



Revista

Perla

MÉXICO

Número 2 • Febrero 2012



## 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”<sup>1</sup> y atienden a la decisión marco 2004/757/JAI,<sup>2</sup> 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”,<sup>3</sup> principio en el que se produce, a juicio de González Cussac, una corrección y avance esencial respecto al anteproyecto de 2008.<sup>4</sup> 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”<sup>5</sup> por su necesidad<sup>6</sup> y “gran trascendencia práctica”.<sup>7</sup> Incluso, los medios de comunicación, al hacerse eco de las innovaciones incorporadas por la reforma penal de 2010, una de “las más reiteradas”<sup>8</sup>

ha sido la disminución de las penas en el narcotráfico, lo cual no extraña dada la “relevancia”,<sup>9</sup> 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”,<sup>10</sup> abocadas al menudeo de la droga “como alternativa a la pobreza y el desempleo”,<sup>11</sup> a las que afectan las toxicomanías en mayor medida y cuya situación se ve agravada con la crisis económica actual.<sup>12</sup> Los “tradicionales planteamientos ciegamente represivos”,<sup>13</sup> que proceden de los convenios internacionales sobre drogas impulsados por los Estados Unidos,<sup>14</sup> se basan en la idea de la “tolerancia cero”<sup>15</sup> y nos han conducido a la “narcohistoria penal”<sup>16</sup> de un “Derecho excepcional”<sup>17</sup> “hiperpunitivista”,<sup>18</sup> con “infracciones al principio de legalidad por medio de la Ley”<sup>19</sup> advertidas ya en 1975, cuando apenas balbuceaba la democracia, por Vives Antón, una regulación

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

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> *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.

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> 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.

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

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

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

<sup>9</sup> 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.

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

<sup>11</sup> *Idem*.

<sup>12</sup> 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.

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

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> 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.

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

<sup>17</sup> 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 Jurídica Galega*, n° 3, 1993, 1er. cuatrimestre, p. 379.

<sup>18</sup> *Idem*.

<sup>19</sup> 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”<sup>20</sup> la seguridad jurídica, lesividad, proporcionalidad, igualdad y presunción de inocencia.<sup>21</sup> Paradigmático resulta, como ponen de relieve Núñez Paz y Guillén López, el tipo abierto del artículo 368,<sup>22</sup> 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”.<sup>23</sup>

Para enfrentarse a la droga, uno de los problemas sociales “de mayor magnitud”,<sup>24</sup> 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”<sup>25</sup> apoyadas por intolerantes regímenes religiosos y militares, ante el fracaso del recurso sistemático al Derecho Penal para reducir la difusión y el consumo de drogas<sup>26</sup> o la “dudosa eficacia”<sup>27</sup> de inútiles prohibiciones y endurecimientos de penas<sup>28</sup> que nos conducen a funestos resultados,<sup>29</sup> a las “nefastas consecuencias de una política sobre drogas fundada en la represión”.<sup>30</sup> Efectivamente, las estadísticas evidencian el “fracaso de la solución represiva”,<sup>31</sup> 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,<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup> 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,<sup>34</sup> 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,<sup>35</sup> y continúa el incremento de los delitos relacionados con el consumo de drogas.<sup>36</sup> 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,<sup>37</sup> tanto que hasta se refleja en el informe del observatorio europeo de las drogas y las toxicomanías, que igualmen-

<sup>20</sup> 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.

<sup>21</sup> *Idem*.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> 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.

<sup>25</sup> *Idem*.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 101.

<sup>28</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1040.

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

<sup>30</sup> 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.

<sup>31</sup> Quintero Olivares, G., “El fundamento...”, *cit.*, p. 184.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

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

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

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

<sup>37</sup> Véase Estrategia nacional sobre drogas 2009-2016, Delegación del gobierno para el plan nacional sobre drogas, Madrid, 2009, pp. 34, 43 y 38.

te registra en 2009 la mayor prevalencia europea para España en el consumo de cocaína entre jóvenes de 15 a 34 años,<sup>38</sup> 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.<sup>39</sup>

Ante este panorama desolador al que nos conduce la malograda política criminal sobre drogas desarrollada hasta ahora se impone la “necesidad de un debate”,<sup>40</sup> reconocida incluso por las Naciones Unidas, sobre las formas de hacer frente a las drogas y los efectos negativos de su fiscalización,<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

