduzcan, posean o faciliten programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas.

Es decir, que el legislador castiga a aquel que, sin llegar a efectuar la estafa, ha creado el programa informático que la permite, o lo facilitase a terceros que sí ejecutarán tal manipulación, o lo introdujese en un sistema informático para facilitar la misma, o sencillamente poseyera esa clase de programas informáticos. De este modo, se castigan conductas ejecutadas sobre precursores, esto es, sobre aquellos elementos necesarios para cometer el fraude, que en este caso es básicamente el software utilizado para la estafa. El legislador utiliza un concepto jurídico indeterminado como es el adverbio «específicamente» (programas específicamente destinados), lo que planteará la duda de si la posesión de un programa informático, entre cuyas finalidades o funciones se encuentre el permitir la comisión del delito de estafa, pero en el que esta no sea la única función, deberá entenderse como programa específicamente destinado a la realización de tal conducta delictiva .

¹¹⁵ https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/2-469-money-mules-arrested-in-worldwide-crackdown-against-money-laundering?mtm_campaign=newsletter

¹¹⁶ Eloy Velasco entiende que la actuación de los *scammer*, previa a la realización de la transferencia in consentida, supone, además, un concurso medial de falsedad en documento mercantil de los arts. 392 y 390 del CP por la Web falsificada , y un delito de descubrimiento de secretos, del art. 197.2, por la captación in consentida y artificiosa del password y la contraseña.

Las razones de este adelantamiento del castigo a la mera detentación de software destinado a estafar, aunque no haya habido tiempo de desarrollarla, obedece a la doble consideración de que, por una parte, la finalidad de su posesión equivale a la consumación misma de la estafa, ante la imposibilidad de otro uso lícito y, por otra parte, porque castigando expresamente los actos preparatorios es la única manera de sancionar a los programadores, creadores e inventores de software estafador que - normalmente venden anónimamente para que otros se bajen de Internet- difícilmente pueden ser sorprendidos de otra manera con esa parte tan estratégica en la confección del delito sin la cual no habría infracción, dado que estas acciones suelen realizarse masivamente a través de estructuras criminales organizadas en las que, atomizando la acción penal, cada componente aporta a la cadena delictiva (creación de software, emisión del reclamo, recopilación del dinero estafado, blanqueo del producto ilícito, etc.), una tarea, muchas veces incluso desconociendo quién hace cada parte, del conjunto final que es el delito (no hay *pactum scaeleris* entre los distintos intervinientes).

Tipo subjetivo: Cualquiera de las conductas descritas (fabricar, introducir, poseer o facilitar deberá ir acompañada del ánimo de cometer el delito de estafa.

Al castigarse como delito actos preparatorios, es decir, conductas que son anteriores a la ejecución del delito de estafa, de concurrir la tenencia de programas informáticos en quien posteriormente comete la estafa, tal acción delictiva entraría en concurso de leyes con la estafa recogida en el art. 248.2 a) CP, que deberá resolverse a favor de este último precepto por el principio de consunción.

8.3. Delitos de daños informáticos : daños y sabotajes (cracking)¹¹⁷

Como cuestión previa hay que recordar que los delitos de daños constituyen las infracciones básicas entre las que tienen un contenido patrimonial pero no se orientan hacia el enriquecimiento del sujeto activo.

¹¹⁷ Artículo 264.

1. El que por cualquier medio, sin autorización y de manera grave borrase, dañase, deteriorase, alterase, suprimiese o hiciese inaccesibles datos informáticos, programas informáticos o documentos electrónicos ajenos, cuando el resultado producido fuera grave, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años.
2. Se impondrá una pena de prisión de dos a cinco años y multa del tanto al décuplo del perjuicio ocasionado, cuando en las conductas descritas concorra alguna de las siguientes circunstancias:
 - 1.ª Se hubiese cometido en el marco de una organización criminal.
 - 2.ª Haya ocasionado daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos.
 - 3.ª El hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad.
 - 4.ª Los hechos hayan afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea. A estos efectos se considerará infraestructura crítica un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones.
 - 5.ª El delito se haya cometido utilizando alguno de los medios a que se refiere el artículo 264 ter.
- Si los hechos hubieran resultado de extrema gravedad, podrá imponerse la pena superior en grado.
3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior, cuando los hechos se hubieran cometido mediante la utilización ilícita de datos personales de otra persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero.

