

CONSULTA NUM. 4

CONCURRENCIA DE DELITOS: CONTRABANDO DE ESTUPEFACIENTES DEFINIDO EN LA LEY DE 13-7-1982 Y EL ARTICULO 344 DEL CODIGO PENAL

I

Ha tenido entrada en esta Fiscalía su Consulta cuyo objeto único se centra en la calificación que deba darse a las conductas constitutivas de tráfico de estupefacientes a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, modificativa de la legislación en materia de contrabando. La causa determinante está, como V.E. expone, en que, con la promulgación de esta norma los hechos integradores de aquel tráfico ilícito cuentan abstractamente con una tipicidad doble. De un lado, la definida en el artículo 344 del Código Penal bajo la rúbrica de delitos contra la salud pública; y de otro, la que se extrae de la Ley de 13 de julio de 1982, que considera reos del delito de contrabando a los que, en cualquier cuantía, importaren, exportaren o poseyeren drogas o estupefacientes o realizaran operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (art. 1, párrafos uno, inciso cuarto, y tres, inciso primero).

La existencia de dos preceptos contemporáneamente vigentes que incluyen en su núcleo fundamental el tráfico ilícito de drogas exige concretar la naturaleza del concurso y, en consecuencia, las reglas aplicables. Y es precisamente en este punto donde han surgido las dos posiciones, netamente contrapuestas, de que da cuenta.

1. A tenor de la primera, esa concurrencia de disposiciones se conforma con la estructura propia del llamado concurso de leyes, por lo que, al excluirse recíprocamente, de acuerdo con el artículo 68 del Código Penal, los hechos habrán de calificarse bien como delito contra la salud pública del artículo 344 o como delito de contrabando de estupefacientes, según cuál sea, ante una determinada conducta, el que tenga asignada una consecuencia punitiva de mayor entidad. Esta posición esgrime en su apoyo los argumentos siguientes:

— Que el bien jurídico protegido en las normas cuestionadas es el mismo: la salud pública, si bien unas veces aparece expresado de modo directo (artículo 344), y otras de forma indirecta a través del interés del Estado en su control (Ley de 13-7-1982).

— Que las conductas previstas en las dos leyes son idénticas, tratándose en ambos casos de tráfico de drogas, ya sea «sin cumplir los requisitos legales» (Ley de 13-7-1982) o de modo «ilegal» (artículo 344).

— El paralelismo de conductas e intereses protegidos plasma en una auténtica relación de alternatividad cuyo cauce no puede ser otro que el prevenido en el artículo 68 del Código Penal.

2. La segunda postura entiende que se trata de un supuesto de concurso ideal —un hecho constitutivo de dos delitos— que ha de resolverse en la forma prevista en el artículo 71 del Código Penal. Son razones que contribuyen a mantener esta tesis:

— Los bienes jurídicos que, respectivamente, protegen son diversos, ya que el interés del Estado en el control del tráfico de drogas, no es sólo la salud pública, sino que también están latentes un interés económico y el cumplimiento de compromisos internacionales en la materia.

— La aplicación del artículo 68 de Código Penal resulta, al menos, difícil, pues literalmente, alude a «hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más disposiciones *de este Código*»; aunque, ciertamente, esta dificultad

podría obviarse a la vista del artículo 9.º de la Ley de 13 de julio de 1982, que proclama la supletoriedad del Código Penal para lo no previsto en ella.

— La teoría del concurso de normas acude inmediatamente al artículo 68 del Código Penal, pero ¿por qué no acudir al principio de especialidad que supondría a veces la aplicación de los preceptos de la Ley de Contrabando más beneficiosos para el reo que el artículo 344?

— Si la Ley de 13 de julio de 1982, con relación a la que deroga, parte de un tratamiento más severo elevando a delito conductas que antes constituían infracciones administrativas, perdería su razón de ser si se admitiera como solución el concurso de normas, pues con él sólo se sanciona un delito, en tanto que merced al concurso ideal siempre se castiga un sólo hecho como dos delitos por cuanto supone un ataque a diferentes bienes jurídicos igualmente dignos de protección.

