



Luces y sombras en la reforma penal española sobre drogas de 2010*

Miguel Abel Souto

Universidad de Santiago, Chile

Revista Penal México, núm. 2, julio-diciembre de 2011

RESUMEN: Esta investigación pone de relieve la necesidad de una política criminal diferente en materia de drogas. Además, el autor analiza, desde un punto de vista crítico, la reforma de 2010, que da a la regulación sobre drogas del Texto punitivo español “una de cal y otra de arena”, puesto que embellece la pared maestra de su reacción penal contra la droga con la reluciente cal de las atinadas modificaciones operadas en los artículos 368 y 369, pero también deja una áspera mano de arena en ese rugoso muro, con las desproporcionadas reformas de los artículos 369 bis y 370, que provoca fricciones con principios penales básicos.

PALABRAS CLAVE: Política criminal, narcotráfico, circunstancias atenuantes y agravantes.

ABSTRACT: This research emphasizes the need of a different criminal policy on drugs. Moreover the author analyzes, from a critical perspective, the drugs new Spanish Criminal Law 2010, so much the positive aspects, the guessed right modifications in articles 368 and 369 Spanish Penal Code, as the negative aspects, the disproportionate reforms in articles 369 bis and 370 Spanish Penal Code.

KEYWORDS: Criminal policy, drug trafficking, attenuating and aggravating circumstances.

SUMARIO: I. Necesidad de una política criminal diferente. II. Disminución del límite máximo de la prisión en el tráfico de drogas “duras”. III. El nuevo tipo atenuado. IV. Supresión del tipo agravado de contrabando. V. Agravación por pertenencia a una organización delictiva. VI. Exasperación penal para los jefes, encargados o administradores. VII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas. VIII. El tipo de extrema gravedad por uso de embarcaciones.

* Esta contribución representa, básicamente, la conferencia que pronunció el autor en Huelva, el 11 de marzo de 2011, en el marco del XII Congreso de Justicia Penal.

I. Necesidad de una política criminal diferente

Las reformas operadas el 22 de junio de 2010 en materia de delitos relativos a drogas, como advierte Quintero Olivares, “se centran en las penas”¹ y atienden a la decisión marco 2004/757/JAI,² según el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, a cuyo tenor “se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados”,³ principio en el que se produce, a juicio de González Cussac, una corrección y avance esencial respecto al anteproyecto de 2008.⁴ Indudablemente, de entre todas las modificaciones sobre los delitos de tráfico de drogas que entraron en vigor el 23 de diciembre de 2010 las introducidas en el artículo 368 del Texto punitivo son, en palabras de Lorenzo Salgado, “las que deben ser acogidas más favorablemente”⁵ por su necesidad⁶ y “gran transcendencia práctica”.⁷ Incluso, los medios de comunicación, al hacerse eco de las innovaciones incorporadas por la reforma penal de 2010, una de “las más reiteradas”⁸

ha sido la disminución de las penas en el narcotráfico, lo cual no extraña dada la “relevancia”,⁹ puesta de manifiesto por Mir Puig y Corcoy Bidasolo, que adquieren estos delitos en la aplicación del Texto punitivo.

Pero antes de abordar los aspectos positivos y negativos de la reforma conviene denunciar, con Muñoz Conde incide en las clases “marginales y más débiles económicamente”,¹⁰ abocadas al menudeo de la droga “como alternativa a la pobreza y el desempleo”,¹¹ a las que afectan las toxicomanías en mayor medida y cuya situación se ve agravada con la crisis económica actual.¹² Los “tradicionales planteamientos ciegamente represivos”,¹³ que proceden de los convenios internacionales sobre drogas impulsados por los Estados Unidos,¹⁴ se basan en la idea de la “tolerancia cero”¹⁵ y nos han conducido a la “narcohistoria penal”¹⁶ de un “Derecho excepcional”¹⁷ “hiperpunitivista”,¹⁸ con “infracciones al principio de legalidad por medio de la Ley”¹⁹ advertidas ya en 1975, cuando apenas balbuceaba la democracia, por Vives Antón, una regulación

¹ Quintero Olivares, G. (dir.), *La reforma penal de 2010: análisis y comentarios*, Navarra, Aranzadi, 2010, p. 21.

² Véase *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*, DOCE de 11 de noviembre de 2004.

³ *Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, BOE de 23 de junio de 2010, preámbulo, XXIV, párrafo primero.

⁴ Véase González Cussac, J.L., “La reforma permanente: clima de miedo, pensamiento impecable y derechos mínimos”, en F.J. Álvarez García, González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 43 y 44.

⁵ Lorenzo Salgado, J.M., “Reformas penales y drogas: observaciones críticas. (Especial referencia a la LO 5/2010, de modificación del Código Penal)”, en Homenaje al profesor Landrove Díaz, en prensa, que se cita según el ejemplar dactilografiado cedido por el autor, p. 18.

⁶ Véase Queralt Jiménez, J.J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª edición, revisada y actualizada, Atelier, Barcelona, 2010, p. 1065.

⁷ Fakhouri Gómez, Y., “Tráfico de drogas”, en Molina Fernández, F. (coord.), *Memento práctico Francis Lefebvre*, Francis Lefebvre, Madrid, 2011, p. 1310, marginal 15102.

⁸ Mestre Delgado, E., “La disposición transitoria segunda”, *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n° 79, febrero de 2011, p. 3.

⁹ Mir Puig, S., Corcoy Bidasolo, M., “Prólogo”, en Mir Puig, S. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 15.

¹⁰ Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte especial*, 18ª edición, revisada y puesta al día, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 671.

¹¹ *Idem*.

¹² Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010: el problema de la drogodependencia en Europa”, Oficina de publicaciones de la Unión europea, Luxemburgo, 2010, pp. 5 y 15.

¹³ Landrove Díaz, G., *El nuevo Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 101.

¹⁴ Véase Quintero Olivares, G., “El fundamento de la reacción punitiva en el tráfico de drogas y los delitos relativos al mismo”, en *Drogas: aspectos jurídicos y médico legales*, Serie de ensayos, 9, *Universitat de les Illes Balears*, Palma de Mallorca, 1986, p. 161.

¹⁵ Cuesta Arzamendi, J.L. de la, y Blanco Cordero, I., “Estrategias represivas versus políticas de reducción de daños: las drogas en un Estado social y democrático de Derecho”, en Carbonell Mateu, J.C., González Cussac, J.L., y Orts Berenguer, E. (dirs.), *Constitución, derechos fundamentales y sistema penal. (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, p. 439.

¹⁶ Lorenzo Salgado, J.M., en “Homenaje al profesor Landrove Díaz”, *cit.*, p. 9.

¹⁷ Silva Sánchez, J.M., “Notas a la última reforma del Código Penal y la Ley de enjuiciamiento criminal en materia de tráfico de drogas”, *Revista Xurídica Galega*, n° 3, 1993, 1er. cuatrimestre, p. 379.

¹⁸ *Idem*.

¹⁹ Vives Antón, T.S., “Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes”, en Vives Antón, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 47.

excepcional en la que “encuentran difícil acomodo”²⁰ la seguridad jurídica, lesividad, proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia.²¹ Paradigmático resulta, como ponen de relieve Núñez Paz y Guillén López, el tipo abierto del artículo 368,²² que sigue castigando a los que “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas”, cuya redacción atenta manifiestamente contra los principios de “legalidad y seguridad jurídica”.²³

Para enfrentarse a la droga, uno de los problemas sociales “de mayor magnitud”,²⁴ es necesaria, como afirma Morillas Cueva, una política alternativa que defienda la libertad y la responsabilidad individual, busque a los verdaderos responsables y acabe con la automarginación y las “narcocracias”²⁵ apoyadas por intolerantes regímenes religiosos y militares, ante el fracaso del recurso sistemático al Derecho Penal para reducir la difusión y el consumo de drogas²⁶ o la “dudosa eficacia”²⁷ de inútiles prohibiciones y endurecimientos de penas²⁸ que nos conducen a funestos resultados,²⁹ a las “nefastas consecuencias de una política sobre drogas fundada en la represión”.³⁰ Efectivamente, las estadísticas evidencian el “fracaso de la solución represiva”,³¹ mundialmente, aun cuando en 2008 parece que se registraron algunas reducciones en la producción de cocaína y heroína, los datos sobre es-

timulantes de tipo anfetamínico están empeorando de forma especialmente problemática y la estimación, de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, relativa a que en 2007 entre 172 y 250 millones de personas consumieron drogas ilícitas por lo menos una vez en el año anterior,³² se repite en idénticos términos para el 2009 en el informe de 2010, el cual también registra que de los 3 millones de drogadictos que padecen sida sólo el cuatro por ciento recibe tratamiento antirretroviral.³³ Respecto a la situación europea, las muertes de personas entre 15 y 39 años inducidas por drogas alcanzan cuatro por ciento y se aprecia una creciente mortalidad asociada a su consumo,³⁴ la disponibilidad de cannabis ha aumentado así como las incautaciones de heroína y de resina de cannabis, en 2009 se alcanzó el récord de identificación de 24 nuevas drogas sintéticas, pauta que se mantiene en 2010, con 15 novedosas sustancias detectadas hasta julio,³⁵ y continúa el incremento de los delitos relacionados con el consumo de drogas.³⁶ Por lo que hace a nuestro país, permanece estable el consumo de cannabis y cocaína, sin embargo se ha incrementado la cantidad de heroína fumada, el porcentaje de fallecidos en los que se encuentra cocaína también ha aumentado,³⁷ tanto que hasta se refleja en el informe del observatorio europeo de las drogas y las toxicomanías, que igualmen-

²⁰ Lorenzo Salgado, J.M., “Los delitos contra la salud pública en el Código Penal de 1995: aspectos básicos”, en Gómez y Díaz-Castroverde, J.M., y Sanz Larruga, F.J. (dirs.), *Lecciones de Derecho sanitario*, Universidade da Coruña, Tórculo, 1999, p. 426.

²¹ *Idem*.

²² Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., “Moderna revisión del delito de tráfico de drogas: estudio actual del art. 368 del Código penal”, *Revista Penal*, nº 22, julio de 2008, p. 90, nota 90, pp. 91 y 97.

²³ Díez Ripollés, J.L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Estudio de las modificaciones introducidas por la Ley orgánica 1/1988, de 24 de marzo*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 59; Joshi Jubert, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Bosch, Barcelona, 1999, p. 177.

²⁴ Morillas Cueva, L., “El delito de tráfico de drogas en sentido estricto”, en Morillas Cueva (coord.), *Estudios jurídico-penales y político-criminales sobre tráfico de drogas y figuras afines*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 23.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Véase Navarro Blasco, E., “La reforma en materia de delitos contra la salud pública (arts. 368, 369, 369 bis y 370)”, en Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 2010...*, *cit.*, pp. 310 y 316, nota 2.

