

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular nº 3/2011, de 11 de octubre, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2011, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y de precursores

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Arts. 368, 369, 370, 570 bis y 570 ter CP (LO 5/2010, de 22 de junio)

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Ficha elaborada por la Fiscalía Especial Antidroga

TEXTO DE LA CIRCULAR

**Circular 3/2011, de 11 de octubre, sobre la reforma del Código Penal efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas y precursores.**

**1. Los nuevos criterios punitivos en los delitos de tráfico ilegal de drogas**

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, en el que se tipifican los delitos contra la salud pública, determinando un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica se indica que dicha reforma se realiza, por un lado, de conformidad con las normas internacionales, en concreto la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, y por otra parte, acogiendo la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los arts. 369 bis, 370 y siguientes del Código Penal.

Entre las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010 también se encuentra una innovadora regulación en el art. 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Ambas novedades legales generan importantes cuestiones jurídicas de carácter concursal derivadas de la posibilidad de que una conducta de tráfico de drogas realizada perteneciendo a una organización criminal pueda incurrir en tipos penales regulados en diversas normas.

Además, la complejidad de las expresadas situaciones concursales se agudiza en estos delitos relativos al tráfico de drogas por la amplia descripción de las conductas típicas que los configuran, así como por la diversificación penológica derivada de la nocividad de las sustancias, del grado de participación en las organizaciones delictivas y del numeroso elenco de subtipos agravados.

Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas, a través de las cuales se pretende resolver los expresados concursos normativos mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los numerosos supuestos que pueden presentarse, además de facilitar la labor en la determinación de las penas aplicables.

**1.1. Tipo básico del art. 368 del Código Penal**

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha dado la siguiente redacción al art. 368 CP :

Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los arts. 369 bis y 370.

Dos son las modificaciones que dicha Ley Orgánica ha operado en el art. 368 CP: la primera, afecta a las penas privativas de libertad establecidas cuando el objeto material del delito son drogas que causan grave daño a la salud; y la segunda, consistente en la previsión de la posibilidad de atenuación de las penas establecidas en dicho artículo en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Por lo que se refiere a la penalidad, se ha reducido considerablemente el límite máximo de la pena de prisión establecida en el art. 368 CP cuando las conductas tipificadas en el mismo se realicen con sustancias o productos causantes de grave daño a la salud, estableciendo la pena privativa de libertad de prisión de tres a seis años, cuando en la regulación anterior estaban castigadas con la pena de prisión de tres a nueve años.

Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 no se hace ninguna indicación sobre el fundamento de tal modificación, en el Proyecto de la misma se indicaba que respondía a que el límite de nueve años de prisión ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, no se han modificado las penas de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito, cuando éste se realiza con sustancias que no causan grave daño a la salud, y tampoco ha variado la pena de multa del tanto al triple cuando el mismo se ejecuta con sustancias que causan grave daño a la salud.

**1.2. Las circunstancias atenuantes reguladas en el párrafo segundo del art. 368 del Código Penal**

La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido un nuevo párrafo en el art. 368 CP que otorga a los Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en el párrafo primero del mismo, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Discrecionalidad que no será aplicable cuando concurran las

primero del mismo, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Discrecionalidad que no solo equivale cuando concurren las circunstancias agravantes de los arts. 369 bis y 370.

En el Proyecto de dicha Ley Orgánica se incluía la expresión "excepcionalmente", y limitaba la aplicación de esta reducción de pena a los supuestos del art. 368 CP, excluyendo expresamente tanto el art. 369 CP como los arts. 369 bis y 370 CP. Durante la tramitación parlamentaria de dicho Proyecto, se aceptó la enmienda n° 462 del Grupo Parlamentario Socialista, que estaba planteada en base al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 y proponía la supresión de la referencia al art. 369 CP a fin de potenciar las posibilidades de arbitrio judicial. Además, con carácter transaccional, también se excluyó el término "excepcionalmente", quedando aprobado el texto en los términos transcritos ut supra.

En relación con concurrencia de la expresada atenuación con alguna de las agravaciones establecida en el art. 369 CP, hay que significar que la Circular de la Fiscalía General del Estado n° 2/2005 realizó un análisis sobre cada una de dichas agravaciones, cuyos criterios se mantienen; por lo que en este momento únicamente es preciso añadir que, en principio, es factible la aplicación de la atenuación prevista en el párrafo segundo del art. 368 CP, tanto respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del art. 368 CP, como cuando concorra alguno de los subtipos agravados del art. 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación y de alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena, procurando evitar que la apreciación de la atenuación se convierta en un mecanismo para realizar calificaciones de conformidad sin el suficiente soporte fáctico.

Aunque dicho precepto establece una amplia discrecionalidad judicial, no hay que olvidar que la misma está sometida a revisión vía recurso de apelación o de casación y, por tanto, los Sres. Fiscales deberán vigilar que la apreciación por los Tribunales de dicha atenuación y la consiguiente minoración de la pena, se encuentre fundamentada en datos fácticos acreditados (STS 268/2011, de 1 de abril) respecto de la concurrencia de los presupuestos relativos a una menor antijuridicidad -la escasa entidad del hecho- y una menor culpabilidad -las circunstancias personales del culpable-, debiendo formular el recurso que corresponda en los casos en que las resoluciones judiciales carezcan de la motivación suficiente.

La redacción de este nuevo segundo párrafo del art. 368 CP plantea la cuestión relativa a la necesidad de la concurrencia de una sola o de ambas circunstancias -objetiva, de la escasa entidad del hecho, y subjetiva, referida al culpable- para la apreciación de la expresada atenuación.

La interpretación gramatical del precepto conduce a estimar el criterio acumulativo de ambos presupuestos, toda vez que en el texto legal están unidos por la conjunción copulativa "y", argumento al que hay que añadir la ratio legis por la que se introduce la atenuación está referida a supuestos de menor entidad en los que concurren ambas circunstancias. En su virtud, los Sres. Fiscales únicamente instarán la apreciación de la atenuante contenida en el párrafo segundo del art. 368 cuando en el procedimiento concreto resulte acreditada la concurrencia conjunta de los dos requisitos legales: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable. No obstante, la apreciación conjunta de ambas circunstancias -menor culpabilidad y menor antijuridicidad- puede ponderarse en el sentido expresado en la STS 764/2011, de 19 de julio, en aquellos casos en los que concurriendo claramente una de ellas, la otra, sin ser negativa, resulte simplemente neutra.