II

Conforme a la Ley de Contrabando, aprobada por Decreto de 16 de junio de 1964, el tráfico de estupefacientes constituía infracción administrativa de contrabando (arts. 3 y 11, apartados 7-9), conducta que encajaba también en el extenso marco del artículo 344 del Código Penal. Si en un mismo hecho concurrían las características de la infracción administrativa y la estructura del tipo penal, la jurisprudencia del Tribunal Supremo reconocía la compatibilidad de las sanciones respectivas sin que ello implicara violación del principio *non bis in idem*; en tal sentido, las sentencias de 10-5-1974, 30-6-1975 y 20-1-1982, declarativa esta última de que «un comportamiento puede integrar infracción de contrabando sin que ello obste, ni suponga conculcación del principio *non bis in idem*, a que la citada conducta pueda constituir, además, delito descrito en el Código Penal, doctrina ésta que en lo que respecta a los estupefa-

cientes, se ratifica y refuerza por el contenido de la Ley de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 30 dispone que las referidas sustancias tienen el carácter de artículos estancados y que el contrabando de las mismas será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a los vigentes preceptos de la Ley de Contrabando, añadiendo el artículo 33 de la misma, que tales conductas serán perseguidas administrativamente sin perjuicio de que puedan integrar delito y ser perseguidas en la vía correspondiente».

Con la publicación de la Ley de 13 de julio de 1982, reguladora de los delitos de contrabando, ha desaparecido la infracción administrativa de contrabando cuando sus actos constitutivos tuvieren por objeto drogas o estupefacientes, pues si, en general, el tránsito de la infracción de contrabando al delito de contrabando, se halla en el valor de los géneros o efectos (arts. 1-1.º y 12), el tráfico de drogas integrará siempre delito cualesquiera sea su cuantía o valor (art. 1-3.º). Así, de la compatibilidad entre infracción administrativa de contrabando de estupefacientes y delito contra la salud pública, se ha pasado a la concurrencia del delito de contrabando de estupefacientes con el delito contra la salud pública cuyo objeto material son las sustancias estupefacientes. Si los casos consistentes en que unos mismos hechos estuvieran descritos, a la vez, en el presupuesto de una norma penal y en el círculo de una infracción administrativa, fueron resueltos jurisprudencialmente en el sentido de hacer compatibles las respectivas sanciones, sobre la hipótesis de subsunción de un presupuesto de hecho en el delito de contrabando de drogas (arts. 1-1.º y 3 de la Ley de 13-7-1982) y en el tipo definido en el artículo 344, obviamente no hay todavía declaraciones jurisprudenciales. En trances de valorar en un orden técnico-jurídico tal conducta, las opciones posibles se reducen a éstas: entender que nos hallamos ante un concurso aparente de normas cuyo régimen jurídico-punitivo aparece en el artículo 68 del Código Penal, o pensar que conviene mejor a la situación de hecho creada, las normas reguladoras de una de las mo-

dalidades del concurso ideal o formal de delitos del artículo 71 (un hecho constituye dos o más delitos).

III

Los requisitos de las normas penales definidos en el artículo 344 del Código y en la Ley de Contrabando de 13 de julio de 1982, son parcialmente coincidentes. De un lado, la tipicidad del artículo 344, objetiva y fundamentalmente descriptiva, a partir de la Ley de 15-11-1971 adquiere una gran amplitud; reducida a sistema, en su marco pueden comprenderse las siguientes conductas: actos de producción de estupefacientes (cultivo, fabricación, elaboración), actos principales de tráfico (venta, donación, tráfico en general), actos auxiliares de tráfico (tenencia, transporte) y actos de proselitismo o estímulo (promoción, favorecimiento, facilitación). Con la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, el tipo central de injusto que define el nuevo artículo 344, al tiempo que gana en precisión no se separa, por razón del contenido que atribuye a los verdaderos subtipos, de la norma sustituida. Si ciertamente ahora se incluyen *ex novo* los psicotrópicos y la penalidad cuenta con nuevos módulos, los elementos descriptivos de la acción se reducen, en técnica quizá más depurada, a los actos de cultivo, fabricación, tráfico y posesión. Pero es manifiesto que la fabricación comprende la elaboración, también que en la expresión genérica de tráfico tienen cabida tanto los actos de disposición a título oneroso como los de liberalidad, así como el transporte, y que la sustitución de la palabra tenencia por la de posesión, aunque pudiera tener trascendencia en el orden civil, carece de relevancia penal a la hora de encuadrar una conducta en el artículo 344. De otro lado, el radio antijurídico de la Ley de Contrabando es menos extenso cualesquiera sean los preceptos que sirvan de encaje al contrabando de estupefacientes. Más aún así

no pueden desconocerse superposiciones en los elementos nucleares de los respectivos tipos.

