



**El Narcotráfico Organizado:  
Análisis del art. 369 bis del Código Penal**

TESIS PRESENTADA PARA OPTAR AL TÍTULO DE DOCTOR EN DERECHO  
POR

**Francisco Javier Bretones Alcaraz**

Dirigida por

**Dr. Fernando de la Fuente Honrubia**

**Madrid, 2016**

## ÍNDICE

<b>ABREVIATURAS.....</b>	<b>9</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>13</b>
<b>CAPITULO I DERECHO INTERNACIONAL Y DE LA UNIÓN EUROPEA CONTRA EL NARCOTRÁFICO ORGANIZADO.....</b>	<b>17</b>
1.INTRODUCCION.....	17
2. NACIONES UNIDAS.....	18
2.1. LUCHA CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO EN GENERAL.....	18
2.2. CONVENIOS CONTRA EL TRÁFICO DE DROGAS.....	22
3. NORMATIVA DE LA UNIÓN EUROPEA EN RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO.....	23
3.1 TRATADOS DE LA UNIÓN EUROPEA.....	23
3.2 ACCIÓN COMÚN 98/733/JAI.....	32
3.3 LA DECISIÓN MARCO 2008/841/JAI.....	35
4. NORMATIVA EUROPEA EN RELACION A LA DELINCUENCIA ORGANIZADA EN EL TRÁFICO DE DROGAS (DM 2004/757/JAI) .....	38
<b>CAPÍTULO II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 369 BIS CP Y REGULACIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA.....</b>	<b>43</b>
1. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS DEL ART. 369BIS CP.....	43
1.1. CÓDIGO PENAL DE 1822.....	43
1.2. CÓDIGO PENAL DE 1848.....	44
1.3. CÓDIGO PENAL DE 1850.....	45
1.4. CÓDIGO PENAL DE 1870.....	46
1.5. CÓDIGO PENAL DE 1928.....	47
1.6. CÓDIGO PENAL DE 1932.....	48
1.7. CÓDIGO PENAL DE 1944.....	48
1.8. TEXTO REVISADO DE 1963(Decreto 692/1963 de 28 de marzo).....	49
1.9. LEY 44/71 DE 15 DE NOVIEMBRE.....	50
1.10. LO 8/83 DE 25 DE JUNIO, REFORMA PARCIAL Y URGENTE DEL CP.....	52
1.11. LO 1/88 DE 24 DE MARZO.....	56
1.12. LO 8/1992 DE 23 DE DICIEMBRE.....	59
1.13 CÓDIGO PENAL DE 1995 Y MODIFICACIONES POSTERIORES.....	60

A.- CÓDIGO PENAL DE 1995, LO 10/1995 DE 23 DE NOVIEMBRE.....	60
B.- LO 15/2003, DE 25 DE NOVIEMBRE.....	61
C.- PROYECTO DE MODIFICACIÓN DE CÓDIGO PENAL DE 2007.....	63
D.- LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO.....	66
E.- LO 1/2015 de 30 MARZO.....	68
2.- REGULACIÓN DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN NUESTRO CÓDIGO PENAL.....	69
2.1 REGULACIÓN ANTERIOR A LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO.....	70
A.- DOBLE PERSPECTIVA DE LA REGULACIÓN.....	70
B.- CRÍTICAS DOCTRINALES A LA REGULACIÓN.....	75
2.2 REGULACIÓN TRAS LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO.....	82
A.- LA TRIPLE VIA DE LA REGULACIÓN.....	82
B.- DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA (ART. 515.1 CP) Y DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (ART. 570 BIS CP). PROBLEMAS CONCURSALES.....	84
C.-ORGANIZACIÓN CRIMINAL, GRUPO CRIMINAL Y TIPOS CUALIFICADOS. PROBLEMAS CONCURSALES .....	90
2.3 CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRAS LA LO 1/2015 DE 30 DE MARZO.....	94
3.- CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE LEGE FERENDA.....	97

### **CAPÍTULO III. ANÁLISIS DEL TIPO CUALIFICADO DE PERTENENCIA DEL CULPABLE A ORGANIZACIÓN DELICTIVA DEL ART. 369BIS CP...101**

1. BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN EL ART. 369 BIS DEL CÓDIGO PENAL...101	
1.1. INTRODUCCIÓN.....	101
1.2. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL ART. 368 CP: POSICIONES DOCTRINALES.....	102
A.- SALUD PÚBLICA.....	102
B.- OTRAS POSICIONES DOCTRINALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.....	106
1) Interés del Estado en la producción y el comercio de los estupefacientes..	106
2) La libertad del consumidor.....	107
3) Delito pluriofensivo.....	108
4) Moral y perspectiva sociocultural.....	109
1.3. POSICIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL ART. 368 CP .....	110