En este sentido es hora de retomar seriamente propuestas, defendidas ya hace años, entre otros por Ferré Olivé<sup>43</sup> o Díez Ripollés, de una “despenalización controlada”,<sup>44</sup> 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 narcotraficantes<sup>45</sup> al desaparecer la “enorme rentabilidad que lo prohibido ejerce”.<sup>46</sup> Debe dejarse de proteger la moral de una clase dominante que favorece unas drogas y desprecia otras,<sup>47</sup> que “obliga a reprimir el tráfico y consumo de drogas connaturales a ciertas culturas ajenas a la occidental”<sup>48</sup> a la vez que fomenta el consumo de las suyas.<sup>49</sup> Piénsese que el alcohol en el mundo occidental, por la eucaristía, se convierte en instrumento de redención según la Biblia,<sup>50</sup> mientras que para las culturas islámicas el vino constituye “pecado”<sup>51</sup> y una de las “abominaciones”<sup>52</sup> de Satanás, de manera que cada sociedad deforma el concepto de droga en su favor<sup>53</sup> y manifiesta con sanciones penales el evidente componente cultural de los bienes jurídicos.<sup>54</sup>

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 peligros<sup>55</sup> 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”,<sup>56</sup> puesto que

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

<sup>39</sup> Véase Estrategia Nacional sobre drogas 2009-2016, *cit.*, pp. 39 y 40.

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

<sup>41</sup> *Idem.*

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

<sup>43</sup> 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.

<sup>44</sup> Díez Ripollés, J.L., “Alternativas...”, *cit.*, p. 604.

<sup>45</sup> 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.

<sup>46</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

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

<sup>48</sup> Grupo de Estudios de Política Criminal, “Manifiesto...”, *cit.*, p. 11.

<sup>49</sup> *Idem.*

<sup>50</sup> Véase Mateo, capítulo 26, versículos 27 y 28.

<sup>51</sup> El Corán, azora 2, aleya 216.

<sup>52</sup> Azora 5, aleya 92.

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

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

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

<sup>56</sup> 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.<sup>57</sup>

En cualquier caso, resulta imprescindible llevar a cabo una política de reducción de riesgos y daños<sup>58</sup> 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.<sup>59</sup> 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,<sup>60</sup> 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.<sup>61</sup>

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

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

o “superior”<sup>65</sup> de la pena de prisión en el tipo básico del delito de tráfico de drogas<sup>66</sup> cuando el “objeto material”<sup>67</sup> esté integrado por “sustancias o productos que causen grave daño a la salud”,<sup>68</sup> esto es, en el caso de narcotráfico de drogas “duras”, con lo que el legislador construye “un nuevo escalón”<sup>69</sup> que permite salvar el hasta ahora extenso tramo, de tres a nueve años, previsto para el tráfico de las drogas más nocivas.<sup>70</sup> 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 proporcional<sup>71</sup> ni a la prisión de uno a tres años contemplada para el tráfico de sustancias que no causen grave daño a la salud,<sup>72</sup> pues cuando sean drogas “blandas” el objeto material del delito “no varía la pena”.<sup>73</sup>

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

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

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

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

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

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

<sup>62</sup> 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.

<sup>63</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

<sup>64</sup> 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.

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

<sup>66</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

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

<sup>68</sup> Artículo 368 del Código penal, párrafo primero.

<sup>69</sup> 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.

<sup>70</sup> *Idem.*

<sup>71</sup> Véase Queralt Jiménez J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>72</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

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

<sup>74</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>75</sup> *Idem.*

<sup>76</sup> 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.

<sup>77</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>78</sup> 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”,<sup>79</sup> cuya lesión por la anterior legislación se “reconoce”.<sup>80</sup> 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”<sup>81</sup> con “penas máximas de cinco a diez años de privación de libertad, como mínimo”,<sup>82</sup> 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”.<sup>83</sup>

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,<sup>84</sup> incluso con interpretaciones forzadas<sup>85</sup> y hasta se llegó a hablar de una “corruptela”<sup>86</sup> de los tribunales y la fiscalía, cuando únicamente pretendían que prevaleciese la proporcionalidad y la justicia material<sup>87</sup> mediante la imposición casi sistemática del mínimo de la pena, pietismo judicial tan comprensible como injustificable desde la perspectiva del principio de legalidad,<sup>88</sup> 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”,<sup>89</sup> que se movía normalmente en

la mitad inferior del marco penal<sup>90</sup> y se situaba “en todos los casos de menudeo en el límite mínimo de tres años”,<sup>91</sup> 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”,<sup>92</sup> texto que desaparece del preámbulo de la Ley orgánica 5/2010.<sup>93</sup>

En todo caso, el cambio debe “estimarse como muy positivo”<sup>94</sup> ya que, además, comporta “una rebaja automática”<sup>95</sup> en los tipos agravados de los artículos 369 y 370,<sup>96</sup> cuyas penas se verán “reducidas a partir de esta rebaja del límite máximo”.<sup>97</sup> El “efecto beneficioso”<sup>98</sup> 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;<sup>99</sup> 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 vigente hasta el 23 de diciembre de 2010.<sup>100</sup>

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

<sup>80</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 310.