La alternativa más próxima en la Ley de Contrabando al artículo 344 es la que se extrae del párrafo tercero o del párrafo cuarto del artículo 1-1.º El primero de ellos se refiere a los *géneros estancados*; el segundo, a los *géneros prohibidos*. Géneros estancados y géneros prohibidos son conceptos distintos. Los primeros son aquellos cuya comercialización está reservada con carácter de monopolio al Estado, y prohibidos aquellos cuya comercialización no está permitida por lo general a los particulares. Pero atendidas las normas en vigor, los estupefacientes tienen la consideración de efectos estancados unas veces y de géneros prohibidos otras. En el artículo 3-1.º de la Ley de Contrabando son, *ex lege*, productos estancados, aquéllos cuya producción, adquisición o distribución se atribuye al Estado con carácter de monopolio, pero, además, se reputan géneros o productos estancados, aquéllos a los que por Ley se otorgue dicha condición; y la Ley 17/1967, de 8 de abril, declara (art. 30-1) que las sustancias estupefacientes tienen el carácter de *artículos estancados*, y el contrabando de las mismas será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a los preceptos de la Ley de Contrabando. El carácter de *géneros prohibidos* para los estupefacientes, deriva de la propia Ley de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2-2.º expresa que tendrán la consideración de artículos o *géneros prohibidos* los estupefacientes incluidos o que se incluyan en la Lista IV del Convenio Unico de las Naciones Unidas de 1961, y en tal lista están, junto a otros productos, la *cannabis* y la heroína; pero es que, a mayor abundamiento, según el artículo 3-2.º a), de la vigente Ley de Contrabando, son artículos o géneros prohibidos los que como tales se hallen comprendidos en los Aranceles de Aduanas, y en la disposición octava de esta norma —aprobada por Decreto de 30 de mayo de 1960— se consideran artículos de importación prohibida o condicionada los estupefacientes.

Pues bien, la conducta en el tipo de injusto básico relativo al contrabando de *géneros estancados* (art. 1-1.º, tercero) comprende estos términos: importar, exportar, poseer, elaborar y rehabilitar. La acción o comportamiento, siempre positivo, en el delito de contrabando de *efectos prohibidos* (art. 1-1.º, cuarto) abarca a quienes los importaren, exportaren, poseyeren o realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación.

Delimitadas así las áreas respectivas del injusto penalmente relevante, se observa que *elaborar y rehabilitar* son conceptos privativos del artículo 1-1.º, tercero, mientras que la frase realizar *operaciones de comercio o circulación* sólo la hallamos en el artículo 1-1.º, cuarto. El resto de las expresiones típicas son comunes a ambos: importar, exportar y poseer. Es claro que el círculo de la antijuridicidad es en estas dos figuras de delito menor que el asignado en el artículo 344 al tráfico de estupefacientes. Aquéllos contienen referencias expresas a actos principales («operaciones de comercio») y auxiliares de tráfico («poseyeren», «circulación») e incluso a algún acto de producción («elaborar», «rehabilitar»). Existen otros dos giros en las disposiciones analizadas de la Ley de Contrabando sin correspondencia literal con el artículo 344 («importar» y «exportar») pero que podrían incardinarse en el término «tráfico» que es comprensivo del transporte, ya que importar, según la interpretación dada por el Tribunal Supremo, puede significar el hecho de introducir la droga por cualquier medio en territorio español, valorándose como transporte punible la llegada de estupefacientes a las Aduanas de puertos, aeropuertos y fronteras en donde se intervienen cuando se pretendía su introducción material en España (Sentencias de 13-5-1975, 15-3-1977 y 26-3-1977); y a tenor de la Convención de las Naciones Unidas sobre estupefacientes —artículo 1, apartado m)—, ratificado por España el 1 de marzo de 1966, por importación y exportación se entiende el transporte material o tráfico de estupefacientes de un Estado a otro o de un territorio a otro del mismo Estado,

definiciones que para el Tribunal Supremo entrañan una noción auténtica de los actos integrantes de tráfico (Sentencias de 22-2-1974 y 22-11-1978), añadiendo por su parte la Ley de 8 de abril de 1967 (art. 15) que constituyen tráfico ilícito las operaciones de importación realizadas en contra de lo prevenido en la Ley. Por consiguiente, «importar» o «exportar», en significado no rigurosamente técnico si se quiere, significarán también «traficar», término que comprende, dada su amplitud, el transporte.