Integran la categoría de delitos de daños informáticos o *cracking* aquellos supuestos etiquetados como «vandalismo digital», la difusión de virus y gusanos, el «ciberterrorismo» y también las de «cracking» dirigidos a la producción de daños, y que tienen en común la destrucción, borrado, deterioro, o menoscabo o hace inaccesibles, sistemas, equipos, datos, programas o documentos informáticos

Respecto de los incidentes que se ejecutan sobre los «datos» o «programas informáticos», la conducta de «destrucción» implica la supresión o borrado total de los datos, la «alteración» se integra por comportamientos de inserción de datos, modificación o supresión parcial y la «inutilización» puede llevarse a cabo mediante la ocultación o la encriptación, como viene sucediendo con los recientes ataques de *ransomware*. La destrucción o modificación de datos o programas puede ejecutarse mediante la introducción en el sistema de algún tipo de virus y, además, puede asumir especial gravedad si la información confidencial se almacena en un programa de ordenador (así, por ejemplo, piénsese en el ataque al *software* de facturación o contabilidad de una empresa).

En cuanto a los ataques que se lanzan contra los «sistemas de información», suelen concretarse en comportamientos dirigidos a ocasionar perturbaciones sobre los mismos, por ejemplo, mediante ataques masivos de denegación de servicio (*DDoS*). Estos ataques persiguen sobrecargar o saturar algunos de los recursos físicos del sistema objeto del ataque hasta hacerlo inoperativo (p. ej. memoria, espacio en disco duro, ancho de banda), logrando con ello el bloqueo o interrupción temporal de dicho sistema.

En cumplimiento de la Directiva comunitaria, se castigan con mayor gravedad, entre otros supuestos, cuando el hecho hubiera perjudicado gravemente el funcionamiento de servicios públicos esenciales y cuando haya afectado al sistema informático de una infraestructura crítica o se hubiera creado una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea.

Elementos típicos del delito de daños informáticos.

Atendiendo a su ubicación sistemática parece lógico entender que el bien jurídico protegido será la propiedad, y más concretamente la disponibilidad de los sistemas informáticos, que abarcará tanto la confidencialidad como su contenido

La falta de autorización es un **elemento común** a todas las figuras que engloban los delitos de daños informáticos. La falta de autorización se entenderá como todo comportamiento no autorizado, incluida la interferencia, por el propietario u otro titular del derecho sobre el sistema o parte del mismo o no permitido por el derecho nacional.

Tipo básico de daños informáticos (art. 264.1) : La conducta típica que consistirá en alguna de las modalidades previstas en el tipo penal de manera **alternativa**:

- **Borrar**, que supondrá la destrucción material, dejando de existir el objeto material del delito.
- **Dañar**, que supondrá la alteración negativa de la integridad o contenido de los datos o programas.
- **Deteriorar**, en el sentido de empeorar o estropear
- **Alterar**, que suponga una modificación del estado en que se encontraban.
- **Suprimir**, que, aunque parece un término sinónimo a la conducta de borrar, se aplicará cuando se impide al titular de los datos o programas acceder a ellos.

Hacer inaccesibles, en el sentido, de tal forma que, sin afectar a la existencia o esencia de los mismos, la imposibilidad de acceder a ellos, ya sea para conocer su contenido, como para operar con ellos

Gravedad como elemento normativo: Atendiendo al tenor literal del precepto, se exige una **doble gravedad**, por un lado, en relación a la acción realizada y al resultado producido, pues habla de quien de **modo grave**, realizare alguna de las conductas previstas en el tipo y por otro lado, que dichas conductas **causaren un daño grave**.

El problema será determinar qué se entiende por grave, ya que el legislador no proporciona criterios para su delimitación. A pesar de lo mantenido por determinado sector de la doctrina, no podrá identificarse con una valoración superior a 400 euros, que distinga el delito leve del menos grave.

Según la jurisprudencia algunos **parámetros para determinar la gravedad** del resultado y que pueden ser:

- La **posibilidad o no de recuperar los datos informáticos**.
- La **pérdida definitiva** de los mismos.
- La **posibilidad de recuperación**.