Las penas procedentes, en el caso de apreciarse la reducción derivada de la aplicación de la indicada atenuación, serán de prisión de seis meses a once meses y veintinueve días, en el caso de que el delito se refiera a sustancias o productos que no causan grave daño a la salud, y de un año y seis meses a dos años, once meses y veintinueve días si las sustancias o productos objeto del delito son causantes de grave daño a la salud, y en ambos casos multa de la mitad del tanto al tanto del valor de la sustancia o producto.

En todo caso hay que dejar señalado que la apreciación de la expresada atenuación y, por tanto, la imposición de la pena inferior en grado conforme a las reglas contenidas en el art. 70.1.2 CP, en los supuestos en los que concorra alguna circunstancia del art. 369 CP, se efectuará a partir de la pena que corresponda tras la aplicación del tipo agravado; y que cuando concurren tres o más de las circunstancias del art. 369 CP, no procederá la atenuación en ningún caso, porque los hechos revestirán extrema gravedad, y, en consecuencia, se incardinarán en el art. 370, cuya aplicación excluye expresamente esta atenuación.

## 2. La nueva regulación de los subtipos agravados del art. 369 del Código penal

### 2.1. La incidencia de la modificación de las penas del tipo básico en los subtipos agravados

La significativa reducción de la pena prevista en el nuevo art. 368 CP para los delitos cometidos con sustancias que causan grave daño a la salud, también tiene incidencia en los supuestos agravados del art. 369 CP, por cuanto en el mismo se establecen penas privativas de libertad superiores en grado a las previstas en el artículo anterior. Al respecto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 expresa que de acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora [Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004], se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas. Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia -también de acuerdo con la pauta europea- siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme.

Las penas privativas de libertad superiores en grado resultantes de la aplicación de alguna de las calificaciones previstas en el art. 369 CP serán de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses cuando el delito esté referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, y de prisión de seis años y un día a nueve años cuando el delito se refiera a sustancias que causan grave daño a la salud. En ambos supuestos se impondrá la multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga objeto del delito.

### CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (I)

#### ARTS. 368 Y 369

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
368 pfo. 1º TIPO BÁSICO	GRAVE DAÑO	03.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO
06.00.00				
NO GRAVE DAÑO	01.00.00	03.00.00	TANTO AL DUPLO	
03.00.00				
368 pfo 2º TIPO BÁSICO -ATENUADO-	GRAVE DAÑO	01.06.00	02.11.29	½ DEL TANTO AL TANTO
02.11.29				
NO GRAVE DAÑO	00.06.00	00.11.29	½ DEL TANTO AL TANTO	
00.11.29				
369 TIPOS AGRAVADOS	GRAVE DAÑO	06.00.01	09.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO

09.00.00				
NO GRAVE DAÑO	03.00.01	04.06.00	TANTO AL CUÁDRUPLO	
04.06.00				
369 TIPOS AGRAVADOS CON ATENUACIÓN art. 368 pfo. 2º	GRAVE DAÑO	03.00.01	06.00.00	½ DEL TANTO AL TANTO
06.00.00				
NO GRAVE DAÑO	01.06.01	03.00.00	½ DEL TANTO AL TANTO	
03.00.00				

## 2.2. Modificaciones en el art. 369 del Código Penal

Además de la expresada incidencia en las penas del art. 369 CP como consecuencia de la modificación de las establecidas en el art. 368 CP, la Ley Orgánica 5/2010 también ha efectuado reformas directas en el art. 369 CP, que se concretan, por un lado, en la supresión de las circunstancias agravantes nº 2ª y 10ª del apartado 1, relativas a la pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la difusión de drogas y a los supuestos de contrabando, respectivamente; y de otro lado, en la derogación del apartado 2º del art. 369 CP que estaba referido a la responsabilidad de las organizaciones, asociaciones o personas titulares de los establecimientos donde se cometa el delito. Aunque es de significar que tales derogaciones, con la salvedad de la relativa a los supuestos de contrabando, han ido acompañadas de una nueva regulación de dichas cuestiones en el art. 369 bis CP, que se analiza ut infra.

En lo que atañe al resto de las circunstancias previstas en el apartado 1º del art. 369 CP se mantienen con idéntico contenido tras la reforma, por lo que únicamente se han visto afectadas por la modificación del ordinal asignado a las mismas, que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, se enumeran del 1 al 8. Por tanto, en relación con la interpretación y alcance de las mismas, se mantienen los criterios expresados en la Circular nº 2/2005 de la Fiscalía General del Estado.

## 2.3. La supresión de la agravante de contrabando

La agravante que se contenía en el derogado nº 10 del art. 369, referida a los supuestos en los que el culpable introdujera o sacara ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciera la realización de tales conductas, fue incorporada al Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Esta modificación no fue ajena al cambio de criterio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tradicionalmente había considerado que cuando la interceptación de la droga se producía en zonas fronterizas, se trataba de concurso ideal entre un delito contra la salud pública con otro de contrabando. Sin embargo, a partir de la STS 1088/1997, de 1 de diciembre, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997, se asentó en la doctrina del Alto Tribunal la consideración (STS 141/1998, de 6 de febrero) de que la concurrencia del tráfico de drogas con la introducción o exportación ilegal de tales sustancias daba lugar a un concurso de normas a resolver conforme al art. 8.3º CP.

Según dicha doctrina el delito tipificado en los arts. 368 y 369 CP absorbe todo el desvalor de la conducta, es decir, alcanza toda la ilicitud del hecho, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso podrá satisfacerse pago alguno al Estado, dada la naturaleza de la sustancia objeto del delito, por lo que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya ha sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el art. 368 CP.