<sup>81</sup> Artículo 4.2.b).

<sup>82</sup> Artículo 4.2, inciso inicial.

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

<sup>84</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

<sup>85</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 44.

<sup>86</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

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

<sup>88</sup> Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, p. 52.

<sup>89</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

<sup>90</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>91</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

<sup>92</sup> *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.*

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

<sup>94</sup> *Idem.*

<sup>95</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

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

<sup>97</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1317, marginal 15146.

<sup>98</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

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

<sup>100</sup> *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”,<sup>101</sup> introducidos en el lucrativo negocio de las drogas solamente “para unos pocos bien resguardados”.<sup>102</sup> 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.<sup>103</sup> 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,<sup>104</sup> 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”,<sup>105</sup> 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”,<sup>106</sup> pero no alcanzará la revisión de sentencias a las rebajas facultativas previstas en el párrafo segundo del artículo 368,<sup>107</sup> ya que la mencionada disposición transitoria entiende “la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial”.<sup>108</sup> 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,<sup>109</sup> concretamente de gente que transportaba la droga en el cuerpo o “muleros”<sup>110</sup> y sobre todo de mujeres que se dedicaban al tráfico a pequeña escala o “trapicheo”,<sup>111</sup> muy pocas excarcelaciones, pese a la “encomiable rapidez”<sup>112</sup> 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.<sup>113</sup>

### 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

<sup>101</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1076.

<sup>102</sup> *Idem.*

<sup>103</sup> 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.

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

<sup>105</sup> 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.

<sup>106</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 316.

<sup>107</sup> *Idem.*

<sup>108</sup> 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.

<sup>109</sup> 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.

<sup>110</sup> 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.

<sup>111</sup> 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.

<sup>112</sup> Mestre Delgado, E., *op. cit.*, p. 4.

<sup>113</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 436.

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

En punto a los dos parámetros atenuatorios, respecto a la referencia a “la escasa entidad del hecho”, tradicionalmente diversas legislaciones nacionales, *v.g.r.* la alemana, austríaca o sueca, atemperan el rigor de las sanciones en función de la cantidad mínima de droga con la que se trafica,<sup>127</sup> en tal línea la rebaja penalógica alcanzará ventas que no excedan demasiado las dosis de consumo para un par de días<sup>128</sup> y, en gene-

ral, los casos en los que “no se produce una afectación cuantitativamente relevante a la salud pública”,<sup>129</sup> en cuanto al otro criterio, algún autor se ha preguntado qué pueden significar “las circunstancias personales del culpable (?)”,<sup>130</sup> 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,<sup>131</sup> y “todas las circunstancias que configuren, condicionen o modifiquen la culpabilidad”.<sup>132</sup>

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”.<sup>133</sup> 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”,<sup>134</sup> 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”,<sup>135</sup> fue la que se acogió,<sup>136</sup> tras destacar el

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

<sup>115</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 678.

<sup>116</sup> 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.

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

<sup>118</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 366.

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

<sup>120</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1065.

<sup>121</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>122</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1409.

<sup>123</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 2.

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

<sup>125</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

<sup>126</sup> *Idem.*

<sup>127</sup> Véase Morillas Cueva, L., *op. cit.*, p. 42.

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

<sup>129</sup> *Idem.*

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

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

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

<sup>133</sup> 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.

<sup>134</sup> 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.

<sup>135</sup> *Idem.*

<sup>136</sup> 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.<sup>137</sup> Previamente el alto Tribunal había propuesto la reforma de la pena en el acuerdo de 25 de mayo de 2005,<sup>138</sup> que se desarrolló en la reunión llevada a cabo cinco meses después<sup>139</sup> y mucho antes se había pronunciado la doctrina,<sup>140</sup> 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,<sup>141</sup> 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.<sup>142</sup>

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

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,<sup>148</sup> con todo, la nueva regulación no sólo implica “un avance indudable”<sup>149</sup> 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,<sup>150</sup> supresión a la que alguna autora permanece ajena.<sup>151</sup> La excepcionalidad del descenso penológico, introducido en el anteproyecto de 2006,<sup>152</sup> mereció la valoración positiva del consejo fiscal porque, en su opinión, “obligará a los tribunales a motivar dicha atenuación”,<sup>153</sup> 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,<sup>154</sup> con lo que “nada se opondría en la práctica a la frecuente utilización de dicha rebaja”,<sup>155</sup> como por la siempre necesaria motivación, “ra-

<sup>137</sup> 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.

<sup>138</sup> Véase Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, pp. 941 y 949.

<sup>139</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

<sup>140</sup> 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.

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

<sup>142</sup> Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, p. 49.

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

<sup>144</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

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

<sup>146</sup> *Idem.*

<sup>147</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 311.

