

ESTUDIOS

LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA RELACIÓN CONCURSAL ENTRE EL DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS Y EL DELITO DE CONTRABANDO

NURIA CASTELLÓ NICÁS
Profesora asociada del Departamento de Derecho Penal
de la Universidad de Granada

SUMARIO.—1. *Antecedentes y criterios jurisprudenciales anteriores a la Sentencia de 1 de diciembre de 1997.* 2. *El cambio de doctrina motivado por la Sentencia de 1 de diciembre de 1997.* 3. *El contrabando para autoconsumo.*

1. **Antecedentes y criterios jurisprudenciales anteriores a la Sentencia de 1 de diciembre de 1997**

La aparición de la Sentencia núm. 1.088/1997, de 1 de diciembre, en la que se conoce de un caso de tráfico de drogas de índole internacional, constituye una notable revisión de la jurisprudencia anterior a la misma, con el resultado de llegar a unas consecuencias jurídicas más acordes con una correcta interpretación de los preceptos penales en juego, aunque para ello se empleen razonamientos no exentos de crítica. La posterior Sentencia de 10 de diciembre de 1997, núm. 1.562/1997, que ratifica ésta, relata que la Sala General del Tribunal Supremo, a la que asistieron once de los Magistrados, estimó, con sólo dos votos discrepantes, que «*la dualidad de sanciones supone un non bis in idem, contrario al artículo 25 de la Constitución*»⁽¹⁾ y que «*la conducta descrita en el artículo 2.3 a) de la Ley Orgánica 12/1995 debe estimarse consumida en la más amplia, referente al tráfico de drogas, prevista en el artículo 368 del nuevo Código Penal y debe resolverse el concurso de normas resultante conforme a la regla 3.ª del artículo 8 de dicho Código, en el sentido de sólo aplicar las penas*

(1) Tendría que haber dicho que la dualidad de sanciones supone un *bis in idem*.

establecidas en el artículo 368, o las fijadas para los supuestos agravados contemplados en los artículos 369 y 370 y concordantes» ⁽²⁾.

Fue la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, que modificó la legislación vigente en materia de contrabando y reguló los delitos e infracciones administrativas al respecto, la que originó la problemática concursal ⁽³⁾, que ha dado lugar a toda una literatura jurisprudencial que, ensimismada en la necesidad de sancionar más gravemente las actuaciones de tráfico de drogas cuando éstas tenían lugar traspasando nuestras fronteras, consideró aplicable a dichos casos ambas normativas, tanto la Ley de Contrabando, como los preceptos reguladores y sancionadores del tráfico de drogas en la Ley penal codificada, entendiéndose así que quien llevaba o traía droga entre diferentes Estados estaba cometiendo varios delitos conjuntamente y sería sancionado como autor de un concurso ideal entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando.

El artículo 1.º de la citada Ley de Contrabando, tras enumerar las conductas que conformaban el delito de contrabando ⁽⁴⁾, establecía en el número 3.º del mismo precepto

⁽²⁾ Esta Sentencia recoge literalmente los fundamentos de la Sentencia de 1 de diciembre de 1997. Los hechos que dan lugar a la primera de las Sentencias citadas, de 1 de diciembre de 1997, versan sobre un ciudadano de nacionalidad italiana que portaba en su equipaje un bolso en cuyo interior había dos botes de crema que contenían 788,3 gramos de cocaína, de una riqueza del 65 por 100, un tubo de acondicionador del pelo con 267 gramos netos de cocaína de una riqueza del 53 por 100, y una riñonera adosada a su cuerpo que contenía seis canutos del tipo bobinas de hilo de coser, que contenían un total de 27,9 gramos de cocaína, de una riqueza del 67,3 por 100, que el procesado pensaba introducir en España para su venta a terceros, quien en primera instancia fue condenado por un delito de tráfico de drogas en concurso ideal con un delito de contrabando a la pena de ocho años y un día de prisión mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena por el primer delito, y a dos años, cuatro meses y un día de prisión menor, iguales accesorias y multa de 30.000.000 de pesetas por el segundo delito, y pago de las costas del juicio.