A través de la última reforma, el legislador ha decidido suprimir dicha agravación, sin referencia alguna a esta modificación en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y, posteriormente, mediante Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, mantiene en el art. 2.3 que se comete delito de contrabando (...) cuando el objeto (...) sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas (...). Por tanto, ha de entenderse que recobra plena vigencia la expresada doctrina jurisprudencial que aprecia la absorción del delito de contrabando por el de tráfico de droga al existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3ª del art. 8 CP.

## 3. La agravante de pertenencia a una organización dedicada al tráfico de drogas regulada en el art. 369 bis del Código Penal

La especial incidencia de la criminalidad organizada en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas ya determinó una agravación específica en la redacción del art. 344 bis a) 6º del Código Penal TR de 1973, introducida por Ley Orgánica 1/1988, que se producía cuando el culpable perteneciera a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta agravación, con el añadido de pertenencia a una asociación, paso a configurar el subtipo agravado nº 6 del art. 369 en el texto original del Código Penal regulado por Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre; el cual, en idénticos términos, fue trasladado al nº 2 del mismo art. 369.1 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La supresión de dicha agravante nº 2ª del art. 369 CP que ahora efectúa la Ley Orgánica 5/2010, no implica que la pertenencia a una organización delictiva haya dejado de tener entidad para agravar el delito, sino que esta circunstancia recibe una nueva regulación individualizada configurándose como subtipo agravado en el nuevo art. 369 bis CP, en cuyo primer párrafo se establece que cuando los hechos descritos en el art. 368 se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

Además, en el segundo párrafo del nuevo art. 369 bis CP se imponen las penas superiores en grado a las antedichas, a los jefes, encargados o administradores de la organización.

## CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (II)

### ART. 369 BIS

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º -partícipe-	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00	12.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00	10.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO	
ORGANIZACIÓN CRIMINAL		12.00.01		CUÁDRUPLO AL

369 bis pfo 2º -jefes, encargados o administradores-	GRAVE DAÑO	18.00.01 18.00.00	18.00.00	CUÁDRUPLO SÉXTUPLO	AL
NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00	15.00.00		CUÁDRUPLO SÉXTUPLO	AL

### 3.1. Delimitación conceptual de organización delictiva, grupo criminal y otros supuestos de codelincuencia

También es de significar que tras la derogación del citado art. 369.1.º CP, la nueva regulación de la agravación por pertenencia a organización delictiva en el nuevo art. 369 bis CP, no ha sido trasladada en los mismos términos que estaba redactada en el subtipo derogado, toda vez que en el nuevo texto legal no se hace referencia a las organizaciones de carácter transitorio, ni a la expresa finalidad de la organización de difundir las sustancias o productos aun de forma ocasional, como se expresaban en la agravación de la regulación anterior.

En realidad, dicha supresión de los términos "transitorio" y "ocasional" como caracteres de la organización criminal es concordante con una de las novedades más importantes introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales", establece un concepto de organización criminal en el art. 570 bis CP, definiéndola como la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

Es decir, en lo sustancial, a través de la Ley Orgánica 5/2010 se ha venido a plasmar legalmente el concepto de organización criminal que, precisamente en relación con los delitos de tráfico de drogas, habla sido objeto de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial, que exigía para su apreciación la concurrencia de una serie de requisitos, resumidos en la STS 65/2006, de 2 de febrero, que, con cita de otras anteriores -759/2003, de 23 mayo; 797/1995, de 24 de junio; 1867/2002, de 7 de noviembre; 867/1996, de 12 de noviembre- señalaba que la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura (...).

Por otro lado, la Ley Orgánica 5/2010 ha introducido el concepto de grupo criminal, definiéndolo en el art. 570 ter 1 in fine CP como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Dada la diversidad conceptual que la vigente regulación atribuye a las posibles conductas delictivas concertadas por varios sujetos, la adecuada interpretación de los correspondientes tipos penales requiere la delimitación del alcance que el vigente Código Penal atribuye a los supuestos de codelincuencia, grupo organizado y organización criminal.

Los requisitos establecidos en el nuevo concepto de organización criminal, plasmados en el art 570 bis -pluralidad de personas [dos o más], actividad criminal temporal indefinida o estable, distribución de funciones o cometidos, plan concertado y coordinado- permitirán delimitar los supuestos en los que concurra una organización criminal respecto de aquellos en los que se trate de manifestaciones de simple codelincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito, e incluso mediante la nota de negatividad expresada en el art. 570 ter, respecto de la pertenencia a un grupo criminal.

Por lo que se refiere a la diferenciación de organización y grupo criminal, el legislador ha construido el concepto de este último sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias de la organización criminal, por lo que se puede concluir que los caracteres "transitorio" y "ocasional" expresados en el subtipo agravado del derogado art. 369.1.º CP, en la actualidad se incardinan en el concepto de grupo criminal, toda vez que se corresponde con una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo.

Sin embargo, mayores dificultades ofrece la diferenciación entre el delito de pertenencia a un grupo criminal y otras formas de codelincuencia o de consorcio ocasional para delinquir, siendo de suma trascendencia la diferencia entre ambas figuras pues es distinto su régimen jurídico. Mientras que los supuestos de codelincuencia no tienen trascendencia penológica al margen de los delitos que se cometan, la pertenencia a un grupo criminal constituye un delito autónomo respecto de las infracciones penales que eventualmente se cometan, que deben castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos.

Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, para la determinación de la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelincuencia o de consorcio ocasional para delinquir, siguiendo el criterio establecido en la Circular de la FGE nº 2/2011 sobre la reforma del Código Penal en relación con las organizaciones y grupos criminales, los Sres. Fiscales valorarán la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Además, como se ha indicado anteriormente la innovadora regulación en el art. 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, junto con la creación del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales, plantean diversas situaciones concursales, a cuyo análisis se dedican los siguientes apartados de la presente Circular.