<sup>148</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

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

<sup>150</sup> *Idem.*

<sup>151</sup> 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.

<sup>152</sup> 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.

<sup>153</sup> *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.

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

<sup>155</sup> 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”,<sup>156</sup> al tratarse de una “discrecionalidad reglada”,<sup>157</sup> así como en virtud del principio de proporcionalidad<sup>158</sup> y, especialmente, por la previsible “aplicación generalizada”<sup>159</sup> de la rebaja penológica, dado que la mayoría de las incautaciones representan sólo una o pocas dosis de droga,<sup>160</sup> el 95 por ciento no superan un gramo,<sup>161</sup> o sea: el tipo atenuado procederá en casi todos los casos.<sup>162</sup>

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,<sup>163</sup> muy lejos del “recargo de hasta un año más de pena carcelaria”<sup>164</sup> que

la insolencia del pequeño traficante venía suponiendo “en muchos supuestos”.<sup>165</sup>

Asimismo, se ha manifestado que la atenuación del artículo 368 puede generar el “efecto perverso”<sup>166</sup> 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”.<sup>167</sup>

Por otra parte, el párrafo segundo del artículo 368 “niega”<sup>168</sup> o no permite la nueva rebaja de la pena en grado “si concurre 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 n° 462 del grupo socialista que pretendía potenciar el arbitrio judicial,<sup>169</sup> al tipo cualificado del artículo 369, cuyas circunstancias —salvo la quinta, referente a la “notoria importancia” de la cantidad de la droga—<sup>170</sup> son compatibles con la “escasa entidad del hecho” exigida para la rebaja penológica,<sup>171</sup> por lo que el cambio de última hora merece una “valoración positiva”.<sup>172</sup> 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,<sup>173</sup> por vulnerar el “espíritu que inspira la norma”,<sup>174</sup> 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,<sup>175</sup> 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

<sup>156</sup> *Idem.*

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

<sup>158</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 420.

<sup>159</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

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

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

<sup>162</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 421.

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

<sup>164</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1041.

<sup>165</sup> *Idem.*

<sup>166</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

<sup>167</sup> *Idem.*

<sup>168</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 679.

<sup>169</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

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

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

<sup>172</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 421.

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

<sup>174</sup> *Idem.*

<sup>175</sup> 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 proporcional<sup>176</sup> 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.<sup>177</sup> 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”,<sup>178</sup> 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,<sup>179</sup> 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;<sup>180</sup> 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”.<sup>181</sup> Por lo que hace a la multa, irá de la mitad del valor de la droga objeto del delito<sup>182</sup> hasta el tanto<sup>183</sup> 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”.<sup>184</sup>

Por último, se ha puesto de relieve el “carácter acumulativo”<sup>185</sup> 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”.<sup>186</sup> La interpretación queda en manos de la jurisprudencia,<sup>187</sup> 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”,<sup>188</sup> v. gr. en el tráfico de drogas “en pago de una operación quirúrgica a un familiar”.<sup>189</sup>

En suma, la elasticidad<sup>190</sup> del párrafo segundo del artículo 368 representa “un paso importante en la buena dirección”<sup>191</sup> porque faculta una mayor adaptación del reproche penal a los casos de menor incidencia,<sup>192</sup> permite adecuar mejor la pena a la conducta que los irracionales y valorativamente incoherentes<sup>193</sup> marcos penales anteriores, irreconciliables con el principio de proporcionalidad.<sup>194</sup>

#### 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

<sup>176</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>177</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1318, marginal 15149.

<sup>178</sup> Preámbulo, XXIV, párrafo segundo, *in fine*.

<sup>179</sup> 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.

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

<sup>181</sup> *Idem*.

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

<sup>183</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

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

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

<sup>186</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

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

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

<sup>189</sup> *Idem*.

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

<sup>191</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>192</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 438.

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

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

no se suprime sino que se traslada de ubicación<sup>195</sup> al nuevo artículo 369 bis, que contempla “un tratamiento especial”<sup>196</sup> para la pertenencia a una organización delictiva.<sup>197</sup>

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”<sup>198</sup> positiva<sup>199</sup> como pone de relieve la doctrina mayoritariamente, al faltarle un soporte político criminal.<sup>200</sup> Carecía de relevancia agravatoria que el tráfico se ejecutase mediante contrabando,<sup>201</sup> por eso la supresión de la circunstancia se ha realizado “con buen criterio”<sup>202</sup> y se estima no sólo “acertada”<sup>203</sup> y aceptable desde el punto de vista técnico y político criminal<sup>204</sup> sino “imprescindible”.<sup>205</sup>

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”<sup>206</sup> 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”.<sup>207</sup>