En definitiva, con la precedente interpretación, sólo los actos de proselitismo (promoción, favorecimiento y facilitación) y alguno de los actos de producción de estupefacientes («cultivo») son privativos del artículo 344 y ajenos al delito de contrabando. Los demás comportamientos son sustancialmente convergentes, por lo que convienen, en principio, tanto al injusto típico de contrabando como al tipo penal del injusto en que la salud pública es protegida directamente.

Si hay coincidencia entre el objeto del delito y entre la mayor parte de los elementos descriptivos que integran el contenido de los tipos penales definidos en la Ley de Contrabando y en el Código Penal, la cantidad de estupefacientes objeto del tráfico tampoco es dato diferenciador, porque el *quantum* de lo poseído, transportado, elaborado o vendido no es elemento del tipo en ningún caso. El tráfico ilegítimo de drogas es siempre delito del artículo 344, ya que la cantidad no afecta a la antijuridicidad sino, en todo caso, a la penalidad, como se desprende de la interpretación jurisprudencial del párrafo tercero del anterior artículo 344, y de la literalidad del nuevo precepto. Y aunque los delitos de contrabando, en general, subordinan su existencia a que el valor de los géneros o efectos sea igual o superior a un millón de pesetas (art. 1-1.º), pues en otro caso sólo hay infracción administrativa (art. 12), el contrabando de drogas o estupefacientes constituye delito cualquiera que sea su cuantía (art. 1-3.º, primera), si bien la pena tipo puede ser rebajada en un grado en atención a las

circunstancias del hecho (art. 2-3.º). En la aplicación de las normas últimamente citadas, debe regir la interpretación que ha venido haciendo de modo reiterado, el Tribunal Supremo para el delito contra la salud pública del artículo 344, distinguiendo entre actos de transmisión y actos auxiliares de tráfico, y en tanto que los primeros constituirán siempre delito aunque se trate de pequeñas cantidades, la posesión y el transporte o circulación de drogas en cantidades exiguas, no comportará la tipicidad de contrabando, sino que puede constituir un elemento probatorio de que la tenencia o el transporte son simples actos preparatorios de otro principal impune cual es el propio consumo.

Si la dimensión externa de la conducta es parcialmente coincidente, la identidad es plena en el empleo de términos normativos que configuran las denominadas características especiales del deber jurídico o especiales elementos de la antijuricidad; de ahí las expresiones de modo «ilegal» (art. 344), «sin autorización» (art. 1-1.º, tercero, de la Ley de 13 de julio de 1982) y «sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (art. 1-1.º, cuarto) determinantes todas ellas de la punibilidad.

IV

No es, pues, el artículo 344 la única norma penal que reprime el tráfico de estupefacientes, sino que la legislación de contrabando eleva también a categoría de delito la posesión, circulación y tráfico ilegítimo de aquellas sustancias; y existe superposición, en parte, de las acciones que forman el núcleo de los respectivos preceptos, por lo que, obviamente, si un hecho dado es capaz de subsumirse en esa zona típica común, aparece como posible la aplicación de dos normas cuya consecuencia penal es distinta. En el artículo 344 se preven penas distintas. Prisión menor y multa es la pena tipo cuando se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, que se elevará en un grado atendidas

estas circunstancias: la cantidad objeto de tráfico, la pertenencia del culpable a una organización que tenga por finalidad difundir las drogas, el lugar en donde se difunden (centros docentes, unidades militares, establecimientos penitenciarios) o las personas a quienes se transmiten (menores de edad). Arresto mayor es la pena que procede cuando se trate de sustancias que no causen grave daño a la salud, que se transformará en prisión menor si concurre alguna de las circunstancias antes referidas. En tanto que la pena base para el contrabando de estupefacientes es la de prisión menor en los grados medio o máximo y multa del tanto al duplo del valor de los géneros o efectos (art. 2-1.º) imponiéndose en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de entidades u organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito.