### 3.2. Relación concursal de los subtipos agravados de los arts. 368, 369, 369 bis y 370 del Código penal

La Ley Orgánica 5/2010 mantiene la vinculación penológica de la regulación anterior entre los arts. 368, 369 y 370 CP, estableciendo que cuando concurra alguno de los supuestos de agravación regulados en estos últimos se impondrán las penas superiores en grado, o en uno o dos grados, respectivamente, a las señaladas en el primero. Es decir, se establece una relación de especialidad entre dichos artículos, de forma que son de aplicación preferente las penas establecidas en el que contiene una regulación especial en relación con la norma general.

Sin embargo, en el art. 369 bis CP la expresada reforma legal únicamente contempla tal relación de especialidad respecto de las conductas del art. 368 CP, pero sin correspondencia penológica, toda vez que las penas privativas de libertad se establecen en el mismo de forma individualizada, sin referencia a los otros artículos del Capítulo en el que se encuentra inserto.

El art. 369 bis CP dispone que las penas que establece se impondrán cuando los hechos descritos en el art. 368 CP se hayan realizado por quienes pertenecieran a una organización delictiva. Por tanto, en los supuestos en los que una conducta incurra en alguno de los subtipos agravados en el art 369 CP o en el art. 370 CP y además en el 369 bis CP, se puede plantear una doble opción: a) imponer acumulativamente -concurso real o ideal- las penas establecidas en las normas concurrentes, o b) estimar que de la remisión que el art. 369 bis CP realiza a los hechos descritos en el art. 368 CP, así como de la gravedad de las penas del art. 369 bis CP, se deduce que el legislador ha incorporado en este artículo el desvalor de la conducta implícita en las posibles agravaciones en que haya incurrido el infractor, produciéndose un concurso de normas que se resuelve de conformidad con la regla 4ª del art. 8 del Código penal, toda vez que entre el art. 369 bis CP y los arts. 369 y 370 no se produce ninguna relación de especialidad, subsidiariedad o complejidad a los efectos de la aplicación de las normas 1ª, 2ª y 3ª del expresado art. 8 CP.

Efectivamente, ante la exacerbación penal que supondría la acumulación de la suma de las penas previstas en los artículos concurrentes -concurso real (arts. 73 y 75 CP)- e incluso mediante la imposición de la pena del delito más grave en su mitad superior -concurso ideal (art. 77 CP)-, la interpretación lógica, proporcional, histórica -regulación anterior-, así como sistemática -entidad de las agravaciones- de los preceptos, conducen a la conclusión de que la remisión que el art. 369 bis CP hace a los hechos descritos en el 368 CP, está referida a las conductas que se describen en el mismo con las eventuales agravaciones en que se haya incurrido.

Así, cuando en los delitos de tráfico de drogas se aprecie que han sido realizados por quienes pertenecieran a una organización delictiva será de aplicación el subtipo agravado regulado en el art. 369 bis, produciéndose diversas situaciones concursales en relación con la regulación en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales, que se analizan seguidamente.

Cuando se produzca alguna de las situaciones concursales a las que se hace referencia en los siguientes apartados de la presente Circular, los Sres. Fiscales deberán cuidar que la calificación jurídica formulada en sus correspondientes escritos -si es preciso con una sucinta justificación de la misma- contenga todas las normas en concurso, incluidas las que queden absorbidas, así como las que se aplican para la resolución del mismo, de forma que en los supuestos en los que órgano jurisdiccional no aprecie la existencia de alguna de las circunstancias fácticas que generan tal concurso, pueda dictar el correspondiente fallo en virtud de la calificación jurídica formulada respecto de los restantes hechos que se consideren probados, sin que se pueda alegar indefensión por vulneración del principio acusatorio.

### 3.3. Relación concursal del subtipo agravado de pertenencia a una organización del art. 369 bis y del art. 570 bis del Código penal

En virtud de la coincidencia conceptual establecida por la Ley Orgánica 5/2010 entre la organización criminal tipificada en el art. 570 bis CP y el subtipo agravado en los delitos de tráfico de drogas del art. 369 bis CP, se evidencia un concurso de normas, el cual, con independencia de cualquier otro planteamiento, habrá de resolverse conforme al principio de legalidad que inspira el Derecho penal, es decir, a partir del criterio de alternatividad o gravedad de la pena, toda vez que dicha Ley Orgánica 5/2010 ha introducido en el art. 570 quarter 2 in fine una regla expresa para solucionar el concurso de normas que opta por tal solución, al establecer que en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4ª del art. 8.

El legislador ha decidido que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave, con el objeto de evitar sanciones atenuadas derivadas de la eventual existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Aunque el expresado concurso de normas entre los arts. 369 bis y 570 bis CP se produce porque la pertenencia a una organización está tipificada en ambas disposiciones, sin embargo, hay que tener en cuenta que el primero de estos artículos castiga conjuntamente dos conductas: la de traficar con drogas y la de pertenecer a una organización, mientras que el art. 570 bis CP únicamente tipifica esta última conducta.

Efectivamente, el art. 369 bis CP sanciona como subtipo agravado a los que trafiquen con drogas perteneciendo a una organización delictiva, incluyendo en el tipo el desvalor de la acción de traficar con droga. Sin embargo, en el art. 570 bis se castiga únicamente a los que participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma, es decir, este tipo penal no exige para su aplicación que se haya cometido ningún otro delito; por tanto, la aplicación de este tipo penal supone que cuando a través de una organización se ejecuta un delito -tráfico de drogas-, la sanción a imponer debe incluir la pena que corresponde a ambos delitos -pertenencia a organización y tráfico de drogas- en concurso real.

En su virtud, la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4 CP para resolver el concurso de normas entre los art. 369 bis y 570 bis CP, determinando cual de ambas disposiciones tiene señalada sanción de mayor gravedad, supone la comparación de las penas del art. 369 bis CP con las que resulten del concurso real entre el tipo del art. 570 bis CP y el que proceda por el delito de tráfico de drogas.

Igualmente se produce dicho concurso de normas en relación con el subtipo agravado de segundo grado previsto en el art. 369 bis para los jefes, encargados o administradores de la organización y la agravación que establece el art. 570 bis.1 respecto de quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal.

En ambos concursos de normas, para determinar cual de ellas castiga con mayor pena\*, es preciso comparar caso por caso las penas que corresponden a cada imputado en virtud de su participación y de la actividad realizada en la organización y en el delito de tráfico de drogas, según se detalla en el siguiente cuadro.