1.4. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO DEL TIPO PENAL DEL ART. 369 BIS CP. SUBTIPO PLURIOFENSIVO.....	115
1.5 CONCLUSIONES Y TOMA DE POSICIÓN.....	117
2.-OBJETO MATERIAL DEL ART. 369 BIS CP.....	119
2.1. CUESTIONES PREVIAS.....	119
2.2 POSICIONES DOCTRINALES.....	121
A.- TEORÍA DE LA DEFINICIÓN RÍGIDA O POR ELENOS DE SUSTANCIAS.....	121
B.- SISTEMA DE DEFINICIÓN ELÁSTICA O DEL ARBITRIO JUDICIAL.....	126
C.-TEORÍA DE LA DIVERSIFICACIÓN DE DROGAS Y ESTUPEFACIENTES (RODRÍGUEZ DEVESA).....	127
D.- TEORÍA DE LA SUSCEPTIBILIDAD DE PERTURBACIÓN DE LA SALUD (CÓRDOBA RODA) .....	127
E.- CRITERIO MIXTO NORMATIVO-DESCRIPTIVO (SÁNCHEZ TOMÁS).....	128
F.- CRITERIO MIXTO DE MAGALDI PATERNOSTRO. TOMA DE POSICIÓN SOBRE LA CUESTIÓN.....	128
2.3. LAS SUSTANCIAS Y PRODUCTOS QUE CAUSEN GRAVE DAÑO A LA SALUD Y LAS QUE CAUSAN DAÑO NO GRAVE A LA SALUD.....	130
A.- ESTUDIO GENERAL.....	130
B.- DOSIS MÍNIMA PSICOACTIVA.....	134
C.- RELACIÓN DE SUSTANCIAS QUE CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD (REFERENCIA JURISPRUDENCIAL) .....	136
D.- SUSTANCIAS QUE NO CAUSAN GRAVE DAÑO A LA SALUD (REFERENCIA JURISPRUDENCIAL) .....	140
3. REALIZACION DE LOS HECHOS DESCRITOS EN EL ART. 368 CP.....	141
3.1 INTRODUCCIÓN.....	141
3.2. CONDUCTAS TÍPICAS DEL ART. 368 CP.....	142
A.- CUESTIONES GENERALES.....	142
B.- ACTOS DE CULTIVO Y ELABORACIÓN.....	147
1) Cultivo de la droga.....	148
2) Elaboración de la droga.....	151
C.-ACTOS DE TRÁFICO (FASE EXTERNA) .....	153
1) Introducción.....	153
2) Supuestos de actos de tráfico.....	154

a) Almacenamiento y depósito.....	155
b) Transporte, importación, exportación y tránsito.....	156
c) Actos de enajenación y correlativa adquisición de la sustancia estupefaciente.....	159
d) La donación.....	165
e) Envío y recepción de la droga.....	171
D.- LA POSESIÓN DE DROGA “CON AQUELLOS FINES” .....	174
1) Concepto de posesión.....	174
2) Con aquellos fines.....	176
3) Supuestos atípicos de posesión.....	178
E.- PROMOVER, FAVORECER O FACILITAR EL CONSUMO ILEGAL DE DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES O SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS “DE OTRO MODO”.....	180
4. CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN DELICTIVA.....	183
4.1. INTRODUCCIÓN.....	183
4.2.- CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL ANTERIOR A LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO. ....	190
A.- CONCEPTOS JURISPRUDENCIALES DE ORGANIZACIÓN.....	190
1) Concepto propio de organización criminal.....	190
2) Concepto impropio de organización criminal .....	192
3) Concepto intermedio de organización criminal u orientado a las consecuencias político-criminales. ....	194
B.- TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DE LOS ELEMENTOS TÍPICOS “CARÁCTER TRANSITORIO” Y “AÚN DE MODO OCASIONAL”.....	198
C.- INTERPRETACIÓN DE TÉRMINO “ASOCIACIÓN”.....	201
D.- CONCLUSIONES.....	202
4.3. CONCEPTO JURISPRUDENCIAL DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL POSTERIOR A LA LO 5/2010 DE 22 DE JUNIO.....	203
A.- INTRODUCCIÓN.....	203
B.- ELEMENTOS DEL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (ART. 570 BIS 1.2º CP). ....	204
1) Agrupación formada por más de dos personas.....	204
2) Su constitución con carácter estable o por tiempo indefinido.....	206
3) Estructura interna compleja.....	208
4) Finalidad criminal.....	212
C.- DIFERENCIAS ENTRE ORGANIZACIÓN CRIMINAL Y GRUPO CRIMINAL.....	214
1) Introducción.....	214
2) Posturas doctrinales.....	216
3) Postura jurisprudencial.....	219
a) Ideas generales.....	219