Si una de esas normas concurrentes ha de desplazar a la otras o si deben conservar conjuntamente su eficacia los tipos legales, es cuestión que se subordina a cuál sea la naturaleza del eventual concurso: si aparente o de leyes o efectivo o de delitos. En el concurso de leyes, por el principio de la alternatividad excluyente o de la incompatibilidad en la aplicación de los preceptos, prevalece la norma que tenga asignada mayor sanción. En el concurso ideal de delitos, cuando un hecho singular origine dos o más tipos penales distintos —ya sean homogéneos o heterogéneos— la pena es cumulativa (la de los dos tipos) o sustitutiva cualificada (la mayor de ellas en el grado máximo).

La adscripción de un determinado comportamiento a una u otra situación concursal no siempre tendrá fácil solución. A esta dificultad contribuyen no sólo la poco clara estructura legal del concurso de normas y del concurso ideal, sino también la consideración de que aun cuando el delito del artículo 344 y los de contrabando de estupefacientes presentan en ocasiones la misma objetividad jurídica, el bien jurídico protegido por ellos puede ser distinto. El hecho

diferencial en tales hipótesis habrá que reconducirle a la esfera del bien jurídico protegido.

Si toda norma penal completa tutela un determinado bien o interés que individualiza su *ratio*, a la total perfección del delito contribuirá no sólo la realización de la conducta que forma el contenido del tipo, sino también la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que la Ley quiere proteger. Teniendo esto en cuenta, el tipo de concurso ante el que nos hallemos, estará condicionado por el dato de si el hecho antijurídico a juzgar lesiona o pone en peligro un solo interés o más intereses. Si uno sólo, habrá concurso de normas; si más de uno, concurso ideal de delitos. En el primer supuesto, aunque varias disposiciones sean aparentemente aplicables al hecho concreto, una sola es suficiente para sancionar el total valor ofensivo del hecho. En el segundo caso se aplican contemporáneamente dos o más disposiciones porque sólo de ese modo puede ser asegurada la represión de las violaciones de intereses, penalmente tutelados, producido por el hecho a juzgar. Ahora bien ¿cuándo tienen lugar uno y otro supuesto? Una misma situación de hecho incluíble en los esquemas descriptivos de dos figuras de delito puede representar la lesión o puesta en peligro de diversos intereses, que por ser estructuralmente distintos, pueden hallarse entre sí en una doble contrapuesta relación: o completamente desvinculados y privados de coincidencia, o, al contrario, total o parcialmente coincidentes en cuanto se adscriben a la misma categoría o *genus*. El supuesto de coincidencia de intereses tutelados por las normas, legitima la existencia del concurso de leyes. El supuesto de discrepancia de los bienes protegidos por la disposición autoriza la existencia del concurso ideal.

— Los intereses jurídicos que con función incriminadora protege siempre y desde luego el artículo 344, forman la categoría sistemática de la salud pública; que la salud pública es, incondicionadamente, el bien jurídico protegido en este precepto, se obtiene de su colocación dentro del

Código Penal y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando, reiteradamente declara que el artículo 344 tutela la salud pública comunitaria (Sentencias de 22-2-1974, 2-2-1976, 7-10-1982, 22-10-1982, 29-11-1982, 20-1-1983 y 3-5-1983, entre otras muchas). En los delitos de contrabando de drogas el bien protegido puede ser único o vario, pues junto a intereses complejos dirigidos a proteger la economía nacional puede figurar también la salud pública como interés tutelado; si un hecho delictivo puede lesionar o poner en peligro una pluralidad de bienes específicos, algunos de los delitos de contrabando de estupefacientes deben calificarse de pluriofensivos, pues la prohibición de las conductas de tráfico no autorizado, responderá unas veces a finalidad tributaria y económica y otras a razones de sanidad pública, pero en ningún caso el fundamento de la intervención del legislador es la salud individual, porque el autoconsumo de estupefacientes es penalmente atípico. Que la salud pública puede ser en el nuevo delito uno de los bienes jurídicos protegidos se desprende de la Ley administrativa de 8 de abril de 1967, dirigida a establecer el monopolio del Estado en materia de estupefacientes, cuando establece en su preámbulo que «es la salud física y mental de la población la razón profunda determinante de toda acción pública sobre los estupefacientes». Si un Estado moderno prohíbe la libre circulación de drogas, no lo hace exclusivamente por motivos económicos, sino por el peligro real que ello supone para bienes o valores trasindividuales que, como la salud pública, han de ser por ello objeto de una expresa tutela penal.