⁽³⁾ Antes de la citada Ley, la Ley de Estupefacientes de 1967 —art. 30.1.º— remitía a la Ley de Contrabando, aprobada por Decreto de 16 de julio de 1964 —Decreto 2166/1964—, al establecer en la misma que el contrabando de las sustancias estupefacientes, consideradas artículos estancados, será perseguido, juzgado y sancionado con arreglo a la vigente Ley de Contrabando. Conforme a esta Ley, el tráfico ilícito de drogas constituía infracción de contrabando, castigándose con una pena de multa proporcional a la cuantía de la infracción, señalando como sanción subsidiaria la pena de prisión, y para cuyo conocimiento y castigo eran competentes Tribunales no penales —administrativos—, los Tribunales de Contrabando, lo que suponía, en palabras de PRIETO RODRÍGUEZ que *«las infracciones de contrabando eran, materialmente, delitos, aunque el legislador de 1964 les diera otro nombre»*. PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., en *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el Ordenamiento jurídico penal español*, Pamplona, 1993, p. 556. Así, se podía imponer una doble sanción, la propia del Código Penal y la sanción —multa o subsidiaria de prisión— de la Ley de Contrabando. Sobre este tema y la vulneración del principio *ne bis in idem*, VIVES ANTÓN, T.S., «Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes», en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977, pp. 556 y ss., y PRIETO RODRÍGUEZ, J.I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas...*, op. cit., pp. 555 y ss. Antes de 1964, el Real Decreto de 20 de junio de 1853 derogó a la Ley de 3 de mayo de 1830, y el Decreto de 11 de septiembre de 1953 aprobó el texto refundido de la Ley de Contrabando y Defraudación, de 20 de diciembre de 1952, Ley que reforma a la de 14 de enero de 1929, que, a su vez, había adaptado al Código Penal de 1928 la Ley Penal y Procesal de Contrabando y Defraudación de 1904. Referencias tomadas de LORENZO SALGADO, quien cita a MUÑOZ CONDE, por ser este autor quien pone de relieve que las infracciones aduaneras han estado sometidas casi siempre a un régimen diferente al del resto de las infracciones fiscales, pese al evidente carácter fiscal de las mismas. LORENZO SALGADO, J.M., *Las drogas en el Ordenamiento Penal Español*, Barcelona, 1983, p. 195.

⁽⁴⁾ 1.º Importar o exportar géneros de lícito comercio sin presentarlo para su despacho en las oficinas de aduanas; 2.º Realizar operaciones de comercio, tenencia o circulación de géneros de lícito comercio de procedencia extranjera, sin cumplir los requisitos establecidos para acreditar su lícita importación; 3.º Importar, exportar, poseer, elaborar o rehabilitar géneros estancados sin autorización, etc.

que «serán también reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, cualquiera que sea su cuantía, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: 1.^a Cuando el objeto del contrabando sean drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito», lo que equivale a reiterar conductas que se incluían en el punto 4.º de este mismo artículo primero: «Importaren, exportaren o poseyeren géneros prohibidos, y los que realizaren con ellos operaciones de comercio o circulación, sin cumplir los requisitos establecidos por las leyes».

En la actualidad, es el artículo 2.3 a) de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando, el que castiga como autores del delito de contrabando a quienes realicen alguno de los hechos descritos en el apartado 1 de este artículo, si concurre alguna de las circunstancias siguientes: «Cuando el objeto del contrabando sean drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, armas, explosivos o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito o cuando el contrabando se realiza a través de una organización, aunque el valor de los bienes, mercancías, géneros o efectos sea inferior a 3.000.000 de pesetas»⁽⁵⁾. Por su parte, el artículo 368 del Código Penal (anterior art. 344 del Código Penal, Texto refundido de 1973), castiga a «los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquéllos fines», precepto éste que se completa con los que le siguen, también sobre delitos contra la salud pública⁽⁶⁾.