²⁷ Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 101.

²⁸ Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1040.

²⁹ Véase Cuesta Arzamendi, J.L. de La, y Blanco Cordero, I., *op. cit.*, p. 449.

³⁰ Díez Ripollés, J.L., “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, en Díez Ripollés, y Laurenzo Copello, P. (coords.), *La actual política criminal sobre drogas: una perspectiva comparada*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 604.

³¹ Quintero Olivares, G., “El fundamento...”, *cit.*, p. 184.

³² Véase Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, “Informe mundial sobre las drogas 2009”, resumen ejecutivo, Washington, D.C., 26 de junio de 2009, pp. 9 y 14.

³³ Véase United Nations Office on Drugs and Crime, “Promoting health, security and justice. Cutting the threads of drugs, crime and terrorism”, 2010 report, en <http://www.unodc.org>, pp. 43 y 52.

³⁴ Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 17-20 y 96-100.

³⁵ Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 18-20 y 104-109.

³⁶ Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 16 y 42.

³⁷ Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, Delegación del gobierno para el plan nacional sobre drogas, Madrid, 2009, pp. 34, 35 y 38.

te registra en 2009 la mayor prevalencia europea para España en el consumo de cocaína entre jóvenes de 15 a 34 años,³⁸ el volumen de heroína incautada ha experimentado un repunte, continúa la tendencia creciente en decomisos de cocaína y el número de denuncias por consumo o tenencia ilícita de drogas ha sufrido una claro ascenso.³⁹

Ante este panorama desolador al que nos conduce la malograda política criminal sobre drogas desarrollada hasta ahora se impone la “necesidad de un debate”,⁴⁰ reconocida incluso por las Naciones Unidas, sobre las formas de hacer frente a las drogas y los efectos negativos de su fiscalización,⁴¹ debate en torno a las tesis prohibicionistas encarnadas en los vigentes textos punitivos que hasta se ha producido en el núcleo duro estadounidense de la guerra total y la intolerancia contra la droga, pues el 2 de noviembre de 2010 el 44 por ciento de los californianos, en una consulta popular, se manifestaron en favor de legalizar el cultivo, distribución y consumo de marihuana.⁴²

En este sentido es hora de retomar seriamente propuestas, defendidas ya hace años, entre otros por Ferré Olivé⁴³ o Díez Ripollés, de una “despenalización controlada”,⁴⁴ que concitaron rápidamente el consenso doctrinal español, plasmadas en el manifiesto del grupo de estudios de política criminal, de 2 de diciembre de 1989, que tras más de dos décadas conservan plena actualidad a la luz de los últimos informes nacionales, europeos y mundiales que acabo de citar. Concretamente, se trataría de que el tráfico de drogas entre adultos no fuese delito sino que pudiesen

acceder legalmente a ellas, con estrictos controles administrativos de producción, calidad y venta; únicamente las más graves infracciones de tales controles constituirían delito así como el suministro de drogas a menores e incapaces, con lo que disminuiría notablemente el tráfico ilícito, el margen de beneficios y el poder de las grandes organizaciones de narcotraficantes⁴⁵ al desaparecer la “enorme rentabilidad que lo prohibido ejerce”.⁴⁶ Debe dejarse de proteger la moral de una clase dominante que favorece unas drogas y desprecia otras,⁴⁷ que “obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental”⁴⁸ a la vez que fomenta el consumo de las suyas.⁴⁹ Piénsese que el alcohol en el mundo occidental, por la eucaristía, se convierte en instrumento de redención según la Biblia,⁵⁰ mientras que para las culturas islámicas el vino constituye “pecado”⁵¹ y una de las “abominaciones”⁵² de Satanás, de manera que cada sociedad deforma el concepto de droga en su favor⁵³ y manifiesta con sanciones penales el evidente componente cultural de los bienes jurídicos.⁵⁴

Asimismo, poco después el grupo de estudios de política criminal elaboró una minuciosa propuesta de someter las drogas, excluidas de la publicidad, al control administrativo propio de los medicamentos para garantizar un consumo sin peligros⁵⁵ a los que, informados y prevenidos adecuadamente, decidan, en ejercicio de su libertad, drogarse, de modo que se proteja la salud con el consentimiento de los afectados y se eviten “las muertes por sobredosis, sida, hepatitis B u otras complicaciones sanitarias”,⁵⁶ puesto que

³⁸ Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, “Informe anual 2010”, *cit.*, pp. 19, 74 y 98.

³⁹ Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, *cit.*, pp. 39 y 40.

⁴⁰ Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, Informe mundial sobre drogas 2009, *cit.*, p. 1.

⁴¹ *Idem.*

⁴² Véase Lorenzo Salgado, J.M., en “Homenaje al profesor Landrove Díaz”, *cit.*, p. 2 y nota 4.

⁴³ Véase Ferré Olivé, J.C., “La descriminalización del tráfico y tenencia de drogas como alternativa político criminal”, *Lecciones y Ensayos*, n° 52, 1989, pp. 11-22.

⁴⁴ Díez Ripollés, J.L., “Alternativas...”, *cit.*, p. 604.

⁴⁵ Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto por una nueva política sobre la droga”, en *Una alternativa a la actual política criminal sobre drogas*, Imagraf, Málaga, 1992, pp. 12 y 13.

⁴⁶ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

⁴⁷ Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 84.

⁴⁸ Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto...”, *cit.*, p. 11.

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Véase Mateo, capítulo 26, versículos 27 y 28.

⁵¹ El Corán, azora 2, aleya 216.

⁵² Azora 5, aleya 92.

⁵³ Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 83 y nota 22.

⁵⁴ Véase Quintero Olivares, G., “El fundamento...”, *cit.*, pp. 175, 176 y 179.

⁵⁵ Véase Grupo de Estudios de Política Criminal, “Propuesta alternativa a la actual política criminal sobre drogas”, en *Una alternativa...*, *cit.*, pp. 21-23.

⁵⁶ Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto...”, *cit.*, p. 11.

precisamente es el mercado ilegal el que no permite controlar la calidad de las sustancias.⁵⁷

En cualquier caso, resulta imprescindible llevar a cabo una política de reducción de riesgos y daños⁵⁸ que disminuya los efectos negativos de las drogas, que vaya más allá del reparto de jeringuillas y metadona entre los adictos a opiáceos para ofrecer salas de consumo higiénico, programas de análisis de sustancias en zonas de ocio juvenil que detecten posibles adulteraciones y autorizaciones del consumo terapéutico de cannabis.⁵⁹ Ciertamente algún paso se ha dado, pero falta mucho camino por recorrer, ya que, aun cuando el número de tratamientos en Europa ha aumentado, a veces son inaccesibles para los más necesitados y, aunque no se aprecien reducciones en la infección de la hepatitis C y las muertes por sobredosis, las medidas para prevenirlas siguen siendo escasas,⁶⁰ pese a su demostrada eficacia, dado que las sobredosis que ocurren por el consumo de drogas en las salas vigiladas se controlan con éxito y en ellas no se ha registrado ninguna muerte.⁶¹

II. Disminución del límite máximo de la prisión en el tráfico de drogas “duras”

La Ley orgánica 5/2010 “ha reducido”⁶² significativamente,⁶³ de nueve a seis años,⁶⁴ el límite máximo

o “superior”⁶⁵ de la pena de prisión en el tipo básico del delito de tráfico de drogas⁶⁶ cuando el “objeto material”⁶⁷ esté integrado por “sustancias o productos que causen grave daño a la salud”,⁶⁸ esto es, en el caso de narcotráfico de drogas “duras”, con lo que el legislador construye “un nuevo escalón”⁶⁹ que permite salvar el hasta ahora extenso tramo, de tres a nueve años, previsto para el tráfico de las drogas más nocivas.⁷⁰ Obviamente, la disminución penológica en el primer párrafo del artículo 368 sólo afecta a la pena privativa de libertad mencionada, pero no alcanza a la multa proporcional⁷¹ ni a la prisión de uno a tres años contemplada para el tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud,⁷² pues cuando sean drogas “blandas” el objeto material del delito “no varía la pena”.⁷³

Semejante rebaja de la pena privativa de libertad comporta “una mejora de la regulación”⁷⁴ sobre drogas respecto al mandato de determinación en la medida en que limita el amplísimo marco penal anterior,⁷⁵ por lo que ya fue valorada, durante la tramitación del proyecto de 2009, muy positivamente al “paliar los graves problemas de desproporción de penas”,⁷⁶ criticados por la doctrina,⁷⁷ que implicaban distorsiones valorativas.⁷⁸ De manera que la reducción del límite máximo de la prisión, operada en el artículo 368, de

⁵⁷ Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 88.

⁵⁸ Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, *cit.*, pp. 69-72.

⁵⁹ Véase Cuesta Arzamendi, J.L. de la, y Blanco Cordero, I., *op. cit.*, pp. 439-441.

⁶⁰ Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Informe anual 2010, *cit.*, pp. 5, 15, 17-20, 37, 78, 79 y 96-101.

⁶¹ Véase Observatorio Europeo de las Drogas y las Toxicomanías, Informe anual 2010, *cit.*, p. 102.

⁶² Pedreira González, F.M., “Tráfico de drogas (arts. 368, 369, 369 bis y 370)”, en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L., *Comentarios a la reforma penal de 2010*, *cit.*, p. 420.

⁶³ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

⁶⁴ Véase Cardona Torres, J., *Derecho penal. Parte especial. Adaptado a la reforma de la Ley orgánica 5/2010 de 22 de junio*, Bosch, Barcelona, 2010, p. 437; Rius Diego, F.J., *Análisis policial del Código penal. Actualizada conforme a la LO 5/2010 de reforma del Código Penal*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 261, autor que, en el extenso capítulo que dedica a los delitos contra la salud pública, es la única modificación que advierte.

⁶⁵ Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 800.

⁶⁶ Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

⁶⁷ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 18.

⁶⁸ Artículo 368 del Código penal, párrafo primero.

⁶⁹ Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Lex nova, Valladolid, 2010, p. 1409; del mismo autor, “La nueva redacción de los delitos relativos al tráfico de drogas en la reforma del Código penal de 2010: juicio crítico”, *Diario La Ley*, nº 7534, 23 de diciembre de 2010, pp. 1 y 2.

⁷⁰ *Idem.*

⁷¹ Véase Queralt Jiménez J.J., *op. cit.*, p. 1066.

⁷² Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

⁷³ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 18, nota 68.