b) Diferencias con la codelinuencia.....	222
c) Criterios objetivos de distinción entre organización criminal y grupo criminal.....	223
D.- PERTENENCIA A LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA.....	230
1) Doctrina.....	231
2) Tratamiento jurisprudencial del término “pertenecieron” .....	233
5. JEFES, ADMINISTRADORES Y ENCARGADOS DE LA ORGANIZACIÓN (PÁRRAFO 2º ART. 369BIS) .....	239
5.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DEL SUBTIPO AGRAVADO.....	239
A.- LEY ORGÁNICA 8/83 DE 25 DE JUNIO.....	239
B.- LEY ORGÁNICA 1/88 DE 24 DE MARZO Y LEY ORGÁNICA 10/95 DE 23 DE NOVIEMBRE.....	240
C.- LEY ORGÁNICA 15/2003 DE 25 DE NOVIEMBRE.....	244
D.- LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO.....	250
5.2. TRATAMIENTO DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DEL SUBTIPO AGRAVADO.....	250
5.3. CONCEPTO DE “JEFE” DE LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA.....	256
5.4. CONCEPTO DE “ADMINISTRADOR” DE LA ORGANIZACIÓN DELICTIVA.....	258
5.5. CONCEPTO DE “ENCARGADOS”.....	259
5.6 CONCLUSIONES.....	261
6. LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN POR LOS DELITOS COMETIDOS POR LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	263
6.1 INTRODUCCIÓN.....	263
6.2 TEORIAS SOBRE EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES, ADMINISTRADORES Y ENCARGADOS DE LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL.....	267
A.- TEORÍA DE LA AUTORÍA MEDIATA A TRAVÉS DE APARATOS ORGANIZADOS DE PODER (ROXIN) .....	267
B.- LA TESIS DE LA COAUTORÍA (MUÑOZ CONDE).....	270
C.- LA TESIS DE LA INDUCCIÓN.....	273
D.-LA TESIS DE LA COOPERACIÓN NECESARIA (HERNÁNDEZ PLASENCIA) .....	273
E.- POSICIÓN DE JOSHI JUBERT SOBRE LA RESPONSABILIDAD DE LOS JEFES.....	274
6.3 PROBLEMA DE LA ADMISIÓN O NO DE LAS FORMAS DE PARTICIPACIÓN DE LOS MIEMBROS DE LA ORGANIZACIÓN.....	276
7. PENALIDAD DEL ART. 369 BIS CP.....	280
7.1. INTRODUCCIÓN.....	280

7.2. CARÁCTER DESPROPORCIONADO DE LAS PENAS (ART 369 BIS CP). NUESTRA PROPUESTA. ....	281
7.3. LA ATENUACIÓN POR “ARREPENTIMIENTO ACTIVO” DEL ART. 376.1 CP. ....	287
A.- INTRODUCCIÓN.....	287
B.- NATURALEZA JURÍDICA DE LA FIGURA DEL ART. 376 CP.....	288
C.- REQUISITOS (REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES).....	290
1) Abandono voluntario de la actividad delictiva.....	290
2) Colaboración activa con las autoridades.....	293
D.- CONCLUSIONES SOBRE EL ART. 376. 1 CP Y SU APLICACIÓN EN RELACIÓN AL ART. 369 BIS CP.....	296
7.4. DECOMISO DEL ART. 374 CP.....	296
A.- EL NUEVO ART. 374 CP, LO 1/2015 DE 30 DE MARZO.....	296
B.- CLASES DE DECOMISO .....	301
1) Decomiso directo o basado en condena (art. 127 CP).....	301
2) Decomiso por sustitución.....	301
3) Decomiso ampliado.....	302
4) Decomiso sin condena.....	307
5) Decomiso de bienes de tercero .....	309
7.5. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS.....	310
A.- INTRODUCCIÓN.....	310
B.- PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES.....	313
C.- SISTEMA DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD PENAL A LAS PERSONAS JURÍDICAS DEL ART. 31 BIS CP. ....	315
1) Posturas doctrinales y de la Circular 1/2016 de la FGE.....	315
2) Postura jurisprudencial (STS núm. 154/2016 de 29 de febrero).....	321
8. PROBLEMAS CONCURSALES DEL ART. 369 BIS.....	324
8.1. RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL SUBTIPO AGRAVADO DEL ART. 369 BIS Y LOS ARTS. 570 BIS Y 570 TER CP.....	324
8.2. RELACIÓN CONCURSAL DE LOS ARTÍCULOS 369, 369 BIS Y 370 CP.....	337
8.3 SUPUESTOS ESPECIALES DE CONCURRENCIA DE UTILIZACIÓN DE BUQUES, AERONAVES POR ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL O DE UNA RED INTERNACIONAL.....	338
8.4 PROPUESTA DE REGULACIÓN.....	348