**CUADRO PENOLÓGICO COMPARATIVO (ART. 570 BIS - ART 369 BIS) DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS REALIZADO A TRAVÉS DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL (III)**

(\*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)	DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)						
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 24 (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 14 (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00 (*)	
ORGANIZACIÓN DELITO NO GRAVE 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño)	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 24 (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)

Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 14 (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	
TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 369)	DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)						
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00 (*)	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	
TRÁFICO DE							

DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CONCURRENDO UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 368)	DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)						
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1° (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00 (*)	
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1° (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)	DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)						
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa de tanto al 3	18.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	13.06.00 (*)	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1° (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	12.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)
	03.00.01		ORGANIZACIÓN				

Participación activa, cooperación económica, etc.	U4.06.UU + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	U4.06.UU 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	
TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)	DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)						
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00 (*)
Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00 (*)	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)

(grave no dano salud) Art. 369							
Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	
TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)	DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)						
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	21.00.00 (*)	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	16.06.00 (*)	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado	Promovieren,	06.00.01 09.00.00		ORGANIZACIÓN			

<p>personas, armas, medios avanzados, etc.</p> <p>+ TRAFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369</p>	<p>constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)</p>	<p>+ 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3</p>	<p>13.06.00</p>	<p>CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)</p>	<p>NO GRAVE DAÑO</p>	<p>10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6</p>	<p>15.00.00 (*)</p>
<p>Participación activa, cooperación económica, etc.</p>	<p>03.06.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3</p>	<p>09.00.00</p>	<p>ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 14 (pertenencia)</p>	<p>NO GRAVE DAÑO</p>	<p>04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4</p>	<p>10.00.00 (*)</p>	

Como se observa en la precedente tabla, hay supuestos en los que la aplicación de la norma más gravemente penada puede determinar la aplicación de tipos penales diversos en virtud del diferente rol cada sujeto en la organización.

#### 3.4. El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal

Según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, la estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Sin embargo, tal similitud en el esquema de la regulación de las organizaciones y los grupos criminales sufre cierta alteración en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, toda vez que el legislador ha previsto en el Capítulo dedicado a estos delitos una agravación específica en el art. 369 bis CP por razón de la pertenencia a una organización criminal, que no afecta a los supuestos de ejecución de dichos delitos a través de un grupo criminal. Por tanto, en los supuestos en los que el infractor realiza el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal no se produce un concurso de normas, sino un concurso real de delitos.

Efectivamente, cuando un sujeto interviene en la ejecución de un delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que, además, afectan a dos bienes jurídicos distintos, regulados en Capítulos diferentes del texto penal. Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el art. 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los 368 y sgtes. CP. En su virtud, no serán de aplicación las normas establecidas en el art. 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los arts. 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

#### 4. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de tráfico de drogas

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incorporado en los cuatro últimos párrafos del nuevo art. 369 bis las penas que corresponde imponer a las personas jurídicas que sean declaradas responsables penales de los delitos de tráfico de drogas tipificados en los arts. 368 y 369, en los siguientes términos:

Cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los dos artículos anteriores, se le impondrán las siguientes penas:

- Multa de dos a cinco años, o del triple al quintuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

Se concreta así, en concordancia con lo previsto en el art. 31 bis CP, en relación con los delitos de tráfico de drogas la superación del principio *societas delinquere non potest*, que encuentra su fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

La opción del legislador español por establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha determinado la derogación del art. 369.2 CP que contemplaba la posibilidad de imponer multas a las organizaciones de narcotraficantes.

Como quiera que la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye la modificación de mayor trascendencia de las efectuadas por la L.O. 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código Penal, y no contemplándose ninguna especialidad en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas respecto de otros delitos que se ven afectados por la innovación, ha de acudirse para su interpretación a las pautas contenidas en la Circular nº 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal por Ley Orgánica número 5/2010.

#### 5. Modificaciones de las circunstancias de especial agravación previstas en el art. 370 del Código penal

Dos han sido las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el art. 370 CP. La primera afecta al ordinal 2.º con el objeto de adecuarlo a la nueva redacción del art. 369.1, y la segunda para ampliar el concepto de buque. Quedando redactado el art. 370 en los siguientes términos:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el art. 368 cuando:

- Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
- Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2ª del apartado 1 del art. 369.
- Las conductas descritas en el art. 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el art. 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2 y 3 se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triple del valor de la droga objeto del delito.

#### 5.1. Utilización de menores de 18 años o de disminuidos psíquicos

La nueva redacción del expresado artículo no ha producido ninguna modificación en el punto 1, y por tanto, no se alteran los criterios interpretativos plasmados en la Circular nº 2/2005 de la Fiscalía General del Estado en relación con la utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos; en su virtud los Sres. Fiscales deberán restringir su aplicación a

los supuestos en que el afectado tenga limitadas sus facultades de discernimiento y su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos. Se trata de un tipo doloso y, por tanto, para la apreciación de esta circunstancia tanto en los supuestos de utilización de disminuidos psíquicos como de menores de edad, será preciso que el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas.

Además, este subtipo deberá aplicarse únicamente cuando el sujeto activo del delito se sirva de una de estas personas -menores o disminuidos psíquicos- para la comisión del hecho delictivo, previniéndose de su situación de ascendencia sobre ellos o captando su voluntad, quedando circunscrito el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el menor es mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable. Si hay acuerdo de voluntades libre y consciente de cualquier clase, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización (STS. 311/2009, de 27 de febrero). Por tanto, no debe aplicarse este subtipo agravado en todos los supuestos de intervención de un menor de edad junto con una persona mayor de edad, en este tipo de actividades; pues resulta evidente que no es infrecuente que los menores, más que ser utilizados, lo que hacen es colaborar o cooperar con los mayores (STS. 176/2009, de 13 de marzo).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo examinó esta cuestión en su reunión del día 26 de febrero de 2009, tomando el siguiente acuerdo: El tipo agravado previsto en el art. 370.1º del Código Penal resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo,

prevaleciéndose de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

## **5.2. Penalidad de los jefes, administradores o encargados de organizaciones no dedicadas al tráfico de drogas**

Por lo que se refiere al punto 2 del art. 370 CP, en virtud de la remisión a la agravación 2ª del apartado 1 del art. 369 y de su redacción tras reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el supuesto de especial agravación relativo a los jefes, administradores o encargados de las organizaciones queda reducida a la vinculación de éstos a otras actividades no relacionadas con el delito de tráfico de drogas.