⁷⁴ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

⁷⁵ *Idem.*

⁷⁶ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas: art. 368, 369 y 370 CP”, en Álvarez García, F.J., y González Cussac, J.L. (dirs.), *Consideraciones a propósito del proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal. Conclusiones del seminario interuniversitario sobre la reforma del Código Penal celebrado en la Universidad Carlos III de Madrid*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 365.

⁷⁷ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

⁷⁸ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

nueve a seis años, “viene a reconciliar el precepto con el principio de proporcionalidad de las penas”,⁷⁹ cuya lesión por la anterior legislación se “reconoce”.⁸⁰ Por lo demás, dicha rebaja penológica se adecua al artículo 4.2 de la decisión marco 2004/757/JAI, que exige castigar al narcotráfico de “las drogas más perjudiciales para la salud”⁸¹ con “penas máximas de cinco a diez años de privación de libertad, como mínimo”,⁸² redacción que, pese a su confuso tenor literal, se refiere a que el límite máximo de la pena se sitúe, al menos, entre cinco y diez años, lo que ocurre con los seis años de prisión máxima que el artículo 368 dispone para el tipo básico de tráfico de drogas “duras”.⁸³

Realmente, en la práctica, la modificación legislativa no va a suponer un cambio radical, porque la judicatura, dentro de sus posibilidades, venía atemperando el exceso de las penas anteriores,⁸⁴ incluso con interpretaciones forzadas⁸⁵ y hasta se llegó a hablar de una “corruptela”⁸⁶ de los tribunales y la fiscalía, cuando únicamente pretendían que prevaleciese la proporcionalidad y la justicia material⁸⁷ mediante la imposición casi sistemática del mínimo de la pena, pietismo judicial tan comprensible como injustificable desde la perspectiva del principio de legalidad,⁸⁸ cuyo imperio queda ahora restablecido con la reforma penal de 2010.

Así, la rebaja, de nueve a seis años, en el límite máximo del tipo básico relativo al tráfico de drogas “duras” “responde a lo que venía haciéndose en la práctica judicial”,⁸⁹ que se movía normalmente en

la mitad inferior del marco penal⁹⁰ y se situaba “en todos los casos de menudeo en el límite mínimo de tres años”,⁹¹ tendencia de la que dejó constancia la exposición de motivos del proyecto de 2009, a cuyo tenor los nueve años de prisión acreditaron “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”,⁹² texto que desaparece del preámbulo de la Ley orgánica 5/2010.⁹³

En todo caso, el cambio debe “estimarse como muy positivo”⁹⁴ ya que, además, comporta “una rebaja automática”⁹⁵ en los tipos agravados de los artículos 369 y 370,⁹⁶ cuyas penas se verán “reducidas a partir de esta rebaja del límite máximo”.⁹⁷ El “efecto beneficioso”⁹⁸ se materializa en una moderación importante de las penas, dado que al imponer el artículo 369 del Código Penal la prisión superior en grado a la prevista en el artículo 368 ahora dispone un marco penal de seis años y un día a nueve años, frente al anterior de nueve años y un día a trece años y seis meses;⁹⁹ de otro lado, el artículo 370 del Texto punitivo, que eleva la pena del artículo 368 en uno o dos grados, permite actualmente una prisión máxima de nueve años y un día a trece años y medio, mucho más moderada que la privación de libertad de trece años, seis meses y un día a veinte años y tres meses veinte hasta el 23 de diciembre de 2010.¹⁰⁰

⁷⁹ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 19.

⁸⁰ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 310.

⁸¹ Artículo 4.2.b).

⁸² Artículo 4.2, inciso inicial.

⁸³ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 19.

⁸⁴ Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

⁸⁵ Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 44.

⁸⁶ Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

⁸⁷ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, pp. 310 y 316, nota 1.

⁸⁸ Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, p. 52.

⁸⁹ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

⁹⁰ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

⁹¹ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

⁹² Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, IX legislatura, Serie A: proyectos de ley, nº 52-1, 27 de noviembre de 2009, exposición de motivos, p. 9.

⁹³ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 20.

⁹⁴ *Idem.*

⁹⁵ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

⁹⁶ Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, pp. 807 y 813.

⁹⁷ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

⁹⁸ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

⁹⁹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21.

¹⁰⁰ *Idem.*

Por consiguiente, la Ley orgánica 5/2010, según sostiene Queralt Jiménez, “disminuye los efectos devastadores que la pena supone para los incautos aprendices de brujo”,¹⁰¹ introducidos en el lucrativo negocio de las drogas solamente “para unos pocos bien resguardados”.¹⁰² A modo de ejemplo, un universitario que en los pasillos de este auditorio onubense regalara o vendiese unas pastillas de éxtasis a sus compañeros, para hacer más excitante y llevadera mi intervención en el XII Congreso de Justicia Penal, hasta ahora por ello le correspondería una prisión de nueve años y un día a trece años y medio, cuando si hubiera matado a uno de nosotros podría ser castigado con diez años de prisión y con seis si hubiese violado a una compañera.¹⁰³ La desproporción era tan evidente como la necesidad de cambio legislativo, gracias al cual ahora este universitario puede ser castigado con prisión de seis años y un día o incluso, como se verá en el siguiente epígrafe, con tres años de cárcel, susceptibles de suspensión conforme al artículo 87 del Texto punitivo.

Otra consecuencia de la rebaja penológica operada en el artículo 368 es la revisión de sentencias, cuando el penado esté cumpliendo la pena, en virtud de la aplicación retroactiva de las normas penales que favorezcan al reo,¹⁰⁴ consagrada en la disposición transitoria segunda de la Ley orgánica 5/2010, en el párrafo segundo de su apartado primero, para lo cual “es necesario que el máximo de la pena nueva sea inferior

a la pena anterior impuesta”,¹⁰⁵ o dicho en términos mucho más sencillos: los presos “que superen los seis años de prisión en el caso del artículo 368 y los nueve años en el caso del 369 verán reducida su condena hasta tales límites”,¹⁰⁶ pero no alcanzará la revisión de sentencias a las rebajas facultativas previstas en el párrafo segundo del artículo 368,¹⁰⁷ ya que la mencionada disposición transitoria entiende “la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial”.¹⁰⁸ Prueba de la anterior práctica judicial correctora de la Ley es que el ministro de Justicia preveía escasas excarcelaciones de presos narcotraficantes a la entrada en vigor de la reforma,¹⁰⁹ concretamente de gente que transportaba la droga en el cuerpo o “muleros”¹¹⁰ y sobre todo de mujeres que se dedicaban al tráfico a pequeña escala o “trapicheo”,¹¹¹ muy pocas excarcelaciones, pese a la “encomiable rapidez”¹¹² de la secretaría general de instituciones penitenciarias, si se tiene en cuenta que la mayoría de los presos en España se encuentran en la cárcel por delitos relacionados con las drogas.¹¹³

III. El nuevo tipo atenuado

La reforma de 22 de junio de 2010 también añade un nuevo párrafo segundo al artículo 368 del Texto punitivo según el que “los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias

¹⁰¹ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1076.

¹⁰² *Idem.*

¹⁰³ Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 44, en relación con el que vende drogas “duras” en una Facultad, que también alude al caso del investigador que crea en un laboratorio universitario una droga de diseño que regala a sus amigos, el cual, además de pagar una multa proporcional, podría permanecer en prisión hasta trece años y medio, cuando si hubiese elaborado armas exterminadoras de la especie humana el máximo de prisión que le correspondería, según el artículo 160, sería de siete años a los que se uniría una inhabilitación especial.

¹⁰⁴ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21, nota 76.

¹⁰⁵ Uncilla Galán, I., Vicente Casillas, C., y Cordero Lozano, C., “Revisión de sentencias y régimen transitorio de la reforma penal de 2010”, en *Guía legislativa del Código Penal. Texto anotado y comparado, adaptado a la reforma de la L.O. 5/2010*, Bosch, Barcelona, 2011, p. 39.

¹⁰⁶ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 316.

¹⁰⁷ *Idem.*

¹⁰⁸ En el mismo sentido Fiscalía General del Estado, Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio, en <http://www.fiscal.es>, p. 13; Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 3. De otra opinión Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Disposiciones adicionales y transitorias”, en Quintero Olivares, G., “La reforma penal de 2010...”, *cit.*, pp. 404-406.

¹⁰⁹ Véase “Caamaño advierte de que la reforma del Código Penal ‘no prevé una excarcelación masiva’”, *Diario La Ley*, nº 7533, de 22 de diciembre de 2010, 26539, p. 1.

¹¹⁰ Véase “Al menos 408 presos serán puestos en libertad con la entrada en vigor del nuevo Código Penal”, *Diario La Ley*, nº 7536, de 28 de diciembre de 2010, 26907, p. 1.

¹¹¹ Véase “Caamaño afirma que se rebajarán las penas a los ‘trapicheantes’ de droga, unas 200 personas, y no a los narcotraficantes”, *Diario La Ley*, nº 7536, de 28 de diciembre de 2010, 269010, p. 1.

¹¹² Mestre Delgado, E., *op. cit.*, p. 4.

¹¹³ Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 436.

personales del culpable”, modificación que constituye una “novedad de extraordinaria relevancia”,¹¹⁴ ya que “permite”¹¹⁵ rebajar la pena en un grado en el tráfico de drogas tanto “duras” como “blandas”. Esta “atenuación facultativa”,¹¹⁶ con antecedentes en la redacción dada por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, al artículo 344 del antiguo Código penal,¹¹⁷ merece una estimación “positiva”¹¹⁸ habida cuenta de que “refuerza la vigencia del principio de proporcionalidad”,¹¹⁹ ya que la “necesaria reforma”¹²⁰ atiende a la crítica doctrinal contra las desproporcionadas penas de los delitos relativos a drogas,¹²¹ cuyo rigor punitivo ahora es posible “mitigar”¹²² o “moderar”¹²³ mediante la fórmula flexible que se ha incorporado, la cual permite paliar excesos como el que todo “trapicheo” con drogas “duras” tuviese que ser sancionado al menos con tres años de prisión.¹²⁴ En tal sentido la reforma de 2010 comporta un “tímido, pero sensible, viraje”¹²⁵ político criminal, especialmente “en el campo del menudeo”.¹²⁶

En punto a los dos parámetros atenuatorios, respecto a la referencia a “la escasa entidad del hecho”, tradicionalmente diversas legislaciones nacionales, *v.gr.* la alemana, austríaca o sueca, atemperan el rigor de las sanciones en función de la cantidad mínima de droga con la que se trafica,¹²⁷ en tal línea la rebaja penalógica alcanzará ventas que no excedan demasiado las dosis de consumo para un par de días¹²⁸ y, en gene-

ral, los casos en los que “no se produce una afectación cuantitativamente relevante a la salud pública”;¹²⁹ en cuanto al otro criterio, algún autor se ha preguntado qué pueden significar “las circunstancias personales del culpable (?)”,¹³⁰ a lo que debe responderse que, sobre todo, permiten tomar en consideración la figura criminológica del traficante consumidor, para el que se amplía el acceso a la suspensión de la ejecución de la pena,¹³¹ y “todas las circunstancias que configuren, condicionen o modifiquen la culpabilidad”.¹³²

Por lo que hace a los antecedentes próximos de la reforma, según el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, la posibilidad de reducir la pena “acoge la previsión contenida en el acuerdo del pleno no jurisdiccional de la sala segunda del Tribunal supremo, de 25 de octubre de 2005”.¹³³ En realidad, dicho acuerdo contenía dos propuestas: la primera, de Martín Pallín, versaba sólo sobre las cantidades módicas de drogas, para las que “las penas deberían ser de seis meses a dos años, cuando se trate de sustancias que no causan grave daño a la salud, y de dos a cinco años si se trata de sustancias que sí causen grave daño”;¹³⁴ y la segunda propuesta, de Martínez Arrieta, aprobada como alternativa, a cuyo tenor “los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”,¹³⁵ fue la que se acogió,¹³⁶ tras destacar el

¹¹⁴ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21.