— Si en la formulación de todo tipo penal existe una cláusula negativa implícita por virtud de la cual se excluye que esa realidad natural halle expresión en otra norma, es lo cierto que un mismo acaecimiento humano puede a veces estar cubierto por dos o más disposiciones. A este defecto de técnica legislativa se debe el concurso de leyes, que se produce no sólo cuando todos los elementos de una figura punible están contenidos plenamente en otra, sino también

cuando por coincidir sólo parcialmente no todos los elementos constitutivos de un delito se hallan en el esquema descriptivo del otro.

La estructura técnica del concurso de normas responde a la existencia de una acción y de delitos descritos en diversas normas concurrentes, una de las cuales ha de excluir a las demás porque el mismo hecho, declarado expresamente punible por el ordenamiento jurídico, no puede estar sujeto a una doble sanción.

Mas como el concurso ideal responde también a las características de unidad de hecho y pluralidad de infracciones, se anotan ahora sus diferencias con el concurso de normas que servirán para calificar la relación que media entre el artículo 344 del Código Penal y los párrafos del artículo 1.º de la Ley de 13 de julio de 1982, que tienen relación con el contrabando de estupefacientes.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1982, se analizan las diferencias entre el concurso de leyes y el concurso ideal, llegándose a la conclusión de que en el *concurso ideal* un solo comportamiento constituye dos infracciones diferentes y de diversa naturaleza que lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos distintos, por lo que son apropiadas para calificaciones separadas, no incompatibles ni excluyentes, aunque por razones de conexión o adherencia —al haber sido generadas por un mismo acto— se las contemple conjuntamente con la solución penológica del artículo 71. En el *concurso de leyes* el hecho punible es único, si bien cabe su subsunción en dos o más figuras delictivas, las cuales se excluyen recíprocamente, por lo que sólo se castiga una, la más gravemente penada.

En efecto, entre el concurso ideal y el de normas se advierten las siguientes diferencias:

Así como en el concurso ideal existe unidad de acción y pluralidad concreta de delitos (art. 71, supuesto primero), en el concurso de leyes contamos también con un sólo hecho capaz para integrarse *in abstracto* en dos o más tipos

penales de contenido idéntico o parcialmente coincidente (art. 68).

Se aplica el artículo 71 cuando un mismo hecho o conducta da lugar a dos o más delitos de diferente estructura e individualidad cuyos bienes jurídicos específicos son también distintos, pero no cuando el presupuesto de hecho único se subsuma en varios preceptos de similar estructura definidos en disposiciones diversas del ordenamiento penal, supuesto al que responde el artículo 68.

Por regir de modo incondicionado en nuestro sistema jurídico el principio del *non bis in idem* sustancial, los delitos que concurren a formar el concurso ideal son, necesariamente, distintos, ya que se permite su sanción por separado; en el artículo 68 hay dos o más normas violadas al tiempo de la consumación delictiva, pero sólo una resulta aplicable en el momento de la sentencia penal, lo que muestra que los delitos coincidentes en el concurso de normas deben presentar un marco típico casi idéntico.

Conforme al artículo 71, una acción origina materialmente más de un delito cuya sanción es concurrente o conjunta, o, en su caso, la más grave de ellos en el grado máximo; en el artículo 68 hay independencia delictiva formal pero no autonomía estructural, por lo que si un sólo hecho da lugar formalmente a dos o más delitos, que pueden ser calificados por dos o más preceptos, al excluirse uno a otro la sanción alternativa y única que permanece es la correspondiente a la norma principal por su gravedad.

V

Trasladando las notas peculiares del concurso ideal y del concurso de normas al tipo definido en el artículo 344 y a los delitos de contrabando de estupefacientes contenidos en la Ley de 13 de julio de 1982, puede llegarse a la sistematización siguiente:

A) SUPUESTOS EN QUE SERÁ APLICABLE EL CONCURSO IDEAL DE DELITOS

Siempre que concurren bienes jurídicos distintos nos hallaremos ante el complejo penológico del artículo 71, para lo que es necesario la efectiva constatación de un *plus*, esto es que una de las figuras del eventual concurso tenga su razón de ser fundamental en la protección de los intereses económicos del Estado, debiendo notarse que no es un simple bien jurídico genérico el interés del Estado en percibir las prestaciones correspondientes a los actos de introducción o comercialización de géneros estancados o prohibidos. El dolo de tráfico y el dolo de contrabando es de apreciar en estos casos:

a) Es delito de contrabando importar o exportar géneros estancados sin autorización (art. 1.º-1, tres) o géneros prohibidos sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes (art. 1.º-1, cuatro); uno de estos requisitos es la no presentación para su despacho, ocultando los estupefacientes o sustrayéndolos dentro del recinto aduanero a la acción de la Administración de Aduanas (art. 1.º-1.1, del Real Decreto de 16 de febrero de 1983), y otro el permiso que ha de conceder el Servicio de Control de Estupefacientes (arts. 5, apartado b), y 16.2 de la Ley de 8 de abril de 1967).