Ya antes de la reforma esta agravación resultaba de compleja aplicación, pero al suprimirse la referencia a la pertenencia del sujeto a organizaciones o asociaciones dedicadas a la difusión de drogas, la referencia a otras actividades organizadas -que a falta de especificación incluso podrían ser lícitas- queda descolgada en el vacío, siendo, por otro lado, de difícil explicación el fundamento de configurar una circunstancia de especial agravación sobre la conducta básica de tráfico de drogas, incluso de escasa entidad, por el hecho de que el infractor participe en otras actividades organizadas.

Además, esta circunstancia plantea conflictos concursales con la regulación de las organizaciones y grupo criminales regulados en los arts. 570 bis y 570 ter, cuya discutible resolución además de desproporcionada tendrá muy improbables aplicaciones prácticas, por lo que con más motivos que antes de la reforma se puede vaticinar la inoperancia e inaplicabilidad del precepto, debiendo ser la prudencia de los Sres. Fiscales la guía en su actuación en el ámbito de esta circunstancia de agravación.

## **5.3. Tráfico de drogas con cantidades de extrema gravedad**

Es conveniente hacer alguna precisión en relación con la agravante de extrema gravedad modificando el criterio fijado en la Circular nº 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, toda vez que en la actualidad el mismo ha quedado establecido en virtud del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, a cuyo tenor la aplicación de esta agravación del art. 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

A efectos de la configuración de esta agravante de extrema gravedad, conviene recordar que según el Acuerdo del Pleno de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del 2001, la agravante específica de notoria importancia (actual circunstancia 5ª del art. 369 CP) se determina a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario de cada una de las sustancias según informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Para su determinación se tiene en cuenta exclusivamente la sustancia base o toxica, con la salvedad del hachís y sus derivados.

Algunos ejemplos de cantidades de notoria importancia son los siguientes: Heroína 300 gr., Morfina 1.000 gr., Metadona 120 gr., Cocaína 750 gr., Marihuana 10 Kg., Hachís 2,5 Kg., Aceite de hachís 300 gr., LSD 300 mg., MDMA (éxtasis) 240 gr., Anfetaminas 90 gr.

## **5.4. Concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369.1 del Código Penal**

Por lo que se refiere a la concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369. 1, como quiera que uno sólo de los subtipos de este artículo implica la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, el legislador ha establecido la posibilidad de incrementar la penalidad hasta los dos grados respecto de la señalada en el art. 368 CP cuando concurren tres de aquellas circunstancias. No obstante, los Sres. Fiscales, valorarán en cada caso, las agravaciones que concurren y las circunstancias

personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

## **5.5. El tráfico de drogas mediante la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas**

No presenta especiales problemas interpretativos la circunstancia de simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. La razón de que esta circunstancia sea calificada como de extrema gravedad está en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional, dado que su persecución y descubrimiento resulta, en estos casos, más dificultoso.

## **5.6. La utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas y el concurso con la agravación prevista en los arts. 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) del Código Penal cuando la organización o el grupo, respectivamente, disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte**

La modificación operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, ha asimilado al concepto de buques o aeronaves como medio de transporte específico el de embarcaciones. La razón de esta modificación se encuentra en la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacía del término buque, manifestada en SSTS 317/2010, de 19 de abril, 341/2010, de 13 de abril o 746/2010, de 15 de julio, que excluían de dicha agravación los casos de utilización de lanchas motoras, exigiendo que se tratará de embarcaciones aptas para efectuar travesías de cierta entidad y, por tanto, quedaban fuera del ámbito de esta agravación la utilización muy frecuente de potentes lanchas para el transporte de droga.

El legislador ha querido incluir dichas embarcaciones en la agravación, y la razón de ello se indica en la propia Exposición de Motivos, según la cual se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término «embarcación» a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrigidas.

En definitiva, la ratio legis no ha sido incluir en la agravación cualquier método de transporte marítimo, sino sólo aquellos que justifican el efecto exacerbador punitivo con motivo de la extrema gravedad en la que se enmarca normativamente la conducta, la cual además se vincula a la expresión transporte específico. Es decir, se colmará la agravación mediante la utilización de una embarcación que determine una mayor intensidad criminógena y contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad, como el traslado comercial lícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza.

Precisamente la mayor intensidad criminológica es la que también determina la agravación prevista en los arts. 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) CP cuando la organización o el grupo, respectivamente, 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. Obviamente dichos medios pueden ser de múltiples especies y cualidades, pero siendo uno de ellos la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico previsto en el art. 370 CP como supuesto de extrema gravedad de los delitos de tráfico de drogas, se vuelve a producir un concurso de normas cuando estos se ejecutan por una organización o grupo criminal mediante la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves que pueda también ser considerados medios de transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos.

La solución que a estos efectos establece el segundo párrafo del art. 570 quater. 2 CP en relación con supuestos de tráfico de drogas realizado por un grupo criminal mediante la utilización de tales medios de transporte, determina la aplicación en todo caso de las penas establecidas en el art. 370 CP, en virtud de la mayor gravedad de las mismas, en todos los posibles supuestos, respecto de las del art. 570 ter CP.