¹¹⁵ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 678.

¹¹⁶ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1065. Así también véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, pp. 1311 y 1317, marginales 15102 y 15149; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

¹¹⁷ Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

¹¹⁸ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

¹¹⁹ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 21.

¹²⁰ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1065.

¹²¹ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

¹²² Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409.

¹²³ Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

¹²⁴ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

¹²⁵ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

¹²⁶ *Idem.*

¹²⁷ Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 42.

¹²⁸ Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 805.

¹²⁹ *Idem.*

¹³⁰ Vázquez Iruzubieta, C., *Comentario al Código Penal, actualizado por LO 5/2010, de 22 de junio*, La Ley, Madrid, 2010, p. 806.

¹³¹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 16 y 21, nota 77.

¹³² Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 805.

¹³³ Preámbulo, XXIV, párrafo segundo. Así también véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 436; Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, pp. 1311 y 1317, marginales 15102 y 15149; Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679; Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 2010...*, *cit.*, p. 21.

¹³⁴ Véase Manzanares Samaniego, J.L., *Código Penal. (Adaptado a la Ley orgánica 5/2010, de 22 de junio.) (Comentarios y jurisprudencia) II. Parte especial. (Artículos 138 a 639)*, Comares, Granada, 2010, que reproduce el acuerdo en p. 949.

¹³⁵ *Idem.*

¹³⁶ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 22 y nota 79; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, pp. 311 y 312.

consejo general del poder judicial el acierto de ambas propuestas y preferir por su flexibilidad el consejo fiscal la del segundo magistrado, que como ponente ya había dejado constancia de la necesidad del cambio legislativo en las sentencias del Tribunal supremo 1370/1999, de 30 de septiembre, 1831/1999, de 22 de diciembre, y 199/2004, de 18 de febrero.¹³⁷ Previamente el alto Tribunal había propuesto la reforma de la pena en el acuerdo de 25 de mayo de 2005,¹³⁸ que se desarrolló en la reunión llevada a cabo cinco meses después¹³⁹ y mucho antes se había pronunciado la doctrina,¹⁴⁰ la cual reclamaba un tipo atenuado que acabase, en determinados supuestos, con la imposibilidad de graduar la sanción, que en el tráfico de drogas “duras” saltaba, desde la atipicidad hasta los tres años de prisión,¹⁴¹ todo un abismo penológico. Aunque también es posible remontarse a la fórmula del artículo 344 del antiguo Código Penal que, desde la Ley de 15 de noviembre de 1971, permitía imponer la pena inferior en grado “atendidas las circunstancias del culpable y del hecho”; esto es: una privación de libertad de seis meses y un día, precepto que, por desgracia, igualmente admitía un despreciable arbitrio judicial incompatible con el principio de legalidad que alcanzaba los veinte años de reclusión menor.¹⁴²

De otro lado, la facultad de imponer las penas inferiores en grado a las previstas en el artículo 368 no se opone a la decisión marco 2004/757/JAI, la cual

“nada establece para los topes mínimos de pena”,¹⁴³ sino que la “harto curiosa”¹⁴⁴ redacción de su artículo 4, “penas máximas... como mínimo”, con “inducir a confusión”,¹⁴⁵ se refiere sólo al límite máximo de la pena que, además, puede ser superado,¹⁴⁶ que se fija en uno y cinco años, respectivamente, para el tráfico de drogas menos y más perjudiciales, “límites respetados escrupulosamente por la modificación”.¹⁴⁷

Ciertamente, el legislador podría haber ido más lejos, de manera que dispusiera una imposición de la pena inferior en grado obligatoria y no una mera facultad,¹⁴⁸ con todo, la nueva regulación no sólo implica “un avance indudable”¹⁴⁹ respecto a la anterior sino que también mejora la redacción del proyecto de 2009, al eliminar el adverbio “excepcionalmente” y con ello el carácter extraordinario de la rebaja,¹⁵⁰ supresión a la que alguna autora permanece ajena.¹⁵¹ La excepcionalidad del descenso penológico, introducido en el anteproyecto de 2006,¹⁵² mereció la valoración positiva del consejo fiscal porque, en su opinión, “obligará a los tribunales a motivar dicha atenuación”,¹⁵³ sin embargo, la supresión del carácter inusual resulta acertada tanto por su inutilidad, al no señalarse los parámetros que configuraban la regla frente a la excepción,¹⁵⁴ con lo que “nada se opondría en la práctica a la frecuente utilización de dicha rebaja”,¹⁵⁵ como por la siempre necesaria motivación, “ra-

¹³⁷ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma y estrategia de la Unión Europea en la represión del tráfico de drogas”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *La adecuación del Derecho Penal español al ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 693, 694 y nota 13; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad de droga. La dosis mínima psicoactiva”, en Álvarez García, F.J. (dir.), *El delito de tráfico de drogas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 146, 147 y nota 296.

¹³⁸ Véase Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, pp. 941 y 949.

¹³⁹ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

¹⁴⁰ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, pp. 692 y 693, nota 13; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 146, nota 296.

¹⁴¹ Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, pp. 31 y 32 y 42-44.

¹⁴² Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, p. 49.

¹⁴³ Lorenzo Salgado, J.M., en “Homenaje al profesor Landrove Díaz”, *cit.*, p. 22.

¹⁴⁴ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

¹⁴⁵ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, p. 720.

¹⁴⁶ *Idem.*

¹⁴⁷ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

¹⁴⁸ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

¹⁴⁹ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23.

¹⁵⁰ *Idem.*

¹⁵¹ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, pp. 1317 y 1318, marginal 15149, que sigue hablando del carácter excepcional de la atenuación pese a pronunciarse sobre ella en dos ediciones posteriores a la reforma.

¹⁵² Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, pp. 147 y 148; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, pp. 693 y 694; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

¹⁵³ *Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, acuerdo de 27 de noviembre de 2006, en <http://www.fiscal.es>, p. 217.

¹⁵⁴ Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1410; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, pp. 2 y 3.

¹⁵⁵ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23.

zonando la estimación o el rechazo de la aplicación del tipo atenuado”,¹⁵⁶ al tratarse de una “discrecionalidad reglada”,¹⁵⁷ así como en virtud del principio de proporcionalidad¹⁵⁸ y, especialmente, por la previsible “aplicación generalizada”¹⁵⁹ de la rebaja penológica, dado que la mayoría de las incautaciones representan sólo una o pocas dosis de droga,¹⁶⁰ el 95 por ciento no superan un gramo,¹⁶¹ o sea: el tipo atenuado procederá en casi todos los casos.¹⁶²

No obstante, advierte Lorenzo Salgado que el efecto atenuatorio en la privación de libertad puede neutralizarse por el mantenimiento de una multa proporcional que, aun cuando se rebaje en grado aplicando analógicamente la regla del artículo 70 según permite el acuerdo del pleno, de 22 de junio de 2008, de la sala segunda del Tribunal supremo, no siempre será posible pagar y que comportará una privación de libertad adicional por responsabilidad personal subsidiaria, la cual podría minimizarse si se adoptase para la multa proporcional la fijación analógica del arresto sustitutorio, defendida por el Tribunal supremo en su sentencia de 11 de diciembre de 2000, mediante el criterio previsto para la multa por cuotas; así, sobre la base del principio de proporcionalidad, cabría dividir el año que puede durar la responsabilidad personal subsidiaria entre diez, pues el décuplo constituye la multa proporcional máxima de nuestro Código Penal, de suerte que el arresto sustitutorio por no satisfacer las multas inferiores en grado contempladas en el artículo 368, de la mitad del tanto al tanto menos un euro, abarcaría de 18 a 35 días,¹⁶³ muy lejos del “recargo de hasta un año más de pena carcelaria”¹⁶⁴ que

la insolvencia del pequeño traficante venía suponiendo “en muchos supuestos”.¹⁶⁵

Asimismo, se ha manifestado que la atenuación del artículo 368 puede generar el “efecto perverso”¹⁶⁶ de un desplazamiento mayor, en el ámbito de los delitos relativos a drogas, de las eximentes y atenuantes genéricas, a cuya aplicación se resiste una práctica jurisprudencial “bastante deteriorada”.¹⁶⁷

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 368 “niega”¹⁶⁸ o no permite la nueva rebaja de la pena en grado “si concurriera alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”, de manera que la atenuación también alcanza, a diferencia del proyecto de 2009 y gracias a la enmienda nº 462 del grupo socialista que pretendía potenciar el arbitrio judicial,¹⁶⁹ al tipo cualificado del artículo 369, cuyas circunstancias —salvo la quinta, referente a la “notoria importancia” de la cantidad de la droga—¹⁷⁰ son compatibles con la “escasa entidad del hecho” exigida para la rebaja penológica,¹⁷¹ por lo que el cambio de última hora merece una “valoración positiva”.¹⁷² En contra de ello se ha considerado incomprensible que la atenuación abarque no sólo el tipo básico del 368 sino también el agravado recogido en el artículo 369 del Código Penal,¹⁷³ por vulnerar el “espíritu que inspira la norma”,¹⁷⁴ pero precisamente de lo que se trata es de excluir la atenuación de los tipos cualificados en los que los hechos representen una mayor gravedad,¹⁷⁵ tan es así que incluso cabría plantearse la oportunidad de que se permitiese la rebaja en algún caso del artículo 369 bis, *v. gr.*, al parado que con otros desempleados forma un grupo que recoge en la costa

¹⁵⁶ *Idem.*

¹⁵⁷ Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1410; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 3.