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*.<sup>208</sup> 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,<sup>209</sup> criticado extrajudicialmente por vulnerar el principio *non bis in idem* consagrado en el artículo 25 de la Constitución,<sup>210</sup> hasta el acuerdo del pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, de 24 de noviembre de 1997,<sup>211</sup> que se decantó por el concurso aparente de normas penales, defendido por casi toda la doctrina,<sup>212</sup> dada la identidad de bien jurídico protegido en el Código Penal y la Ley de contrabando, la salud pública,<sup>213</sup> ya que el interés fiscal, por la naturaleza de las sustancias, nunca se lesionaría al no poder realizar pago alguno al Estado,<sup>214</sup> como advirtió la fiscalía general del Estado en su circular 2/2005, de 31 de marzo,<sup>215</sup> “aunque el autor hubiera querido satisfacer las tasas aduaneras”,<sup>216</sup> por lo que la invocación del interés económico estatal, que algunos entendían

<sup>195</sup> 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.

<sup>196</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 685.

<sup>197</sup> 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.

<sup>198</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 365.

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

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

<sup>201</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 682.

<sup>202</sup> *Idem*.

<sup>203</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

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

<sup>205</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

<sup>206</sup> 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.

<sup>207</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 4.

<sup>208</sup> Véase Vives Antón, T.S., *op. cit.*, pp. 59-61.

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

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

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

<sup>212</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1050.

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

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

<sup>215</sup> Véase Castro Moreno, A., *op. cit.*, p. 222.

<sup>216</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

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

Sin embargo, la Ley orgánica 15/2003, con el “objetivo de poner fin a la razonable solución”,<sup>219</sup> acordada por el pleno de la sala segunda del Tribunal supremo, relativa al concurso aparente de normas penales,<sup>220</sup> introdujo en el artículo 369.1 del Código Penal el “error mayúsculo”<sup>221</sup> de la circunstancia décima, que comporta un “retroceso incomprensible”<sup>222</sup> al endurecer, incluso, los efectos del concurso,<sup>223</sup> 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.<sup>224</sup>

Tamaño 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”,<sup>225</sup> hacía lo posible para disminuir la pena, pese a las dificultades legales para apreciar una rebaja,<sup>226</sup> hasta se llegó a no aplicar el tipo agravado por alguna audiencia cuando concurría,<sup>227</sup> y la doctrina lo interpretaba restrictivamente para evitar una prisión de nueve años y un día a trece años y medio,<sup>228</sup> exigiendo una “finalidad de facilitar la difusión internacional del consumo”.<sup>229</sup>

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,<sup>230</sup> de modo que, como la “mayoría”<sup>231</sup> de las incautaciones se producen en los recintos aduaneros,<sup>232</sup> “no podía estimarse en rigor la consumación”<sup>233</sup> 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,<sup>234</sup> casos frecuentes,<sup>235</sup> en los que por desgracia no cabía la rebaja penalógica, ya que al ser escasa la incidencia del cultivo de la droga en España su mercado se surte sobre todo mediante la importación clandestina.<sup>236</sup>

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,<sup>237</sup> pues habrá que tomar en consideración el endurecimiento de las penas por pertenencia a una organización delictiva operado en la Ley orgánica 5/2010,<sup>238</sup> las discordancias legislativas producidas en este ámbito, que se verán a continuación, y la concurrencia de otras agravaciones.<sup>239</sup>

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

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

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

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

<sup>220</sup> *Idem.*

<sup>221</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 367.

<sup>222</sup> *Idem.*

<sup>223</sup> Véase Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 101.

<sup>224</sup> 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.

<sup>225</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 422.

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

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

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

<sup>229</sup> *Idem.*

<sup>230</sup> Véase Castro Moreno, A., *op. cit.*, pp. 216 y 217.

<sup>231</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 312.

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

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

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

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

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

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

<sup>238</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 447.

<sup>239</sup> 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”<sup>240</sup> y adaptar sistemáticamente el trasvase de conductas de las organizaciones delictivas, la nueva responsabilidad de las personas jurídicas reconocida en el artículo 31 bis<sup>241</sup> y las previsiones específicas que en materia de narcotráfico se contienen para ellas en el artículo 369 bis del Código Penal.<sup>242</sup>

### 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”<sup>243</sup> 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”<sup>244</sup> con razón, ya que el tipo es “demasiado abierto”<sup>245</sup> 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 requerirla<sup>246</sup> —en cualquier caso, la claridad brilla por su ausencia respecto a la necesidad de que se trate de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas—<sup>247</sup> y debido a que el

“tratamiento agravatorio específico”<sup>248</sup> desvinculado al artículo 368, sobre el que tradicionalmente se elevaban las penas en grado<sup>249</sup> genera una “distorsión valorativa”<sup>250</sup> del sistema<sup>251</sup> por la “penalidad totalmente autónoma”<sup>252</sup> “técnicamente objetable”.<sup>253</sup>

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”,<sup>254</sup> 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,<sup>255</sup> mientras que la “excesiva”<sup>256</sup> agravación de la reforma permite castigar tales conductas con diez años de privación de libertad, incremento “importante”,<sup>257</sup> “enorme”<sup>258</sup> y “particularmente llamativo”.<sup>259</sup> 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.<sup>260</sup>

Con todo, algo se ha ganado en la tramitación parlamentaria, dado que las desproporcionadas<sup>261</sup> prisio-

<sup>240</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>241</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 313.