Aun en este ámbito hay que precisar que cuando el delito de tráfico de drogas de extrema gravedad sea cometido por un grupo criminal, el concurso de normas se referirá exclusivamente a la agravación derivada del uso de un buque, embarcación o aeronave. Por tanto, seguirá dándose la relación de concurso real antes expuesta entre el delito de tráfico de drogas cometido y el tipo básico del art. 570.ter.1 del texto punitivo. De este modo, el empleo de la embarcación determinará la existencia de un concurso real entre el referido tipo básico del grupo criminal y el tipo agravado de tráfico de drogas del art. 370 derivado del empleo del buque, embarcación o aeronave. Con ello, queda excluida la doble



ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave año) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados, administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00 (*)	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1° pertenencia	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00 (*)	
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRAFFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1° pertenencia	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00	
TRÁFICO DE DROGAS CONCURIENDO UNA O DOS AGRAVANTES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS	ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS	EXTREMA GRAVEDAD: BUQUES ( ... ) , REDES INTERNACIONALES ART. 370								
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00 (*)	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00

Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	14.00.00 (*)	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00	
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369)	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa tanto al 4	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa tanto al 4	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 0 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00	
TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO A LA SALUD (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE...	(CONCURRENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...									
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS	ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS	EXTREMA GRAVEDAD: BUQUES( ... ) , REDES INTERNACIONALES ART. 370								
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) nº elevado	Promovieren,	06.00.01		ORGANIZACIÓN					06.00.01 09.00.00 o	







DROGAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES  DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS	ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS	EXTREMA GRAVEDAD: BUQUES( ... ) , REDES INTERNACIONALES ART. 370								
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) n° elevado personas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1° (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00	
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST: n° elevado personas, medios avanzados. + TRAFICO	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2° (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

DROGAS (no grave daño) Art. 369										
Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perteneencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00 (*)	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00	

#### 6. La incidencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el delito de tráfico de precursores

El art. 371 del Código penal sanciona el denominado tráfico ilícito de precursores, cuya tipificación se remonta a la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de Drogas, que introdujo por primera vez el tráfico de precursores en el art. 344 bis g) del antiguo Código Penal.

La Ley Orgánica 5/2010 no ha afectado directamente a la redacción del art. 371, cuya última modificación -referida a su apartado 2- proviene de la efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, siendo su redacción actual la siguiente:

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adicionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triple del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el art. 369.2.

Sin embargo, la Ley 5/2010 sí ha afectado de forma indirecta al tráfico de precursores, por un lado, en cuanto que el último párrafo ya no será aplicable al haber quedado sin contenido el art. 369.2 al que se remite, y por otro, porque la pertenencia a una organización dedicada al tráfico de precursores entra en concurso con la nueva regulación que se efectúa en el nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica "De las organizaciones y grupos criminales" y, por tanto, la pena a imponer en determinados casos puede ser la establecida en este Capítulo.

En los supuestos muy habituales en que el delito de tráfico de precursores concurre con el tráfico de drogas, se produce una absorción por éste de aquel, toda vez que el primero constituye un adelantamiento de las barreras de intervención penal, que determina la punición de actos preparatorios del delito de tráfico de drogas. Como afirma la STS de 26 de marzo de 2001, la «ratio» del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con el cultivo y la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos.

El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no sólo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus «precursores».

Cuestión más problemática es la que se produce cuando el delito de tráfico de precursores se realiza perteneciendo a una organización dedicada a dicha finalidad. En términos similares a los ya expuestos ut supra en relación con los delitos de tráfico de drogas, se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia a una organización criminal tipificado en el art. 570 bis., el cual se ha de resolver mediante la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4º CP, y por tanto, comparar cual de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad(\*), a cuyo efecto en la tabla VI de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del art. 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de precursores, por lo que para hacer la comparación de penas con el art. 371, es preciso añadir a las penas fijadas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

En los supuestos en que la coparticipación en el delito de tráfico de precursores no alcanza el grado de organización y sí de grupo criminal, se produce un concurso real en el que se plantea la misma problemática anteriormente analizada en relación con el concurso entre los delitos de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, que determina la imposición acumulada de las penas señaladas para ambos, debiendo procurar los Sres. Fiscales que en ningún supuesto se imponga pena superior a los partícipes en un grupo criminal, que la que les correspondería si estuvieran integrados en una organización.

#### CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE PRECURSORES Y COMPARATIVO CON PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIÓN CRIMINAL (VI)

(\*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración

PRECURSORES	ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + PRECURSORES									
ARTÍCULO	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA	INHABILITAC.	ARTÍCULO	PARTICIPACIÓN	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA	INHABILITACIÓN
TIPO BÁSICO (371.1)	03.00.00 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO							
ORGANIZACIÓN -particpe-(371.2)	04.06.01 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO	INHB. Especial DE 3 A 6 AÑOS	PRECURSORES + ORGANIZACIÓN 570 bis.1 DELITO GRAVE	Participación, cooperación activa	03.00.00 06.00.00 + 02.00.00 05.00.00	11.00.00 (*)	TANTO AL TRIPLO	INHAB. Especial DE 3 A 6 AÑOS
					PRECURSORES +	núm. elevado personas, armas, medics	03.00.00 06.00.00 03.06.01	11.00.00 (*)		

					ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE	antes, medios avanzados. (UNA O MAS CIRCUNS)	05.00.00 05.00.01 07.06.00	13.06.00 (* )		
ORGANIZACIÓN -jefes, administrador o encargados (371.2)	06.00.01 09.00.00	09.00.00	TANTO AL TRIPLO	INHB. Especial DE 3 A 6 AÑOS	PRECURSORES + ORGANIZACIÓN 570 bis.1 DELITO GRAVE	Promotores, directores, etc.	03.00.00 06.00.00 + 04.00.00 08.00.00	14.00.00 (* )	TANTO AL TRIPLO	INHB. Especial DE 3 A 6 AÑOS

## CONCLUSIONES

PRIMERA.- La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, produciendo un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas. En la aplicación de dichas penas tiene especial relevancia la innovadora regulación en el art. 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas con el objeto de facilitar la resolución de las situaciones concursales derivadas de la nueva regulación, mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los diversos supuestos que pueden presentarse.

SEGUNDA.- Los Sres. Fiscales deberán vigilar que las sentencias que aprecien el tipo atenuado previsto en el segundo párrafo del art. 368 CP estén sustentadas en datos fácticos acreditados de la concurrencia de los presupuestos relativos a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, interponiendo, en su caso, el correspondiente recurso de apelación o casación.