Como es obvio, para especificar si jurídicamente han de aplicarse ambos preceptos —concurso de delitos— o sólo uno de ellos —concurso de normas—, es necesario indagar el bien jurídico protegido en las normativas que concurren, ya que si el bien jurídico es el mismo en ambas, esto es, si ambas normativas pretenden la protección de un valor idéntico, bastará con la aplicación de uno de ellos; pero si la protección se asienta en función de bienes jurídicos diferentes, procederá la aplicación conjunta de ambos preceptos⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ REY HUIDOBRO, L.F., criticó de la anterior redacción el que no hiciera referencia a las sustancias psicotrópicas, que no son sino una especie de los estupefacientes, de acuerdo con el amplio significado que creo se debe atribuir a la expresión en el marco jurídico penal; por tanto, no cabe decir que en el radio del delito de contrabando no están las sustancias psicotrópicas. REY HUIDOBRO, L.F., «El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 bis a) [arts. 344 y 344 bis a) del Código penal]», en *Comentarios a la Legislación penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, Madrid, 1990, p. 369.

⁽⁶⁾ En concreto, el artículo 369 establece una serie de agravaciones para el caso de que se den las circunstancias en él previstas, tales como facilitar la droga a menores de dieciocho años, disminuidos psíquicos, etc., cuando se trate de una cantidad de notoria importancia, cuando dichas sustancias se adulteren, el culpable pertenezca a una organización, etc.

⁽⁷⁾ Según SOTO NIETO, F., el bien jurídico protegido en uno y otro caso es diferente, así en el delito de tráfico de drogas el bien jurídico protegido es la salud pública, mientras que en la Ley de Contrabando «el interés patrimonial fiscal, el Erario Público, en suma, se ofrece formalmente como bien protegido por los delitos de contrabando, aunque, forzoso es reconocerlo, en determinados tipos y entreverados con dicha protección formal, se detectan otros intereses —motivaciones variadas de política criminal— que no pueden ser desplazados a un primer término, desfigurando la esencia y fundabilidad del contrabando». Para este autor, «cuando un mismo hecho incida sobre los tipos creados por una y otra norma jurídica, nos hallamos ante hipótesis de concurso ideal del delitos y no ante la concurrencia inauténtica o concurso de leyes. La aplicación de sendos preceptos no se excluyen e incompatibilizan, sino que permiten su conjunta existencia». SOTO NIETO, F., en *El delito de tráfico ilegal de drogas. Su relación con el delito*

Es claro que el bien jurídico que protege el delito de tráfico de drogas que contempla el Código Penal es la salud pública. La duda es ¿en función de este mismo bien jurídico la Ley de Contrabando sanciona el tráfico entre diferentes países de estas sustancias?

Veamos cómo se ha pronunciado sobre el tema la extensa jurisprudencia del Tribunal Supremo a lo largo del tiempo.

Con la Sentencia de 26 de septiembre de 1984 (RA 4.288), se puede decir que tiene su origen una dirección inicial que ha venido juzgando que los delitos de contrabando constituyen «*infracciones contra la Hacienda o Erario Público, en su especie de "infracciones aduaneras", o lo que es lo mismo, que, como su mismo nomen iuris de contrabando indica, se trata de castigar el comercio, en sentido amplio, de géneros prohibidos y, más en concreto, su importación o exportación clandestinas, con mengua de la renta de Aduanas; es decir, que el bien jurídico protegido en estos delitos es el interés de la Administración Pública en controlar el tráfico de géneros sujetos al arancel de Aduanas o de efectos estancados o prohibidos, siquiera detrás de este objetivo inmediato, que es fácil deducir de la lectura de la Ley vigente, se hallan intereses mediatos, alguno tan evidente como el económico nacional o razones de seguridad, higiene u otra causa cualquiera a que alude la propia Ley en su artículo 23.2, no menos que la propia naturaleza del objeto de contrabando: Las drogas o estupefacientes, junto a las armas, explosivos u otros cuya tenencia constituya delito (art. 1.º 3.1.º de la Ley), de lo que es fácil colegir diversos motivos de incriminación, entre ellos, como uno más, el de la salud pública*»⁽³⁾.