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

<sup>243</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 682.

<sup>244</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 368.

<sup>245</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>246</sup> *Idem.*

<sup>247</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1326, marginal 15212.

<sup>248</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 680.

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

<sup>250</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

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

<sup>252</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>253</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

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

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

<sup>256</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>257</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1327, marginal 15215.

<sup>258</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

<sup>259</sup> *Idem.*

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

<sup>261</sup> 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,<sup>262</sup> gracias a la enmienda nº 463 del grupo parlamentario socialista en el Congreso.<sup>263</sup>

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,<sup>264</sup> “solapamiento parcial absolutamente indeseable”<sup>265</sup> habida cuenta de que en las sanciones que dispone “pesa más la pertenencia a la organización delictiva”<sup>266</sup> que el tipo de drogas con las que se trafica, lo cual “no cuadra”<sup>267</sup> con un sistema como el nuestro que hasta ahora establecía penas muy diferentes en función de la “naturaleza de la sustancia”.<sup>268</sup>

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

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”,<sup>273</sup> lo que, considerando la potencial afectación de las diversas sustancias para el bien jurídico, “no es de recibo”.<sup>274</sup>

## VI. Exasperación penal para los jefes, encargados o administradores

El párrafo segundo del artículo 369 bis dispone un incremento punitivo “desmedido”<sup>275</sup> o “desmesurado”,<sup>276</sup> una “notable exasperación”<sup>277</sup> 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.<sup>278</sup> 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.<sup>279</sup> En cuanto a la multa, se ha dicho que sería en ambos casos del cuádruplo al séxtuplo del valor de la droga,<sup>280</sup> 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

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

<sup>263</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 314.

<sup>264</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

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

<sup>266</sup> *Idem.*

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

<sup>268</sup> *Idem.*

<sup>269</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 5.

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

<sup>271</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 674.

<sup>272</sup> *Idem.*

<sup>273</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 423.

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

<sup>275</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1425.

<sup>276</sup> Sequeros Sazatornil, F., “La nueva redacción...”, *cit.*, p. 6.

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

<sup>278</sup> *Idem.*

<sup>279</sup> 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 veintiún años, respecto a la antigua regulación.

<sup>280</sup> 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.<sup>281</sup>

En todo caso, la desproporción de las penas previstas para los jefes, encargados o administradores, difíciles de identificar,<sup>282</sup> puede provocar “una jurisprudencia renuente a aplicar estas agravaciones”<sup>283</sup> y el efecto criminógeno inherente a las sanciones desproporcionadas.<sup>284</sup> 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,<sup>285</sup> mientras que “sería posible”<sup>286</sup> castigar con quince años de prisión<sup>287</sup> al jefe de una organización que trafica con unos gramos de marihuana,<sup>288</sup> al “capo” de la droga que vende una “china” de “costo”.

Precisamente, estos excesos penológicos traen causa de la decisión marco 2004/757/JAI,<sup>289</sup> invocada por el preámbulo de la Ley orgánica 5/2010, que alude a “reajustes en materia de penas”,<sup>290</sup> 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”,<sup>291</sup> 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.<sup>292</sup> Los requerimientos comunitarios, que no alcanzan a las penas mínimas ni a las intermedias, ya se cumplían con la anterior regulación,<sup>293</sup> 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”.<sup>294</sup>

Por último, debe denunciarse el “error”<sup>295</sup> o la “incongruencia”<sup>296</sup> 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”<sup>297</sup> la condición de miembro de una organización “suponga un privilegio”,<sup>298</sup> 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,<sup>299</sup> 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

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

<sup>282</sup> Véase Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 683.

<sup>283</sup> *Idem.*

<sup>284</sup> Véase Queralto Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1075.

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

<sup>286</sup> 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.

<sup>287</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, pp. 423 y 424.

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

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

<sup>290</sup> Preámbulo, XXIV, párrafo primero.

<sup>291</sup> *Idem.*

<sup>292</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1328, marginal 15220.

<sup>293</sup> 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.