¹⁵⁸ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

¹⁵⁹ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

¹⁶⁰ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23.

¹⁶¹ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

¹⁶² Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 421.

¹⁶³ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 23 y 24 así como las notas 87 y 89.

¹⁶⁴ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

¹⁶⁵ *Idem.*

¹⁶⁶ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

¹⁶⁹ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

¹⁷⁰ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

¹⁷¹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 24 y 25.

¹⁷² Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 421.

¹⁷³ Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1411.

¹⁷⁴ *Idem.*

¹⁷⁵ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25.

unos fardos de hachís, el cual puede ser sancionado con prisión de diez años, además de corresponderle una multa proporcional¹⁷⁶ y hasta se ha defendido la conveniencia de que la atenuación alcance, respecto al artículo 370, al “correo de la coca” que, en situación de necesidad, transporta grandes cantidades de droga.¹⁷⁷ No obstante, debe criticarse la discordancia legislativa que entraña la exclusión en el preámbulo de la reforma de la rebaja penológica “en los artículos 369 bis, 370 y siguientes”,¹⁷⁸ cuando la redacción final del artículo 368, después de la tramitación parlamentaria, sólo alude al “369 bis y 370” y no al tráfico de precursores del artículo 371, incluido en el proyecto de 2007,¹⁷⁹ discordancia que, desde luego, debe resolverse mediante la prevalencia del texto articulado.

En lo que atañe a las penas del tipo atenuado, la privación de libertad oscilará, en los casos subsumibles en el artículo 368, de año y medio a tres años menos un día cuando el objeto material del delito sean drogas que causen grave daño a la salud y de seis meses a un año menos un día en el tráfico de drogas menos nocivas;¹⁸⁰ de otro lado, en los supuestos agravados del artículo 369 en que proceda rebajar la pena la prisión abarcará de tres a seis años en el tráfico con drogas “duras” y de un año y medio a tres en el menudeo con drogas “blandas”.¹⁸¹ Por lo que hace a la multa, irá de la mitad del valor de la droga objeto del delito¹⁸² hasta el tanto¹⁸³ menos un euro —de conformidad con la ya mencionada aplicación analógica del artículo 70 a la que acude el Tribunal supremo para rebajar en grado la multa proporcional— en los cuatro casos, al partirse siempre del “tanto”.¹⁸⁴

Por último, se ha puesto de relieve el “carácter acumulativo”¹⁸⁵ de los dos criterios para proceder a la atenuación penológica, que dificultará la aplicación del tipo privilegiado, pues el legislador emplea la conjunción copulativa “y” en vez de la disyuntiva “o” entre la “escasa entidad del hecho” y las “circunstancias personales del culpable”.¹⁸⁶ La interpretación queda en manos de la jurisprudencia,¹⁸⁷ a la que la doctrina ya le ha ofrecido una no descartable aplicación del tipo atenuado cuando únicamente concorra uno de los criterios “pero de gran entidad”,¹⁸⁸ *v. gr.* en el tráfico de drogas “en pago de una operación quirúrgica a un familiar”.¹⁸⁹

En suma, la elasticidad¹⁹⁰ del párrafo segundo del artículo 368 representa “un paso importante en la buena dirección”¹⁹¹ porque faculta una mayor adaptación del reproche penal a los casos de menor incidencia,¹⁹² permite adecuar mejor la pena a la conducta que los irracionales y valorativamente incoherentes¹⁹³ marcos penales anteriores, irreconciliables con el principio de proporcionalidad.¹⁹⁴

IV. Supresión del tipo agravado de contrabando

La Ley orgánica 5/2010, en el apartado centésimo quinto de su artículo único, dispone que “se suprimen las circunstancias 2ª y 10ª del apartado 1” en el artículo 369 del Código Penal, afirmación correcta respecto a la eliminación de la agravante décima referente al contrabando pero no en relación con la circunstancia segunda de pertenencia a una organización o asociación que tenga como finalidad difundir drogas, la cual

¹⁷⁶ Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

¹⁷⁷ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

¹⁷⁸ Preámbulo, XXIV, párrafo segundo, *in fine*.

¹⁷⁹ Véase *Proyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII legislatura, serie A: proyectos de ley, nº 119-1, 15 de enero de 2007, p. 29.

¹⁸⁰ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25.

¹⁸¹ *Idem*.

¹⁸² Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 806.

¹⁸³ Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

¹⁸⁴ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25, nota 96.

¹⁸⁵ Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 805.

¹⁸⁶ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

¹⁸⁷ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 25.

¹⁸⁸ Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 806.

¹⁸⁹ *Idem*.

¹⁹⁰ Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

¹⁹¹ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

¹⁹² Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 438.

¹⁹³ Véase Silva Sánchez, J.M., “Notas a la última reforma...”, *cit.*, p. 379.

¹⁹⁴ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 25 y 26.

no se suprime sino que se traslada de ubicación¹⁹⁵ al nuevo artículo 369 bis, que contempla “un tratamiento especial”¹⁹⁶ para la pertenencia a una organización delictiva.¹⁹⁷

En cuanto a la valoración que merece la eliminación del tipo agravado de contrabando, que elevaba la prisión en grado y la multa hasta el cuádruplo cuando “el culpable introdujera o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional”, es “muy”¹⁹⁸ positiva¹⁹⁹ como pone de relieve la doctrina mayoritariamente, al faltarle un soporte político criminal.²⁰⁰ Carecía de relevancia agravatoria que el tráfico se ejecutase mediante contrabando,²⁰¹ por eso la supresión de la circunstancia se ha realizado “con buen criterio”²⁰² y se estima no sólo “acertada”²⁰³ y aceptable desde el punto de vista técnico y político criminal²⁰⁴ sino “imprescindible”.²⁰⁵

Ciertamente, no existe unanimidad en la procedencia de eliminar el tipo agravado de contrabando y así su mantenimiento fue defendido por el grupo parlamentario popular en el Congreso, sin más argumentación que “no se encuentra justificación alguna”²⁰⁶ para el cambio, curiosa forma de argüir que ha encontrado reflejo en un fiscal para el que la circunstancia debería haberse conservado “al no existir razón alguna para su supresión”.²⁰⁷

La polémica no es nueva. Ya Vives Antón había puesto el acento, respecto al antiguo Código Penal, en la coincidencia de las conductas de narcotráfico y las de contrabando, que entrañaba un concurso de leyes y no de delitos, el cual debería resolverse en favor del Texto punitivo, pues la duplicidad de sanciones implicaría un inconstitucional *bis in idem*.²⁰⁸ La relación concursal se mantuvo entre los delitos relativos a drogas previstos en el Código Penal de 1995 y el artículo 2.3 a) de la Ley de contrabando, que la jurisprudencia solucionaba apreciando un concurso ideal,²⁰⁹ criticado extrajudicialmente por vulnerar el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 25 de la Constitución,²¹⁰ hasta el acuerdo del pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, de 24 de noviembre de 1997,²¹¹ que se decantó por el concurso aparente de normas penales, defendido por casi toda la doctrina,²¹² dada la identidad de bien jurídico protegido en el Código Penal y la Ley de contrabando, la salud pública,²¹³ ya que el interés fiscal, por la naturaleza de las sustancias, nunca se lesionaría al no poder realizar pago alguno al Estado,²¹⁴ como advirtió la fiscalía general del Estado en su circular 2/2005, de 31 de marzo,²¹⁵ “aunque el autor hubiera querido satisfacer las tasas aduaneras”,²¹⁶ por lo que la invocación del interés económico estatal, que algunos entendían

¹⁹⁵ Véase Informe del consejo fiscal sobre el anteproyecto de Ley orgánica por la que se modifica la Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, aprobado en su sesión de 4 de febrero de 2009, en Diego Díaz-Santos, M.R., Matellanes Rodríguez, N.P., y Fabián Caparrós, E.A. (comps.), *XXI Congreso universitario de alumnos de Derecho Penal*, Ratio Legis, Salamanca, 2009, p. 208.

¹⁹⁶ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 685.

¹⁹⁷ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1320, marginal 15178; Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422; Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 3.

¹⁹⁸ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

¹⁹⁹ Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009..., *cit.*, p. 208; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

²⁰⁰ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 17, 18 y 26.

²⁰¹ Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 682.

²⁰² *Idem*.

²⁰³ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

²⁰⁴ Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 810.

²⁰⁵ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

²⁰⁶ Grupo parlamentario popular en el Congreso, enmienda nº 369, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, IX legislatura, serie A: proyectos de ley, nº 52-9, de 18 de marzo de 2010, p. 166.

²⁰⁷ Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 4.

²⁰⁸ Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, pp. 59-61.

²⁰⁹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

²¹⁰ Véase Castro Moreno, A., “El culpable introdujere o sacare ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional, o favoreciere la realización de tales conductas”, en Álvarez García, F.J., “El delito de tráfico de drogas”, *cit.*, pp. 218-221.

²¹¹ El texto del acuerdo puede consultarse en Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 949.

²¹² Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1050.

²¹³ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

²¹⁴ Véase Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009..., *cit.*, p. 208.

²¹⁵ Véase Castro Moreno, A., *op. cit.*, p. 222.

²¹⁶ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

tutelado en el tráfico de drogas,²¹⁷ resultaba absurda en los géneros ilícitos y de tráfico prohibido.²¹⁸

Sin embargo, la Ley orgánica 15/2003, con el “objetivo de poner fin a la razonable solución”,²¹⁹ acordada por el pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, relativa al concurso aparente de normas penales,²²⁰ introdujo en el artículo 369.1 del Código Penal el “error mayúsculo”²²¹ de la circunstancia décima, que comporta un “retroceso incomprensible”²²² al endurecer, incluso, los efectos del concurso,²²³ puesto que antes del acuerdo de 1997 se imponía la pena del tipo básico en su mitad superior al apreciar el concurso ideal que el acuerdo quiso evitar y después de la reforma de 25 de noviembre de 2003 pasó a castigarse un solo delito con la pena superior en grado a la del tipo básico.²²⁴

Tamaña era la desproporción del castigo tras la reforma de 2003 con la agravante décima de contrabando que la jurisprudencia “se ha resistido enormemente a su aplicación”,²²⁵ hacía lo posible para disminuir la pena, pese a las dificultades legales para apreciar una rebaja,²²⁶ hasta se llegó a no aplicar el tipo agravado por alguna audiencia cuando concurría,²²⁷ y la doctrina lo interpretaba restrictivamente para evitar una prisión de nueve años y un día a trece años y medio,²²⁸ exigiendo una “finalidad de facilitar la difusión internacional del consumo”.²²⁹

Afortunadamente el legislador de 2003 había hecho mal sus deberes en el diseño del tipo, pues al exi-

gir que se “introdujera o sacare ilegalmente” la droga del territorio nacional requería el traspaso de la línea o de la barrera de la aduana,²³⁰ de modo que, como la “mayoría”²³¹ de las incautaciones se producen en los recintos aduaneros,²³² “no podía estimarse en rigor la consumación”²³³ sino una tentativa, castigada abstractamente con menor pena que la correspondiente al tipo básico consumado y el subtipo agravado en grado de consumación únicamente procedía cuando se superasen los controles aduaneros,²³⁴ casos frecuentes,²³⁵ en los que por desgracia no cabía la rebaja penológica, ya que al ser escasa la incidencia del cultivo de la droga en España su mercado se surte sobre todo mediante la importación clandestina.²³⁶

En definitiva, la supresión de la agravante de contrabando permitirá a los correos de la droga la revisión de sus sentencias pendientes de ejecución o cuando se encuentren cumpliendo condena, aunque no siempre,²³⁷ pues habrá que tomar en consideración el endurecimiento de las penas por pertenencia a una organización delictiva operado en la Ley orgánica 5/2010,²³⁸ las discordancias legislativas producidas en este ámbito, que se verán a continuación, y la concurrencia de otras agravaciones.²³⁹

De otro lado, la reforma de 22 de junio de 2010 elimina en el mismo artículo 369 del Código Penal su apartado segundo, que disponía para las organizaciones tanto una multa proporcional como el comiso y permitía pérdidas de derechos, *v. gr.* la posibilidad

²¹⁷ Véase la bibliografía citada por Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, en p. 82.