En caso de recuperación:

- El **coste económico de la reparación** del daño causado.
- La **complejidad técnica** de los trabajos de recuperación.
- La **duración de las tareas** de recuperación.
- El **valor del perjuicio causado** al titular de los datos, tanto lucro cesante como daño.

Atendiendo a estos criterios, para que pueda apreciarse la gravedad en el resultado producido a consecuencia del borrado de los datos informáticos, es necesario que **los archivos o la información en los mismos no pueda ser recuperada**, es decir, que el borrado sea **irreversible** y no existan copias de seguridad.

Como delito de resultado, se admitirán las **formas imperfectas** de ejecución, al igual que, nada obsta para que la conducta se lleve a cabo mediante **omisión**.

Es un **delito común**, en el que **cualquier persona** puede ser el sujeto activo del delito, sin embargo, atendiendo al requisito de ajenidad, la delimitación del sujeto activo vendrá determinada por la **no titularidad de la cosa**, teniendo en cuenta que, el no titular será tanto el no propietario como el no titular de otro derecho sobre el sistema o parte del mismo o no permitido por el derecho nacional.

Sujeto pasivo: Será el titular del bien jurídico protegido, y que, por su especial naturaleza, podrá ser tanto una **persona física como una persona jurídica**.

Objeto material: Los que el tipo penal enumera alternativamente, esto es:

- **Datos informáticos**
- **Programas informáticos**
- **Documentos electrónicos ajenos**, entendido como los documentos digitalizados, o los que es lo mismo, el conjunto de datos creado tras su procesamiento informático.

La **ajenidad** no solo vendrá referida a los documentos electrónicos, sino que **abarácará todo el continente y contenido**. En el mismo sentido, se ha pronunciado la jurisprudencia, la ajenidad, que abarácará tanto al continente como el contenido, ha de ser acreditada, no tanto la titularidad a la que pertenezca, sino como elemento negativo, que el sujeto activo no sea titular de los instrumentos que constituyen el continente, no supondrá la cesión automática del contenido la cesión de los ficheros por motivos laborales.

Estamos ante un **tipo doloso**, que requerirá el conocimiento y voluntad por parte del sujeto activo de la conducta típica.

Subtipos agravados de daños informáticos (art. 264.2 CP) cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

La comisión de los hechos se lleva a cabo **en el seno de una organización criminal**. Por organización criminal habrá que estar a lo dispuesto en el art. 570 bis debiendo destacar que la circunstancia agravante se refiere únicamente a la organización criminal, y no al grupo criminal del art. 570 ter 1.

Se ocasionan **daños de especial gravedad o afectado a un número elevado de sistemas informáticos**. El problema vendrá por la indeterminación de la especial gravedad o número elevado de sistemas informáticos, por lo que será la jurisprudencia la que determine tal criterio. A su vez, esta conducta, podrá entrar en colisión con el delito masa del art. 74.2 CP pero que conforme establece el legislador, requerirá que el hecho revista notoria gravedad y afecte a una generalidad de personas, en cuyo caso cabe la imposición de la pena superior en uno o dos grados. A pesar de que el legislador no establece qué entiende por número elevado de personas y, por tanto, vuelve a caer en la indeterminación, parece lógico que deberá afectar a un número considerable de sistemas.

Mediante el hecho se **perjudica gravemente el funcionamiento de servicios esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad**. La *ratio legis* está en la afectación, ya no solo a la integridad o indemnidad de los datos o sistemas informáticos, sino la afectación a los intereses esenciales, por lo que el ataque al bien jurídico protegido será mayor, y por tanto, justifica la aplicación del subtipo agravado. Tampoco está definido cuando un servicio público se considera esencial, habiéndose pronunciado el TS en cuanto a los referidos a servicios básicos de suministro de agua, gas y electricidad, así como transporte público, las comunicaciones o los referentes a la salud.

Los hechos afectan **a un sistema informático de una infraestructura crítica o se crea una situación de peligro grave para la seguridad del Estado, de la Unión Europea o de un Estado Miembro de la Unión Europea**. El propio precepto traspone el **concepto de infraestructura crítica** como el elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones.

7.3.3. Delito de interferencia ilegal de sistema informático

Se regula en el artículo 264 bis CP, y se castiga la conducta de **obstaculizar o interrumpir el funcionamiento de un sistema informático ajeno**.