Argumenta también que tanto la tenencia de drogas con propósito de tráfico, como el transporte de las mismas como acto auxiliar más próximo a la idea de tráfico son delitos sanitarios, y si ese transporte adopta alguna forma de la Ley de Contrabando, habrá lugar a aplicar ambos delitos, mediante el artículo 71 del Código Penal, sin

de contrabando, Madrid, 1989, pp. 199 y ss. Sobre las diferentes posiciones, tanto de la doctrina, como del Tribunal Supremo y de la Fiscalía General del Estado, vid. REY HUIDOBRO, L.F., *El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas...*, op. cit., pp. 372 y ss. Como partidario de la teoría que considera jerárquicamente superior al Código Penal cita a DEL CASTILLO ARAGÓN, criticando su postura por considerar, lógicamente, que ambas normas tienen el mismo nivel jerárquico. Como seguidores de la teoría del concurso ideal de delitos, cita a BERISTAIN, RODRÍGUEZ DEVESA, NOREÑA SALTÓ y PRIETO RODRÍGUEZ y en favor del concurso de leyes cita a AGULLÓ AGÜERO, VIVES ANTÓN, BOIX REIG, ARROYO ZAPATERO, GARCÍA PABLOS, RODRÍGUEZ RAMOS, CARBONELL MATEU, MUÑOZ CONDE, MARTÍNEZ BURGOS, MARÍN CASTÁN, BELLOCH, BUSTOS RAMÍREZ.

⁽³⁾ En la misma línea de considerar que los bienes jurídicos afectados son el interés de la Administración Pública en controlar el tráfico de géneros sujetos al arancel de aduanas o de efectos estancados o prohibidos y la salud pública, las Sentencias de 23 de enero de 1985 (RA 345), 1 de febrero de 1985 (RA 859), 25 de septiembre de 1985 (RA 4.451), 14 de diciembre de 1985 (RA 6.264), 25 de enero de 1986 (RA 182), 27 de enero de 1986 (RA 186), 8 de julio de 1986 (RA 4.053), 1 de diciembre de 1986 (RA 7.771), 19 de mayo de 1987 (RA 3.087), 15 de junio de 1987 (RA 4.810), 25 de noviembre de 1987 (RA 8.602), 5 de febrero de 1988 (RA 859), 29 de febrero de 1988 (RA 1.339), 3 de marzo de 1988 (RA 1.567), 28 de marzo de 1988 (RA 2.111), 5 de abril de 1988 (RA 2.713), 4 de mayo de 1988 (RA 3.459), 25 de junio de 1988 (RA 5.349), 24 de septiembre de 1988 (RA 8.264), 4 de noviembre de 1988 (RA 1.487), 18 de septiembre de 1990 (RA 7.177), 5 de diciembre de 1990 (RA 9.425), 26 de diciembre de 1990 (RA 1.022), 29 de diciembre de 1990 (RA 10.111), 4 de octubre de 1991 (RA 6.992), 8 de noviembre de 1991 (RA 7.988), 20 de marzo de 1992 (RA 2.371), 16 de junio de 1992 (RA 5.395), 24 de junio de 1992 (RA 5.858), 17 de julio de 1992 (RA 6.642), 9 de septiembre de 1992 (RA 7.103), 16 de septiembre de 1992 (RA 7.161), 17 de mayo de 1994 (RA 3.917).

temor a rozar el *ne bis in idem*. Se trataría de un concurso ideal de delitos. A ello colabora el que la propia Ley de Contrabando 7/1982 señale, en su art. 1.º 3 [homólogo art. 2.3 a) de la Ley Orgánica 12/1995], que también serán reos del delito de contrabando quienes realicen alguno de los hechos descritos en el mismo, si el objeto del contrabando son drogas, estupefacientes, armas, explosivos o cualesquiera otros cuya tenencia constituya delito, lo que, según el parecer de la Sentencia de 24 de junio de 1992 (RA 5.858), equivale a decir *«que ya venga castigada por el Código Penal»*. Siguiendo ese planteamiento, existiría, por otra parte, un concurso medial de delitos, si a la conducta de contrabando constitutiva, en opinión del Tribunal Supremo, de los delitos de contrabando y contra la salud pública, sigue su difusión en el territorio nacional, puesto que a ese último tráfico precede una conducta instrumental o medial que consiste en su introducción dentro de las fronteras del Estado español.