²¹⁸ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 703.

²¹⁹ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

²²⁰ *Idem.*

²²¹ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

²²² *Idem.*

²²³ Véase Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 101.

²²⁴ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, p. 156 y nota 3; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 704.

²²⁵ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

²²⁶ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, pp. 310 y 316, nota 1.

²²⁷ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

²²⁸ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 26.

²²⁹ *Idem.*

²³⁰ Véase Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 216 y 217.

²³¹ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

²³² Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 810.

²³³ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 27.

²³⁴ Véase *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 208.

²³⁵ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 705, nota 31.

²³⁶ Véase Núñez Paz, M.A., y Guillén López, G., *op. cit.*, p. 93.

²³⁷ Véase *Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio...*, *cit.*, pp. 13, 14 y 16.

²³⁸ Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 447.

²³⁹ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 704.

de obtener subvenciones, y la aplicación de las medidas previstas en el artículo 129. La supresión pretendida “evitar la duplicidad de regulaciones”²⁴⁰ y adaptar sistemáticamente el trasvase de conductas de las organizaciones delictivas, la nueva responsabilidad de las personas jurídicas reconocida en el artículo 31 bis²⁴¹ y las previsiones específicas que en materia de narcotráfico se contienen para ellas en el artículo 369 bis del Código Penal.²⁴²

V. Agravación por pertenencia a una organización delictiva

Hasta aquí, en términos generales, llegan los aspectos positivos de la reforma, las acertadas modificaciones que se operaron en los artículos 368 y 369, pero a partir del 369 bis el legislador obliga al principio de proporcionalidad y al narcotraficante no sólo a estar a las “maduras” sino también a las “duras”.

En efecto, la “cualificación especial”²⁴³ por pertenencia a una organización delictiva, establecida en el párrafo primero del artículo 369 bis, ya durante la tramitación parlamentaria mereció una “valoración muy negativa”²⁴⁴ con razón, ya que el tipo es “demasiado abierto”²⁴⁵ al no exigir a la asociación, a diferencia de su precedente, la circunstancia segunda del artículo 369.1, una finalidad de difundir drogas, aunque la gravedad de la pena parezca requerirla²⁴⁶ —en cualquier caso, la claridad brilla por su ausencia respecto a la necesidad de que se trate de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas—²⁴⁷ y debido a que el

“tratamiento agravatorio específico”²⁴⁸ desvinculado al artículo 368, sobre el que tradicionalmente se elevaban las penas en grado²⁴⁹ genera una “distorsión valorativa”²⁵⁰ del sistema²⁵¹ por la “penalidad totalmente autónoma”²⁵² “técnicamente objetable”.²⁵³

Así, el párrafo primero del artículo 369 bis castiga la pertenencia a una organización delictiva con prisión de nueve a doce años si se trafica con drogas “duras” y de cuatro años y medio a diez cuando el narcotráfico sea de drogas “blandas”, además de una multa proporcional del tanto al cuádruplo del valor de la droga en ambos casos, “penas ciertamente graves”,²⁵⁴ injustificadamente desproporcionadas, sobre todo las relativas al tráfico organizado de drogas que no causen grave daño a la salud, que hasta ahora únicamente se sancionaban con prisión de tres años y un día a cuatro años y medio,²⁵⁵ mientras que la “excesiva”²⁵⁶ agravación de la reforma permite castigar tales conductas con diez años de privación de libertad, incremento “importante”,²⁵⁷ “enorme”²⁵⁸ y “particularmente llamativo”.²⁵⁹ La ostensible agravación de la pena impedirá revisar las sentencias sobre tráfico organizado de drogas “blandas”, aunque curiosamente sí podrán acceder al mencionado beneficio los narcotraficantes dedicados asociadamente al comercio de sustancias que causen grave daño a la salud, castigados actualmente con un máximo de doce años de prisión frente a los trece años y medio anteriores.²⁶⁰

Con todo, algo se ha ganado en la tramitación parlamentaria, dado que las desproporcionadas²⁶¹ prisiones

²⁴⁰ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

²⁴¹ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

²⁴² Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 27.

²⁴³ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 682.

²⁴⁴ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 368.

²⁴⁵ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

²⁴⁶ *Idem.*

²⁴⁷ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1326, marginal 15212.

²⁴⁸ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 680.

²⁴⁹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28 y nota 105.

²⁵⁰ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

²⁵¹ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 370.

²⁵² Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

²⁵³ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

²⁵⁴ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28.

²⁵⁵ Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

²⁵⁶ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

²⁵⁷ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1327, marginal 15215.

²⁵⁸ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

²⁵⁹ *Idem.*

²⁶⁰ Véase Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio..., *cit.*, p. 14.

²⁶¹ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 713; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 369.

nes de nueve a catorce años, para el tráfico organizado de drogas “duras”, y de cinco a diez años, respecto al narcotráfico asociado de drogas “blandas”, recogidas en el proyecto de 2009, se sustituyeron por las menos rigurosas sanciones hoy vigentes,²⁶² gracias a la enmienda nº 463 del grupo parlamentario socialista en el Congreso.²⁶³

En cualquier caso, la Ley orgánica 5/2010 solapa en parte los marcos penales en el tráfico organizado de drogas “duras” y “blandas”, que además castiga con la misma multa proporcional,²⁶⁴ “solapamiento parcial absolutamente indeseable”²⁶⁵ habida cuenta de que en las sanciones que dispone “pesa más la pertenencia a la organización delictiva”²⁶⁶ que el tipo de drogas con las que se trafica, lo cual “no cuadra”²⁶⁷ con un sistema como el nuestro que hasta ahora establecía penas muy diferentes en función de la “naturaleza de la sustancia”.²⁶⁸

Nos hallamos ante una “evidente discordancia”²⁶⁹ carente de sentido si se atiende al bien jurídico que se pretende proteger,²⁷⁰ pues “desde el punto de vista de la salud pública”²⁷¹ resulta patente que “no deben tratarse igual las drogas gravemente nocivas y las que no lo son tanto”.²⁷²

En consecuencia, el legislador, con los nuevos marcos penales del párrafo primero del artículo 369 bis, manda al que decida integrarse en una organización el sorprendente mensaje de que “le compensa dedicarse a las drogas que causan mayor daño a la salud”,²⁷³ lo que, considerando la potencial afectación de las diversas sustancias para el bien jurídico, “no es de recibo”.²⁷⁴

VI. Exasperación penal para los jefes, encargados o administradores

El párrafo segundo del artículo 369 bis dispone un incremento punitivo “desmedido”²⁷⁵ o “desmesurado”,²⁷⁶ una “notable exasperación”²⁷⁷ para los jefes, encargados o administradores de la organización, puesto que les eleva las penas en grado a las previstas en el párrafo primero, de modo que en el caso de tráfico de drogas “duras” la prisión abarcará de doce años y un día a dieciocho años y en cuanto al narcotráfico de drogas “blandas” la pena privativa de libertad comprenderá de diez años y un día a quince años.²⁷⁸ Por consiguiente, al jefe de una organización dedicada al tráfico de drogas que causen menor daño a la salud se le eleva la pena respecto a la regulación anterior, pues en la hipótesis de que se impusiese la pena superior en dos grados, que permitía el artículo 370, la prisión no excedería de seis años y nueve meses frente a los quince años actuales. Asimismo, la Ley orgánica 5/2010 vuelve a solapar en parte los marcos penales del tráfico de drogas “duras” y “blandas”, ahora para los encargados de las organizaciones, y a desconocer la distinta afectación potencial relativa a la salud pública de las diversas sustancias.²⁷⁹ En cuanto a la multa, se ha dicho que sería en ambos casos del cuádruplo al séxtuplo del valor de la droga,²⁸⁰ aunque si se atiende a lo acordado por el pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, el 22 de junio de 2008, ante la imposibilidad de fijar la pena superior en grado de la multa proporcional, porque no existe una regla específica, ya que el artículo 70 sólo

²⁶² Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28, nota 106.

²⁶³ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 314.

²⁶⁴ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

²⁶⁵ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 28.

²⁶⁶ *Idem.*

²⁶⁷ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 715; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 369.

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 5.

²⁷⁰ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 28 y 29.

²⁷¹ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 674.

²⁷² *Idem.*

²⁷³ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

²⁷⁴ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 28 y 29.

²⁷⁵ Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425.

²⁷⁶ Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

²⁷⁷ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 29.

²⁷⁸ *Idem.*

²⁷⁹ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 715; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, pp. 369 y 370, en relación con el proyecto de 2009, que también agravaba la pena a los jefes en el tráfico organizado de drogas “duras”, con prisión de catorce a veintidós años, respecto a la antigua regulación.

²⁸⁰ Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 812; Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1076.

se refiere a la multa por cuotas, la sanción pecuniaria para los jefes, tanto en el tráfico de drogas “duras” como “blandas”, sería la misma multa proporcional del tanto al cuádruplo contemplada para los demás miembros de la organización en el párrafo primero del artículo 369 bis.²⁸¹

En todo caso, la desproporción de las penas previstas para los jefes, encargados o administradores, difíciles de identificar,²⁸² puede provocar “una jurisprudencia renuente a aplicar estas agravaciones”²⁸³ y el efecto criminógeno inherente a las sanciones desproporcionadas.²⁸⁴ Adviértase que al que trafica por cuenta propia con toneladas de hachís le corresponde una pena privativa de libertad máxima de seis años y nueve meses,²⁸⁵ mientras que “sería posible”²⁸⁶ castigar con quince años de prisión²⁸⁷ al jefe de una organización que trafica con unos gramos de marihuana,²⁸⁸ al “capo” de la droga que vende una “china” de “costo”.