Subtipos agravados

- **En función del sujeto pasivo.**

El último inciso del artículo 264 bis.1 CP prevé in subtipo agravado cuando a través de la conducta típica pudiera perjudicarse de forma relevante **la actividad de una empresa, negocio o administración pública**.

El artículo 264 bis.3 CP tipifica un tipo hiperagravado, aplicable a la interferencia ilegal cuando los hechos se lleven a cabo mediante la suplantación o usurpación de identidad, usando la misma técnica legislativa que en el artículo 264 CP, de tal forma que se agravará la pena a imponer cuando se realice mediante la utilización ilícita de datos personales de otra

persona para facilitarse el acceso al sistema informático o para ganarse la confianza de un tercero¹¹⁸ ..

La pena es la prevista en cada una de las modalidades delictivas en los apartados anteriores del artículo 264 bis CP en su mitad superior.

8.3.4. Abuso de dispositivos informáticos

Por su parte, el art. 264 ter castiga a quien, sin estar debidamente autorizado, produzca, adquiera para su uso, importe o, de cualquier modo, facilite a terceros, con la intención de facilitar la comisión de alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores:

a) un programa informático, concebido o adaptado principalmente para cometer alguno de los delitos a que se refieren los dos artículos anteriores; o

b) una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o a una parte de un sistema de información.

La finalidad de este precepto es evitar las lagunas que existían a la hora de subsumir algunas conductas de «cracking», al tiempo que se permite el citado «hacking» ético. El delito es de resultado, por cuanto requiere la producción de un resultado «grave». Sin embargo, tal gravedad se compagina muy mal con la seguridad jurídica. No se concreta la gravedad, por ejemplo estableciendo la cuantía de los daños graves,. Sin tal requisito la conducta sería impune.

En relación a los daños que afecten a una infraestructura crítica, y al objeto de solventar los problemas de tipicidad que pudieran plantearse, toda vez que el catálogo de las mismas según el art. 4.3 del Reglamento para su protección, aprobado por Real Decreto 704/2011, de 20 de mayo, es secreto, se optó por incorporar en el texto del precepto un concepto de infraestructura crítica, tomándose como referencia la contenida en la propia Directiva. La definición que se ha acogido para permitir la aplicación del tipo penal es la de considerar infraestructura crítica «un elemento, sistema o parte de este que sea esencial para el mantenimiento de funciones vitales de la sociedad, la salud, la seguridad, la protección y el bienestar económico y social de la población cuya perturbación o destrucción tendría un impacto significativo al no poder mantener sus funciones» (art. 264.2.4.^a CP).

¹¹⁸ La suplantación de la personalidad ajena, en la que uno se hace pasar por otro - muy propia de la cobardía de ciertos delincuentes informáticos- no es delito autónomo en España, como lo es en otros sistemas jurídicos en Derecho comparado, al no conformar en sí misma, la suficiente entidad penal. No se puede confundir con el delito de usurpación del estado civil del Art. 401 CP, pues esta exige una clara suplantación constante de alguien por otro mediante acciones no sólo virtuales y esporádicas- casi siempre puntuales en las estafa- sino con intención total de permanencia temporal. Así las STS 23/05/1986 y 1/06/2009, recuerdan que no basta con una suplantación momentánea y parcial sino que la usurpación del Art. 401 CP exige continuidad, persistencia, con asunción de la personalidad ajena con ejercicio de derechos y acciones dentro del estatus familiar y social del suplantado.

Sin embargo el hacerse pasar por otro suele formar parte de la descripción de ciertos elementos de otros tipos penales, en operaciones concretas, formando parte del delito: como es el caso del engaño bastante en los *phishing*, o en algunos ofrecimientos sexuales de tercero, o en algunas maneras de conseguir el contacto preciso para el delito de *child grooming* o el acoso del *stalking*, etc., o, como ha declarado la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid en su Auto nº 461 de 25/07/2017, considerar que crear un perfil de otra persona en una red social puede en sí mismo configurar un delito de falsedad en documento privado - mercantil, entendemos, en soporte (Art. 26 CP) electrónico- del Art. 395 CP, lo que exigirá que cause algún tipo de perjuicio en tercero, sea el suplantado u otro.