La conducta es de pura omisión, pues basta para la existencia del delito el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la legislación aduanera, que impide no sólo el control de las importaciones o exportaciones, sino también la percepción por el Estado de los derechos o aranceles de Aduanas.

Al tratarse de delitos de mera actividad, estarán perfectos con independencia de los fines perseguidos y aún sin expresos actos de tráfico propio posteriores. Mas si con la importación irregular se tiende al tráfico, concurrirán el delito de contrabando y el definido en el artículo 344 del Código Penal en concurso ideal, pues a la conducta de in-

roducción clandestina va unida la posesión del introductor de estupefacientes con cuya sanción se protege indirectamente la salud pública. Este mismo tratamiento concursal se dará a los poseedores o traficantes que se hallen en relación inmediata con el introductor, que serán aquellos que tengan a su disposición cantidades notables de droga, posesión cualificada que lleva implícita la presunción de que el poseedor actual está vinculado al autor material de la importación irregular.

En definitiva, si a los actos de importación ilegítima (irregular o clandestina) se unen la posesión o el tráfico por el introductor o por otros con él relacionados, con fin de difusión, tales conductas son sancionables conforme al artículo 71.

Mientras que la importación se refiere a la introducción de productos extranjeros, la exportación irregular presenta variedades, ya que puede recaer sobre drogas producidas lícita o ilícitamente en territorio español o introducidas legal o ilegalmente en nuestro territorio. Como la importación, el contrabando a través de la exportación de drogas también puede estar en concurso con el artículo 344; así ocurrirá en dos casos: cuando en el recinto aduanero se intervengan los estupefacientes, a transportar sin autorización, que hayan sido producidos o introducidos ilícitamente en España, pues ya habían mediado actos típicos de elaboración y posesión; y cuando consumada materialmente la exportación fuere detenido con posterioridad el exportador que comercializó en el extranjero los productos.

b) El artículo 1.º-1, de la Ley de 13-7-1982 tipifica estos dos delitos de contrabando:

a') Obtener mediante la alegación de causa falsa o de cualquier otro modo ilícito, el despacho de géneros estancados o prohibidos por las oficinas de Aduanas.

b') Obtener, también ilícitamente, las autorizaciones para los actos de importación, exportación, elaboración o comercio de los efectos estancados o prohibidos.

Como en el caso precedente, es claro que la tenencia o

el tráfico posteriores a la actividad formalmente ilegítima dará lugar a la aplicabilidad del artículo 71.

c) Los artículos 1.º-1, siete, y 1.º-1, ocho, son comprensivos de dos supuestos de concurso ideal. Se trata de actos de contrabando a través del transporte o transbordo de efectos estancados o prohibidos en buque para introducirlos clandestinamente en España por lugar de la costa no habilitado a efectos aduaneros, o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

B) CASOS DE CONCURSO APARENTE DE NORMAS.

No habrá dificultades para apreciarle en estos supuestos: actos de tráfico sin autorización realizados por el importador legítimo, actos de elaboración de estupefacientes sin autorización y actos de posesión o tráfico por un tercer poseedor.

a) Se configura como delito de contrabando la tenencia, comercio y circulación de géneros prohibidos sin observar los requisitos exigidos (art. 1-1.º, cuatro). Todos son actos subsiguientes a la importación regular o legal, y además personales de quienes intervinieron en la introducción de los productos estupefacientes; no se trata de la tenencia abstracta por un tercero cualquiera, sino de la tenencia o comercio de quien fue importador autorizado. La identidad objetiva entre este tipo de contrabando y alguno de los subtipos del artículo 344 es manifiesta, pues partiendo de la ilegalidad de los respectivos comportamientos, en ambos se incluye la tenencia, la venta —que se equipara a operaciones de comercio— y la circulación va unida a la idea de transporte. En cuanto actos *ex post* a la introducción legal no puede entenderse que el fundamento de su punición esté en la defraudación de la deuda tributaria, sino más en la protección de la salud pública comunitaria.