Precisamente, estos excesos penológicos traen causa de la decisión marco 2004/757/JAI,²⁸⁹ invocada por el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, que alude a “reajustes en materia de penas”,²⁹⁰ de los que sólo se puede predicar la “reacción especialmente firme”, mencionada como cierre de párrafo, pero no el “refuerzo del principio de proporcionalidad de la pena”,²⁹¹ del que la reforma presume.

Sin embargo, no era necesario tamaño exceso para cumplir con el instrumento comunitario. El artículo 4.3 de la decisión marco sólo requiere que el tráfico organizado de drogas se castigue “con penas máxi-

mas de al menos diez años de privación de libertad”, exigencia que no justifica el importante aumento de sanción operado por la reforma.²⁹² Los requerimientos comunitarios, que no alcanzan a las penas mínimas ni a las intermedias, ya se cumplían con la anterior regulación,²⁹³ salvo en el caso del tráfico organizado de drogas blandas con “grandes cantidades”, para el que el artículo 4.3 de la decisión marco, puesto en conexión con la letra a) de su artículo 4.2, exige alcanzar los diez años de prisión sin distinguir entre drogas más o menos perjudiciales, por lo que para respetar la norma bastaba que la Ley orgánica 5/2010 circunscribiese la pena máxima de diez años, en el tráfico organizado de drogas que no causan grave daño a la salud, a los casos en que entrasen en juego “grandes cantidades”.²⁹⁴

Por último, debe denunciarse el “error”²⁹⁵ o la “incongruencia”²⁹⁶ de un legislador que pretende agravar la pena del narcotráfico por la pertenencia a una organización delictiva y dispone a la vez que, en el tráfico de drogas duras, cuando se den dos circunstancias del artículo 369, “paradójicamente”²⁹⁷ la condición de miembro de una organización “suponga un privilegio”,²⁹⁸ excluya la pena superior en dos grados prevista en el artículo 370 para los casos de “extrema gravedad” por concurrencia de tres circunstancias del artículo 369, pues ahora la pertenencia a la organización delictiva figura en el artículo 369 bis y no en el 369,²⁹⁹ de modo que a ese sujeto le corresponde, en virtud del artículo 369 bis, una pena menor, de nueve a doce años de prisión, que la contemplada en el

²⁸¹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 23, nota 87 y p. 29.

²⁸² Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

²⁸³ *Idem.*

²⁸⁴ Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1075.

²⁸⁵ Véase Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

²⁸⁶ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 29, nota 111, que también advierte sobre la desproporción comparativa cuando el objeto material esté integrado por drogas que causen grave daño a la salud.

²⁸⁷ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, pp. 423 y 424.

²⁸⁸ Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425.

²⁸⁹ Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 442; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 424.

²⁹⁰ Preámbulo, XXIV, párrafo primero.

²⁹¹ *Idem.*

²⁹² Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1328, marginal 15220.

²⁹³ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, pp. 715, 720 y 721; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, pp. 368-370; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 424.

²⁹⁴ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 29-31.

²⁹⁵ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 716, respecto al proyecto de 2007.

²⁹⁶ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31.

²⁹⁷ *Idem.*

²⁹⁸ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 716.

²⁹⁹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31.

artículo 370, de nueve años y un día a trece años y medio,³⁰⁰ pese a la “excesiva”³⁰¹ o “demasiada fuerza agravante,³⁰² otorgada a la organización. No obstante, semejante beneficio para el culpable no se produce si se trafica con drogas “blandas” al proceder una prisión de cuatro años y medio a diez, “más rigurosa”³⁰³ que la de cuatro años, seis meses y un día a seis años y nueve meses que impone el artículo 370; esto es: “sorprendentemente”,³⁰⁴ se beneficia a los miembros de una organización delictiva con dos agravantes del artículo 369 cuando trafican con las sustancias más perjudiciales para la salud.³⁰⁵

VII. La responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma de 22 de junio de 2010 también incorpora, en los párrafos tercero y cuarto del artículo 369 bis, un novedoso tratamiento específico de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el campo del narcotráfico, para las que dispone diversas penas, cuando sean responsables, según el artículo 31 bis, de los delitos previstos en los artículos 368 y 369. De manera que el tráfico de precursores, contemplado en el artículo 371, se excluye de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, lo cual, con haberse considerado “discutible”³⁰⁶ en conexión con el respeto de compromisos comunitarios, no incumple la decisión marco 2004/757/JAI,³⁰⁷ porque el Texto punitivo “no necesitaba en su adaptación a la normativa europea prever la responsabilidad penal de las personas jurídicas en relación con ninguno de los delitos

referidos a drogas”,³⁰⁸ ya que la decisión marco permite elegir entre la imposición de “multas de carácter penal o administrativo”³⁰⁹ a las personas jurídicas por delitos relacionados con el tráfico de drogas y precursores, siempre que se trate de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.³¹⁰

Concretamente, por una parte, la letra a) del artículo 369 bis, cuando el delito cometido por la persona física se castigue “en abstracto”³¹¹ con más de cinco años de prisión, una “pena grave”,³¹² impone la sanción pecuniaria más elevada entre la multa por cuotas —la cual siempre tendrá la consideración de pena grave y cuyas cuotas diarias oscilarán entre treinta y cinco mil euros, a tenor de los artículos 33.7 y 50.4— de dos a cinco años, que puede alcanzar nueve millones de euros,³¹³ y la multa proporcional del triple al quíntuple del valor de la droga, regla del “mayor de los montantes”³¹⁴ que se fija “en previsión de las dificultades que el criterio proporcional pueda producir”.³¹⁵ De otro lado, si el delito de la persona física se sanciona abstractamente con pena privativa de libertad “de más de dos años no incluida en el inciso anterior”, curiosa fórmula con la que la letra b) del artículo 369 bis se refiere a la prisión de dos a cinco años, la sanción pecuniaria será la mayor entre la multa por cuotas de uno a tres años, que puede llegar a 5 400 000 euros,³¹⁶ y la multa proporcional del doble al cuádruple del valor de la droga.

En punto a estas sanciones pecuniarias para las personas jurídicas en el marco de los delitos relativos a drogas, se ha puesto de relieve su “adecuación punitiva”³¹⁷ para castigar penalmente a las organizaciones.³¹⁸

³⁰⁰ *Idem.*

³⁰¹ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1327, marginal 15214.

³⁰² Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 370.

³⁰³ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31.

³⁰⁴ *Idem.*

³⁰⁵ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31, que también se refiere a la problemática concursal en p. 32.

³⁰⁶ Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 812.

³⁰⁷ Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, pp. 424 y 425.

³⁰⁸ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, pp. 33 y 34.

³⁰⁹ Artículo 7.1.

³¹⁰ *Idem.*

³¹¹ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34; Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

³¹² Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1427.

³¹³ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

³¹⁴ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

³¹⁵ *Idem.*

³¹⁶ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

³¹⁷ Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1427; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 8.

³¹⁸ Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1329, marginal 15225.

Además, “facultativamente”,³¹⁹ el párrafo final del artículo 369 bis permite imponer a las personas jurídicas, de conformidad con las reglas del artículo 66 bis, las penas contempladas en las nuevas letras b) a g) del artículo 33.7; a saber: disolución de la persona jurídica, clausura de locales, suspensión o prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar, gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social e intervención judicial.

Finalmente, “destaca una ausencia”:³²⁰ el “estatuto procesal”,³²¹ que a la incorporación de la “compleja y desordenada”³²² regulación sobre la responsabilidad criminal para las personas jurídicas no le acompañe la imprescindible reforma procesal de unas normas inadaptadas al nuevo modelo de incriminación.³²³ El legislador ni siquiera alude “a la necesidad de una coetánea reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal”³²⁴ que establezca el *status* procesal de las personas jurídicas o sus garantías, modificación sin la que “resulta sumamente dudoso que el nuevo modelo pueda cumplir sus pretendidos objetivos”,³²⁵ pues no tomar en consideración las características específicas de la actividad empresarial aboca a una “ineficacia preventiva”.³²⁶ Precisamente por ello el fiscal general del Estado ha calificado de “imperiosa”³²⁷ la necesidad de reformar el proceso penal para esclarecer las múltiples dudas sobre la manera de sentar en el banquillo a una sociedad.³²⁸

VIII. El tipo de extrema gravedad por uso de embarcaciones

Termina la reforma sobre drogas de 2010 con una pequeña alteración de caracteres dentro del artículo 370 del Código Penal: en su número segundo cambia la referencia a las circunstancias “2 y 3 del apartado 1 del artículo anterior” por la “2ª del apartado 1 del artículo 369” y añade, en el tipo de extrema gravedad del número tercero, después de “buques”, “embarcaciones”, modificación ésta que entraña la verdadera novedad.

Técnicamente cabría reprochar a los diputados y senadores que aprobaron la Ley orgánica 5/2010 el no acordarse de que con su reforma acaban de suprimir el 369.2, según vimos, por lo que la mención que hacen en el número segundo del artículo 370 al “apartado 1 del artículo 369”, “chirría”,³²⁹ “es incorrecta”.³³⁰ Dada la condición humana del legislador, que le hace tropezar dos veces en la misma piedra, vuelve a referirse al erróneo “369.1” en el número tercero del artículo 370³³¹ y, como no hay dos sin tres, al final del siguiente artículo, el 371, el desmemoriado legislador de 2010 se olvida de corregir la alusión al inexistente “artículo 369.2” desde su intervención.³³²

La modificación operada en el número segundo del artículo 370 es “coherente”³³³ y “lógica consecuencia de la introducción del nuevo art. 369 bis”,³³⁴ al que se trasladó “la anterior agravante 2ª del art. 369.1”,³³⁵

³¹⁹ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

³²⁰ González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 41.

³²¹ “Jueces y fiscales piden tribunales especializados en discapacidad y advierten del riesgo de ‘populismo’ punitivo”, *Diario La Ley*, nº 7575, 23 de febrero de 2011, p. 2.

³²² Mapelli Caffarena, B., en Cuello Contreras, J., y Mapelli Caffarena, B., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 259, marginal 478.

³²³ Véase Fernández Teruelo, J.G., en Ortiz de Urbina Gimeno, I. (coord.), *Memento experto Francis Lefebvre. Reforma penal. Ley orgánica 5/2010*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2010, p. 329, marginal 3006.

³²⁴ Silva Sánchez, J.M., “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, nº 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 7.