Puesto que requiere el abuso de dichos dispositivos, **la mera tenencia será atípica.**

7.3.5. Abusos de sistemas informáticos (phreaking)

El art. 256 del Código Penal castiga al que hiciere uso de cualquier equipo terminal de telecomunicación (esto es, teléfono, fax, etc.), sin consentimiento de su titular y causando a éste un perjuicio económico.

A nivel comparado, este delito venía a reprimir la utilización indebida de grandes superordenadores en una época en la que se facturaba por tiempo el uso de los mismos, aunque en España el debate parlamentario se centró en los abusos telefónicos del personal doméstico. En la actualidad, las conductas delictivas más frecuentes se refieren a defraudaciones telefónicas - *phreaking*- (p. ej. derivación de una línea de teléfono de otro titular, realización de llamadas sin autorización), el pirateo de contraseñas de acceso a servicios de pago (por ejemplo, bases de datos jurídicas o contenidos restringidos), causando un perjuicio patrimonial evidente a su legítimo titular, y en los últimos años el pirateo de la contraseña de acceso a una red *Wi-Fi*.

Sabotajes informáticos.

Son delitos de daños mediante la destrucción o alteración de datos, programas o documentos electrónicos, contenidos en redes o sistemas informáticos.

Dentro de esta categoría destacan los siguientes métodos ilícitos:

1. **Malware.** El concepto de malware, hace alusión a cualquier tipo de software malicioso que trata de infectar un sistema informático (ordenador) o un dispositivo móvil (smartphone). La finalidad del malware, es sustraer dinero del usuario ilegalmente. Para llevar a cabo esta tarea, el malware puede robar, cifrar o borrar datos, alterar o secuestrar funciones básicas del ordenador y espiar su actividad en este sin el conocimiento o permiso del usuario.
2. **Keylogger.** “Keylogger” es el término utilizado para definir a un tipo de amenaza informática cuya función consiste en registrar las pulsaciones del teclado. Este tipo de malware, habitualmente, guarda un log con todo lo que escribimos y lo envía a un servidor controlado por piratas informáticos. A través de este método, los ciberdelincuentes son capaces de analizar el log, pudiendo obtener datos bancarios y contraseñas de distintas webs, entre otros. Una vez obtenida la información, esta es vendida en la Deep Web.
3. **Spyware.** Es un software capaz de recopilar información de un ordenador, para, seguidamente, transmitir dicha información a una entidad externa sin el conocimiento o permiso del usuario. Su funcionamiento es igual al de un parásito. El software se instala en el sistema afectado, de forma que se ejecuta cada vez que se inicia el ordenador.
4. **Trojanos.** Los trojanos son un tipo de malware capaz de camuflarse como software legítimo. Una vez penetrado en el sistema operativo, es capaz de dotar al ciberdelincuente de pleno control sobre el ordenador de la víctima, pudiéndolo espiar, robarle datos confidenciales, eliminarlos, bloquearlos, copiarlos o modificarlos.
5. **Virus.** Programas que, una vez son ejecutados, infectan diversas partes del ordenador, ya sean procesos u otros programas, trastocando su funcionamiento a través de una

pluralidad de formas. En el peor de los casos, los virus pueden terminar dañando gravemente el sistema operativo del ordenador.

6. Adware. El término “Adware”, hace referencia a aquellos programas que son fundamentalmente publicidad, y que suelen instalarse en los navegadores de los sistemas operativos. Este tipo de software, es menos nocivo que los anteriores, aunque puede llegar a afectar el rendimiento del procesador con su excesivo spam.
7. Ransomware. El malware de rescate o *ransomware*, es un tipo de malware que impide a los usuarios acceder a su sistema o sus archivos personales. Una vez el “hacker” consigue bloquear el sistema, pide un rescate a las víctimas a cambio de que puedan acceder nuevamente a sus archivos personales. Uno de los métodos más comunes en la actualidad, es a través de spam malicioso, o malspam, que son mensajes no solicitados que se utilizan para enviar malware por email. Las víctimas más habituales de estos actos ilícitos suelen ser empresas o grandes multinacionales, debido al gran capital económico que poseen.

8. Actores institucionales de investigación

1. Centro Criptológico Nacional.

Es una agencia dependiente del CNI que vigila la seguridad de las comunicaciones del Estado y tiene su sede en Madrid.