b) Es también delito de contrabando la elaboración o rehabilitación de géneros estancados sin autorización

(art. 1.º.1, tres). El inciso anterior abarcaba la tenencia, comercio y circulación ilegítima por nuestro territorio de estupefacientes introducidos de forma legal. El delito a que ahora nos referimos incluye los actos de producción o creación no autorizada —salvo el cultivo— realizados dentro de España, que presentan una sustancial identidad con la estructura objetiva del artículo 344, referente a los actos de producción y con los bienes jurídicos que esta norma protege, pues realmente entraña un peligro potencial o abstracto para la salud pública la elaboración de productos estupefacientes sin autorización.

c) Tráfico de drogas por quien no intervino en los actos propios de los delitos de contrabando. Si a los actos auxiliares del tráfico (tenencia) y a algunos actos de tráfico efectivo imputables al autor de las importaciones irregulares (art. 1.º.1, tres, cuatro, seis) o clandestinas (art. 1-1.º, siete, ocho), es de aplicación la teoría del concurso ideal, penándose más gravemente la conducta del contrabandista traficante, la posesión o el tráfico por quien no ha tenido relación directa con los que intervinieron en la importación, forzosamente tendrá que desenvolverse en el artículo 68. Así, la posesión por un tercero con la cualidad de simple traficante o de consumidor-traficante y ajeno a los cuadros de organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, no podrá castigarse como delito de contrabando más que cuando la aplicación de estas normas supongan una mayor penalidad.

C) CONDUCTAS AJENAS A CUALQUIER MODALIDAD DE CONCURSO

Por último, son de señalar, a título meramente enunciativo, determinados comportamientos que son extraños en absoluto a la punibilidad o que escapan a una u otra de las formas concursales.

En el primer grupo debe destacarse la posesión de estupefacientes con el fin exclusivo de autoconsumo, dado que

en el nuevo artículo 344 —siguiendo una reiterada interpretación jurisprudencial— sólo es punible la posesión con destino total o parcial al tráfico. Tampoco surgirá el delito de contrabando cuando la posesión dentro del territorio nacional se refiera a estupefacientes destinados al consumo propio del infractor. Aparte argumentos de orden lógico, contribuye a esta tesis el artículo 1-3.º, circunstancia primera, de la Ley de 13 de julio de 1982, que limita la sanción para el contrabando de estupefacientes a los casos en que su tenencia constituya delito. Luego, si la tenencia sin ulteriores fines es acto plenamente atípico, quedará también excluida del carácter extensivo de esta última norma.

Entre las conductas ajenas al concurso, unas constituyen sólo delito del artículo 344 y otras delito de contrabando.

Son privativas del tráfico de estupefacientes:

La promoción, fomento y facilitación de productos estupefacientes por quienes no han intervenido directamente en la introducción irregular.

El cultivo y tráfico ilegítimo de estupefacientes de producción nacional; el de los introducidos legalmente si los actos de tráfico son realizados por un tercero tampoco pueden constituir delito de contrabando. Lo mismo cabe decir del tráfico de estupefacientes procedente de sustracciones.

Es problemático si para los psicotrópicos regirán las mismas reglas que para los estupefacientes o si en realidad sólo puede constituir el delito del artículo 344, con lo que quedarían excluidos los eventuales concursos. En apoyo de su individualidad típica está la redacción del artículo 344 por Ley de 25 de junio de 1983, que, por vez primera, los equipara en su tratamiento jurídico a los estupefacientes, y el hecho de que la Ley de 13 de julio de 1982 mencione únicamente drogas y estupefacientes.

Son propias del delito de contrabando estas conductas:

La introducción de estupefacientes sin autorización cuando no hayan mediado actos posteriores de tráfico y el *quantum* no pequeño de los mismos pueda excluir la pre-

sunción del propósito de un ulterior tráfico y del autoconsumo.

La exportación, sin cumplir los requisitos prevenidos, de productos estupefacientes producidos lícitamente en España.

La obtención ilegítima del despacho de estupefacientes en las Oficinas de Aduanas o de las autorizaciones para actos de importación, exportación o elaboración si a los mismos no ha subseguido acto alguno de tráfico.

Madrid, 1 de diciembre de 1983.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Excmos. e Ilmos. Sres. Fiscales de las Audiencias Territoriales y Provinciales.