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

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

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

<sup>297</sup> *Idem.*

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

<sup>299</sup> 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,<sup>300</sup> pese a la “excesiva”<sup>301</sup> o “demasiada fuerza agravante,”<sup>302</sup> 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”<sup>303</sup> que la de cuatro años, seis meses y un día a seis años y nueve meses que impone el artículo 370; esto es: “sorprendentemente,”<sup>304</sup> 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.<sup>305</sup>

## 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”<sup>306</sup> en conexión con el respeto de compromisos comunitarios, no incumple la decisión marco 2004/757/JAI,<sup>307</sup> 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”,<sup>308</sup> ya que la decisión marco permite elegir entre la imposición de “multas de carácter penal o administrativo”<sup>309</sup> a las personas jurídicas por delitos relacionados con el tráfico de drogas y precursores, siempre que se trate de “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.<sup>310</sup>

Concretamente, por una parte, la letra a) del artículo 369 bis, cuando el delito cometido por la persona física se castigue “en abstracto”<sup>311</sup> con más de cinco años de prisión, una “pena grave”,<sup>312</sup> 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,<sup>313</sup> y la multa proporcional del triple al quintuple del valor de la droga, regla del “mayor de los montantes”<sup>314</sup> que se fija “en previsión de las dificultades que el criterio proporcional pueda producir”.<sup>315</sup> 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,<sup>316</sup> 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”<sup>317</sup> para castigar penalmente a las organizaciones.<sup>318</sup>

<sup>300</sup> *Idem*.

<sup>301</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1327, marginal 15214.

<sup>302</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 370.

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

<sup>304</sup> *Idem*.

<sup>305</sup> 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.

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

<sup>307</sup> Véase Pedreira González, F.M., *op. cit.*, pp. 424 y 425.

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

<sup>309</sup> Artículo 7.1.

<sup>310</sup> *Idem*.

<sup>311</sup> Lorenzo Salgado, J.M., en Homenaje al profesor Landrove Díaz, *cit.*, p. 34; Manzanera Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>312</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1427.

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

<sup>314</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

<sup>315</sup> *Idem*.

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

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

<sup>318</sup> Véase Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1329, marginal 15225.

Además, “facultativamente”,<sup>319</sup> 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”:<sup>320</sup> el “estatuto procesal”,<sup>321</sup> que a la incorporación de la “compleja y desordenada”<sup>322</sup> 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.<sup>323</sup> El legislador ni siquiera alude “a la necesidad de una coetánea reforma de la Ley de enjuiciamiento criminal”<sup>324</sup> 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”,<sup>325</sup> pues no tomar en consideración las características específicas de la actividad empresarial aboca a una “ineficacia preventiva”.<sup>326</sup> Precisamente por ello el fiscal general del Estado ha calificado de “imperiosa”<sup>327</sup> la necesidad de reformar el proceso penal para esclarecer las múltiples dudas sobre la manera de sentar en el banquillo a una sociedad.<sup>328</sup>

### 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”,<sup>329</sup> “es incorrecta”.<sup>330</sup> 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 370<sup>331</sup> 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.<sup>332</sup>

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

<sup>319</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1066.

<sup>320</sup> González Cussac, J.L., *op. cit.*, p. 41.

<sup>321</sup> “Jueces y fiscales piden tribunales especializados en discapacidad y advierten del riesgo de ‘populismo’ punitivo”, *Diario La Ley*, n° 7575, 23 de febrero de 2011, p. 2.

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

<sup>323</sup> 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.

<sup>324</sup> Silva Sánchez, J.M., “La reforma del Código penal: una aproximación desde el contexto”, *Diario La Ley*, n° 7464, 9 de septiembre de 2010, p. 7.

<sup>325</sup> *Idem.*

<sup>326</sup> 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.

<sup>327</sup> “Conde-Pumpido pide ‘estrangular financieramente’ a los grupos que blanquean dinero en España”, *Diario La Ley*, n° 7535, 27 de diciembre de 2010, p. 2.

<sup>328</sup> *Idem.*

<sup>329</sup> Manzanera Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 970.

<sup>330</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15238.

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

<sup>332</sup> Véase Cardona Torres, J., *op. cit.*, p. 444.

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

<sup>334</sup> *Informe del consejo fiscal de 4 de febrero de 2009...*, *cit.*, p. 211.

<sup>335</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 425.

dotando de “autonomía cualificante”<sup>336</sup> 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,<sup>337</sup> 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,<sup>338</sup> o eliminado.