El Centro Criptológico Nacional (CCN) es, sin duda, el organismo más conocido y sobre el que menos secretos guarda el CNI, pese a que aquel depende de este. Frente a la opacidad que rodea al Centro Nacional de Inteligencia el CCN dispone de su propia web¹¹⁹, y organiza conferencias y seminarios, e incluso algunos de sus responsables dan entrevistas, ofreciendo consejos y auditorías sobre ciberseguridad, también dan avisos y alertas de ataques y vulnerabilidades.

El CCN fue creado el 12 de marzo 2004 (al día siguiente de los atentados del 11-M) con el objetivo de garantizar una seguridad “razonable” de las tecnologías de la información, así como asegurar la protección de la información sensible, especialmente, aquella que tiene algún tipo de clasificación (reservada, restringida, secreta...), según se recoge en el Decreto 421/2004, de 12 de marzo que regula y define las funciones del CCN. Es decir, tiene como cometido proteger las redes y sistemas de información de la Administración.

Desde sus orígenes quedó ligado al CNI, con el que comparte “medios, procedimientos, normativa y recursos”. Su misión principal es la de contribuir a mejorar la ciberseguridad española, actuar de “forma rápida y eficiente” contra los ciberataques y las ciberamenazas, pero también coordina los distintos centros de operaciones similares existentes, tal y como se detalla en su página web. Así, su competencia es la gestión de ciberincidentes que afecten a cualquier organismo o empresa pública y, en el caso de “operadores críticos” del sector público, la gestión se realizará por el CCN en coordinación con el Centro Tecnológico de Seguridad¹²⁰

¹¹⁹ <https://www.ccn.cni.es/index.php/es/>

¹²⁰ El último informe del Centro Criptológico explica que el 90% de los objetivos de los ataques en línea de 2020 fueron “organismos públicos, ONG y entidades de políticas sociales o asuntos internacionales”. En 2019 se detectaron 3.172 ciberincidentes de peligrosidad muy alta, mientras que en 2020 se duplicaron hasta alcanzar casi los 7.000. El CCN-CERT ha detectado 82.530 incidentes durante 2020, mientras que en el año anterior se reportaron en torno a 43.000.

El fin del trabajo de la agencia es “un ciberespacio más seguro y confiable”, con la preservación de la información clasificada y sensible, “defendiendo el Patrimonio Tecnológico español, formando al personal experto, aplicando políticas y procedimientos de seguridad y empleando, y desarrollando las tecnologías más adecuadas a este fin”.

8. **Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE)**, con sede en León, que enfoca su labor en ciudadanos, empresas e infraestructuras críticas¹²¹
9. **Mando Conjunto de Ciberespacio**¹²²

Además de los organismo citados, la Policía Nacional y la Guardia Civil cuentan con unidades centradas en el cibercrimen. Dentro de Cuerpo de la Policía Nacional, se encuentra la **Brigada Central de Investigación Tecnológica** está encuadrada en la Unidad de Investigación Tecnológica (C.G.P.J), que es el órgano de la Dirección General de la Policía encargado de la investigación y persecución del cibercrimen de ámbito nacional y transnacional. Actuará como Centro de Prevención y Respuesta E- Crime de la Policía Nacional.

En relación al cuerpo de la Guardia Civil destaca el **Grupo de delitos telemáticos (GDT)**, lucha contra el Cibercrimen Los Equipos de Investigación Tecnológica (EDITE) se encuadran en las Unidades Orgánicas de Policía Judicial de la Guardia Civil, desplegadas a nivel provincial.

¹²¹ <https://www.incibe.es/>

¹²² <https://emad.defensa.gob.es/unidades/mcce/>

Bibliografía

NÚÑEZ CASTAÑO, E.: “La relevancia penal de las nuevas tecnologías y su incidencia en los denominados ciberdelitos: especial referencia a los delitos” En *Revista General de Derecho Penal* 37 (2022).

LOPEZ GOROSTODI, JON: Ciberdelincuencia proporcionalidad y bienes jurídicos protegidos. Comarés. Madrid 2023

MENDOZA CALDERON S. /MARTINEZ GONZALEZ, M.I.; Teorías de la criminalidad (2ª ed.). Tirant Lo Blanch. Valencia 2022.

REDONDO ILLESCAS, S./GARRIDO GENOVES, V.; Principios de Criminología. (4ª ed.) Tirant Lo Blanch. Valencia 2023.