³²⁵ *Idem.*

³²⁶ Terradillos Basoco, J.M., “Financiarización económica y política criminal”, en Serrano-Piedecasas Fernández, J.R., y Demetrio Crespo, E. (dirs.), *El Derecho Penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, Colex, Madrid, 2010, p. 148.

³²⁷ “Conde-Pumpido pide ‘estrangular financieramente’ a los grupos que blanquean dinero en España”, *Diario La Ley*, nº 7535, 27 de diciembre de 2010, p. 2.

³²⁸ *Idem.*

³²⁹ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

³³⁰ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15238.

³³¹ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 31, nota 115.

³³² Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 444.

³³³ *Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio...*, *cit.*, p. 15.

³³⁴ *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 211.

³³⁵ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 425.

dotando de “autonomía cualificante”³³⁶ tanto a la organización delictiva como a su jefatura, y del cambio de numeración de la vieja circunstancia tercera del artículo 369 que pasa a convertirse en la segunda,³³⁷ esto es: que “el culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”, circunstancia que el legislador de 2010 debería haber al menos corregido, exigiendo el carácter delictivo de las actividades,³³⁸ o eliminado.

Efectivamente, la “llamativa”³³⁹ u “obscura”³⁴⁰ redacción de la actual circunstancia segunda del artículo 369 carece de justificación³⁴¹ “incluso gramaticalmente”³⁴² y supone “un solapamiento”³⁴³ o “problemas de delimitación”³⁴⁴ con el artículo 369 bis, que se ha propuesto solucionar reservando éste para las organizaciones delictivas y la circunstancia segunda del 369, al no ser posible agravar la pena por una actividad ajustada a derecho, para la realización de “otras actividades organizadas ilícitas”,³⁴⁵ aunque el tenor literal de la norma admita “una actividad organizada de cualquier clase que incluso podría ser lícita”.³⁴⁶ Una interpretación que atendiese a los precedentes internacionales de los que la agravación trae causa podría tener en cuenta que la Convención de Viena sobre drogas, de 20 de diciembre de 1988, aludía en la letra b) del artículo 3.5 a la participación del sujeto en otras actividades delictivas internacionales organizadas y su letra c) hacía referencia a la

participación en otras actividades ilícitas cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito³⁴⁷ y sobre esa base exigir, restrictivamente, la ilicitud de las actividades, mas de la tramitación parlamentaria de la reforma de 2003 se desprende lo contrario,³⁴⁸ pues se rechazaron tres enmiendas que pretendían evitar que la agravante alcanzase a las actividades lícitas.³⁴⁹ También se ha defendido que sólo se aplique la agravante cuando el narcotráfico se use para “facilitar otras actividades delictivas organizadas o coadyuvar a sus fines”³⁵⁰ y que el legislador parece estar pensando en “el terrorismo, la trata de blancas o el tráfico de armas”,³⁵¹ el contrabando y la prostitución, aunque si se sancionan independientemente no procede el tipo agravado de narcotráfico.³⁵² Asimismo, la fiscalía general del Estado requiere la pertenencia a una “organización dedicada a actividades criminales distintas a las de tráfico de drogas”³⁵³ y la comisión en su ámbito de actuación o el favorecimiento de delitos de narcotráfico,³⁵⁴ ya su circular 2/2005 entendía que sólo era posible aplicar la circunstancia cuando se participase en otras actividades delictivas organizadas o ilícitas, cuya ejecución se facilitase por el narcotráfico, porque la interpretación literal que admitía la participación en actividades organizadas lícitas resultaba “desproporcionada, y hasta absurda”³⁵⁵ al agravar “supuestos, que no revisten una mayor gravedad ni denotan una especial peligrosidad”.³⁵⁶

³³⁶ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

³³⁷ *Idem.*

³³⁸ Véase Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009..., *cit.*, p. 211.

³³⁹ Álvarez García, F.J., “El culpable participare en otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito”, en el mismo autor, *El delito de tráfico de drogas...*, *cit.*, p. 170.

³⁴⁰ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 953.

³⁴¹ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Perspectivas de reforma...”, *cit.*, p. 157; de la misma autora, “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, pp. 705 y 706; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, pp. 373-375.

³⁴² Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 685.

³⁴³ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15238.

³⁴⁴ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 425.

³⁴⁵ *Idem.*

³⁴⁶ Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1321, marginal 15186.

³⁴⁷ Véase Gallego Soler, J.I., *Los delitos de tráfico de drogas II. Un estudio analítico de los artículos 369, 370, 372, 374, 375, 377 y 378 del CP; y tratamientos jurisprudenciales*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1999, pp. 205 y 206.

³⁴⁸ Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 807.

³⁴⁹ Véase Álvarez García, F.J., “El culpable participare en otras actividades...”, *cit.*, pp. 171 y 172.

³⁵⁰ Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1412.

³⁵¹ Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

³⁵² Véase Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1413.

³⁵³ Circular 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio..., *cit.*, p. 15.

³⁵⁴ *Idem.*

³⁵⁵ Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009..., *cit.*, p. 211, que reproduce el contenido de la circular.

³⁵⁶ *Idem.*

En definitiva, la Ley orgánica 15/2003, al eliminar el término “delictivas”, que calificaba a las actividades organizadas, generó un problema hermenéutico subsistente,³⁵⁷ el cual suscita cuestiones de constitucionalidad,³⁵⁸ que se sumó a los ya planteados por la regulación del Texto punitivo de 1995³⁵⁹ —fusión de las circunstancias octava y novena del artículo 344 bis a) del antiguo Código penal—³⁶⁰ que con razón se tachó de “poco afortunada”,³⁶¹ problemas con los que podría haber acabado la reforma de 2010 si hubiese suprimido esta cada vez más perturbadora agravante.

Por lo que a la modificación sustancial del artículo 370 se refiere, la Ley orgánica 5/2010 genera un “obvio endurecimiento respecto a la regulación anterior”³⁶² al interpolar el sustantivo “embarcaciones” entre “los medios comisivos cualificadores”³⁶³ de “transporte de droga específicos”,³⁶⁴ recogidos en el tipo “superagravado”³⁶⁵ por su “extrema peligrosidad”,³⁶⁶ cambio que “no parece acertado”³⁶⁷ en la medida en que “amplía considerablemente el ámbito de agravación”.³⁶⁸

La novedad se justifica en el preámbulo de la reforma por la necesidad de precisar la agravante de buque en la que se detectaban problemas de interpretación al no alcanzar las embarcaciones habitualmente usadas en el narcotráfico, como las semirrígidas.³⁶⁹ Realmen-

te, el término “buque” no se precisa, como pretende el frontispicio de la reforma, sino todo lo contrario, pues se añade a una especie, buque, su género, embarcación, por lo que al incluirse aquél en ésta ahora sobra la reiterativa alusión a los “buques”.³⁷⁰ En tal sentido la reforma deviene “incorrecta desde una perspectiva técnica”.³⁷¹ Aunque sí existían problemas hermenéuticos,³⁷² aclarados por el acuerdo de la sala segunda del Tribunal supremo, de 25 de noviembre de 2008, contra el que la modificación se dirige, acuerdo que limita, con toda lógica, el concepto de buque a las embarcaciones con cubierta, propulsión propia, cierta capacidad de carga e idóneas para travesías de entidad, lo que excluye las planeadoras o lanchas motoras.³⁷³

Ciertamente es frecuente el uso de nodrizas y lanzaderas o planeadoras con el fin de acercar la droga a las costas,³⁷⁴ pero para alcanzar a estos medios de transporte marítimo “utilizados comúnmente”,³⁷⁵ que dificultan la persecución del narcotráfico, no era necesaria una agravación tan cualificada,³⁷⁶ por lo que la reforma es “materialmente improcedente”,³⁷⁷ sobre todo porque no sólo quedan abarcadas estas embarcaciones sino muchas otras,³⁷⁸ se equipara un gran buque a un pequeño bote, “exceso”³⁷⁹ que conviene descartar a través de una interpretación restrictiva que exija que los medios de transporte destinados espe-

³⁵⁷ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “La venta de una pequeña cantidad...”, *cit.*, p. 705; de la misma autora, “Drogas...”, *cit.*, p. 373.

³⁵⁸ Véase Álvarez García, F.J., “El culpable participare en otras actividades...”, *cit.*, pp. 173 y 174.

³⁵⁹ Véase Acale Sánchez, M., *Salud pública y drogas tóxicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 189-192; Gallego Soler, J.I., *Los delitos de tráfico de drogas*, *cit.*, pp. 206-210.

³⁶⁰ Véase Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 953.

³⁶¹ Acale Sánchez, M., *op. cit.*, p. 189.

³⁶² Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

³⁶³ Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 973.

³⁶⁴ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34.

³⁶⁵ Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1073.

³⁶⁶ *Idem.*

³⁶⁷ Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 371.

³⁶⁸ *Idem.*

³⁶⁹ Véase Preámbulo, XXIV, párrafo tercero.

³⁷⁰ Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

³⁷¹ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34, nota 131.

³⁷² Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15245, que cita diversas sentencias del Tribunal supremo.

³⁷³ Véase Gallego Soler, J.I., en Corcoy Bidasolo, M., y Mir Puig, S., *op. cit.*, p. 814; Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 35; Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 371; Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 983; Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686; Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315; Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 426.

³⁷⁴ Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1074.

³⁷⁵ Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1430; del mismo autor, “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 10.

³⁷⁶ Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

³⁷⁷ Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34, nota 131.

³⁷⁸ Véase Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, pp. 371 y 372.

³⁷⁹ Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 426.

cialmente al narcotráfico³⁸⁰ entrañen “una mayor potencialidad lesiva para la salud pública”.³⁸¹ En otro caso la literalidad del término embarcación alcanzaría a una “barca de remos”³⁸² y si a ello le unimos otro problema anterior, la construcción alternativa de la agravante, que permite una irracional apreciación en el transporte de pequeña cantidad,³⁸³ resultaría que al esforzado marinero que, ante la carestía actual del combustible, lleva remando en un bote, desde la costa hasta las Islas Cíes, una “papalina” de “coca” a un campista, el Estado le amenaza con una prisión de

hasta trece años y medio en vez de seleccionarlo para el equipo olímpico de remo por su proeza.

En suma, la reforma de 2010 da a la regulación sobre drogas del Texto punitivo español “una de cal y otra de arena”, puesto que embellece la pared maestra de nuestra reacción penal contra la droga con la reluciente cal de las atinadas modificaciones operadas en los artículos 368 y 369, pero también deja una áspera mano de arena en ese rugoso muro, con las reformas de los artículos 369 bis y 370, que provoca fricciones con principios penales básicos.

³⁸⁰ Véase Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 35.

³⁸¹ *Idem.*

³⁸² Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

³⁸³ Véase Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 102.