Efectivamente, la “llamativa”<sup>339</sup> u “obscura”<sup>340</sup> redacción de la actual circunstancia segunda del artículo 369 carece de justificación<sup>341</sup> “incluso gramaticalmente”<sup>342</sup> y supone “un solapamiento”<sup>343</sup> o “problemas de delimitación”<sup>344</sup> 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”,<sup>345</sup> aunque el tenor literal de la norma admita “una actividad organizada de cualquier clase que incluso podría ser lícita”.<sup>346</sup> 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 delito<sup>347</sup> 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,<sup>348</sup> pues se rechazaron tres enmiendas que pretendían evitar que la agravante alcanzase a las actividades lícitas.<sup>349</sup> 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”<sup>350</sup> y que el legislador parece estar pensando en “el terrorismo, la trata de blancas o el tráfico de armas”,<sup>351</sup> el contrabando y la prostitución, aunque si se sancionan independientemente no procede el tipo agravado de narcotráfico.<sup>352</sup> Asimismo, la fiscalía general del Estado requiere la pertenencia a una “organización dedicada a actividades criminales distintas a las de tráfico de drogas”<sup>353</sup> y la comisión en su ámbito de actuación o el favorecimiento de delitos de narcotráfico,<sup>354</sup> 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”<sup>355</sup> al agravar “supuestos, que no revisten una mayor gravedad ni denotan una especial peligrosidad”.<sup>356</sup>

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

<sup>337</sup> *Idem.*

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

<sup>339</sup> 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.

<sup>340</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 953.

<sup>341</sup> 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.

<sup>342</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 685.

<sup>343</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1331, marginal 15238.

<sup>344</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 425.

<sup>345</sup> *Idem.*

<sup>346</sup> Fakhouri Gómez, Y., *op. cit.*, p. 1321, marginal 15186.

<sup>347</sup> 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.

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

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

<sup>350</sup> Sequeros Sazatornil, F., en Gómez Tomillo, M., *op. cit.*, p. 1412.

<sup>351</sup> Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

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

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

<sup>354</sup> *Idem.*

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

<sup>356</sup> *Idem.*

En definitiva, la Ley orgánica 15/2003, al eliminar el término “delictivas”, que calificaba a las actividades organizadas, generó un problema hermenéutico subsistente,<sup>357</sup> el cual suscita cuestiones de constitucionalidad,<sup>358</sup> que se sumó a los ya planteados por la regulación del Texto punitivo de 1995<sup>359</sup> —fusión de las circunstancias octava y novena del artículo 344 bis a) del antiguo Código penal—<sup>360</sup> que con razón se tachó de “poco afortunada”,<sup>361</sup> 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”<sup>362</sup> al interpolar el sustantivo “embarcaciones” entre “los medios comisivos cualificadores”<sup>363</sup> de “transporte de droga específicos”,<sup>364</sup> recogidos en el tipo “superagravado”<sup>365</sup> por su “extrema peligrosidad”,<sup>366</sup> cambio que “no parece acertado”<sup>367</sup> en la medida en que “amplía considerablemente el ámbito de agravación”.<sup>368</sup>

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 semirrigidas.<sup>369</sup> 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”.<sup>370</sup> En tal sentido la reforma deviene “incorrecta desde una perspectiva técnica”.<sup>371</sup> Aunque sí existían problemas hermenéuticos,<sup>372</sup> 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.<sup>373</sup>

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

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

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

<sup>359</sup> 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.

<sup>360</sup> Véase Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 953.

<sup>361</sup> Acale Sánchez, M., *op. cit.*, p. 189.

<sup>362</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

<sup>363</sup> Manzanares Samaniego, J.L., *op. cit.*, p. 973.

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

<sup>365</sup> Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1073.

<sup>366</sup> *Idem.*

<sup>367</sup> Manjón-Cabeza Olmeda, A., “Drogas...”, *cit.*, p. 371.

<sup>368</sup> *Idem.*

<sup>369</sup> Véase Preámbulo, XXIV, párrafo tercero.

<sup>370</sup> Véase Navarro Blasco, E., *op. cit.*, p. 315.

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

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

<sup>373</sup> 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.

<sup>374</sup> Véase Queralt Jiménez, J.J., *op. cit.*, p. 1074.

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

<sup>376</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

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

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

<sup>379</sup> Pedreira González, F.M., *op. cit.*, p. 426.

cialmente al narcotráfico<sup>380</sup> entrañen “una mayor potencialidad lesiva para la salud pública”.<sup>381</sup> En otro caso la literalidad del término embarcación alcanzaría a una “barca de remos”<sup>382</sup> 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,<sup>383</sup> 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 “papelina” 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.

---

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

<sup>381</sup> *Idem.*

<sup>382</sup> Muñoz Conde, F., *op. cit.*, p. 686.

<sup>383</sup> Véase Landrove Díaz, G., *op. cit.*, p. 102.



Instituto Nacional de Ciencias Penales  
Universidad de Huelva  
Universidad de Salamanca  
Universidad Pablo de Olavide  
Universidad de Castilla-La Mancha  
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal  
Editorial Ubijus