TERCERA.- La atenuación prevista en el párrafo segundo del art. 368 CP, a tenor del texto legal, puede ser aplicada respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del art. 368 CP, y también cuando concurra uno o dos subtipos agravados del art. 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación con alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena.

CUARTA.- La apreciación de la expresada atenuación y, por tanto, la imposición de la pena inferior en grado conforme a las reglas contenidas en el art. 70.1.2 CP, en los supuestos en los que concurra alguna circunstancia del art. 369 CP, se efectuará a partir de la pena que corresponda tras la aplicación de tipo agravado.

QUINTA.- En los supuestos en los que el culpable introdujera o sacare ilegalmente sustancias estupeficientes o productos psicotrópicos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas, deberá apreciarse la absorción del delito de contrabando en el de tráfico de drogas por existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3ª del art. 8 CP.

SEXTA.- Cuando una acción incurra en alguno de los subtipos agravados en el art. 369 CP o en el art. 370 CP y además se aprecie la concurrencia de la agravación de pertenencia a organización delictiva en delitos de tráfico de drogas prevista en el art. 369 bis, se producen diversas situaciones concursales en relación con la nueva regulación en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales, para cuya resolución hay que atender a lo que se establece en las siguientes conclusiones.

SÉPTIMA.- Cuando se produzca alguna de las situaciones concursales a las que se hace referencia en la presente Circular, los Sres. Fiscales deberán cuidar que la calificación jurídica formulada en sus correspondientes escritos contenga todas las normas en concurso, incluidas las que queden absorbidas, así como las que se aplican para la resolución del mismo, de forma que en los supuestos en los que órgano jurisdiccional de enjuiciamiento no aprecie la existencia de alguna de las circunstancias fácticas que generan tal concurso, pueda dictar el correspondiente fallo en virtud de la calificación jurídica formulada respecto de los restantes hechos que se consideren probados, sin que se pueda alegar indefensión por vulneración del principio acusatorio.

OCTAVA.- A los efectos de la correcta calificación de los hechos típicos realizados en concierto por varios sujetos, como supuestos de organización, grupo criminal o otra forma de codeinfluencia, siguiendo el criterio establecido en la Circular de la FGE nº 2/2011 sobre la reforma del Código Penal en relación con las organizaciones y grupos criminales, los Sres. Fiscales valorarán la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

NOVENA.- En los supuestos en los que se produzca un concurso entre las normas que regulan la pertenencia a una organización criminal, es decir, entre los arts. 369 bis y 570 bis CP, se ha de aplicar la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4º CP, y por tanto, comparar cual de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla III de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del art. 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de drogas, por lo que para hacer la comparación de penas con el art. 369 bis, es preciso añadir a las penas previstas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

DÉCIMA.- En el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que afectan a bienes jurídicos distintos. Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el art. 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los arts. 368 y sgtes. CP, no siendo de aplicación las normas establecidas en el art. 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los arts. 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

UNDÉCIMA.- Los Sres. Fiscales deberán restringir la aplicación de la agravación del delito de tráfico de drogas mediante la utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos a los supuestos en que tales circunstancias estén relacionadas con la ejecución del comportamiento típico, siendo preciso que el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas.

Además en virtud del Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, este tipo agravado resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

DUODÉCIMA.- Los Sres. Fiscales deberán aplicar la circunstancia agravante de extrema gravedad de la cantidad de sustancia estupeficiente o producto psicotrópico en todos aquellos casos en que exceda del resultado de multiplicar por mil la cuantía señalada por el Tribunal Supremo como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

DECIMOTERCERA.- En los supuestos en los que concurren tres o más de las circunstancias previstas en el art. 369, los Sres. Fiscales valorarán en cada caso, las agravaciones que concurren y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

DECIMOCUARTA.- Los Sres. Fiscales deberán aplicar la circunstancia agravante de extrema gravedad por utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas en aquellos supuestos en los que dicha circunstancia determine una mayor intensidad criminal, por tanto, no cualquier método de transporte marítimo merecerá el efecto exacerbador de la pena, sino sólo aquellos cuya utilización contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad, como el traslado comercial ilícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza.

DECIMOQUINTA.- En los delitos de tráfico de drogas cometidos por organizaciones o grupos criminales utilizando buques, embarcaciones o aeronaves constitutivos de la agravación de extrema gravedad del art. 370 CP, se produce un concurso de normas con lo dispuesto en los arts. 570 bis.2 y 570 ter.2 CP, respectivamente, que ha de resolverse conforme a la regla 4.2 del art. 8 CP. La determinación de la pena más grave en cada uno de los múltiples supuestos que pueden presentarse quedan reflejadas en la tabla V, en la que se ha omitido la referencia al grupo criminal del art. 570 ter, toda vez que, como ha quedado explicado en el cuerpo de esta Circular, las penas establecidas en el art. 370 CP son, en todos los casos, de mayor gravedad y, por tanto, de aplicación, en virtud de lo dispuesto en la regla 4.2 del art. 8 CP.

DECIMOSEXTA.- En los supuestos muy habituales en que el delito de tráfico de precursores concurre con el tráfico de drogas, se produce una absorción por éste de aquel, toda vez que el primero constituye un adelantamiento de las barreras de intervención penal, que determina la punición de actos preparatorios del delito de tráfico de drogas.

DECIMOSÉPTIMA.- Cuando el delito de tráfico de precursores se realice por una organización se produce un concurso de normas entre los arts. 371.2 y 570 bis CP, el cual se ha de resolver mediante la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el art. 8.4,2 CP, y por tanto, hay que comparar cual de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla/cuadro VII de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades, en la que se incluye el cuadro de penas correspondiente a los supuestos en que el delito se realice por un grupo criminal, en cuyo caso se produce un concurso real en el que se plantea la misma problemática anteriormente analizada en relación con el concurso entre los delitos de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, que determina la imposición acumulada de las penas señaladas para ambos, debiendo procurar los Sres. Fiscales que en ningún supuesto se imponga más pena a los partícipes en un grupo criminal, que la que les correspondería si estuvieran integrados en una organización.