La Sentencia de 15 de octubre de 1986 (RA 1.986/5620) señala curiosamente que ambas normas, *«en apariencia, se proyectan sobre el mismo bien jurídico, en cuyo trance, habría por ello, un concurso de normas y no de delitos, a resolver conforme al artículo 68 del Código Penal dando así prevalencia a la norma de las dos citadas que conminara mayor pena»*. Ello evidencia el inicial reconocimiento de hallarse ante un concurso de normas penales, lo que supone un antecedente de la tesis actual, aunque la Sentencia recurre al artículo 68 del Código Penal, texto refundido de 1973, que establece la prioridad de la norma más grave ⁽⁹⁾. No obstante, opta finalmente por seguir la doctrina primeramente creada, estableciendo que *«sin embargo, es fundamental no confundir el bien jurídico en sentido estricto con las motivaciones que hayan llevado al legislador a incriminar la misma conducta en distintos preceptos»* ⁽¹⁰⁾.

Los primeros indicios de un claro cambio en el razonamiento empleado hasta el momento por el Tribunal Supremo se pueden cifrar en la Sentencia de 16 de septiembre de 1987 (RA 6.466), y vienen motivados por el carácter furtivo u oculto que es propio del tráfico de drogas, por tratarse de productos que no son aptos para su presentación en la Aduana. Dice así el Tribunal Supremo en esta resolución que *«es obvio que los introductores de drogas en España lo verifican clandestinamente no con el fin de burlar los aranceles de Aduanas y de atentar así contra el Erario Público, sino por no serles dable presentarlas para su despacho en las oficinas correspondientes, abonando los oportunos derechos por su importación. No se trata, pues, de una propia infracción de contrabando, sino de una conducta equiparada a las de contrabando por el legislador»*. Titubeante es la Sentencia de 10 de diciembre de 1993, pues no descarta la existencia, además de un plus de antijuricidad, de una lesión al orden socioeconómico. Señala textualmente que *«se añade un plus de antijuricidad en correspondencia con la realidad criminológica que obliga a distinguir entre traficante importador o exportador de la droga y el simple traficante ajeno a tales operaciones de contrabando»*, manifestando a continuación que *«se descarta la posibilidad del bis in idem, porque hay en los hechos contemplados un ataque al orden socioeconómico interno y un riesgo para la salud pública, desvalores distintos y, consecuentemente no se advierte el conflicto de normas que apunta y sugiere la parte recurrente, sino*

⁽⁹⁾ La nueva jurisprudencia recurre al principio de consunción.

⁽¹⁰⁾ Por su parte, la Sentencia de 1 de octubre de 1996 (RA 7.823), aun cuando reconoce la presencia de dos bienes jurídicos diferentes, considera al contrabando vehículo para proteger intereses supraestatales plasmados en los Convenios internacionales que comprometen a los Estados signatarios.

el concurso ideal de delitos que debe ser resuelto con sujeción al recurso técnico que ofrece el art. 71 del Código Penal» (Texto refundido de 1973).

A pesar de esta última Sentencia, en el año 1990 está afianzado ya el fundamento basado en la existencia de un plus de antijuricidad. La resolución de 29 de diciembre de 1990 (RA 10.111), aceptó la evolución de la línea jurisprudencial, desde la admisión de pluralidad de bienes jurídicos, hasta el reconocimiento de una mayor antijuricidad de la conducta de contrabando, respecto de la de simple tráfico de drogas ⁽¹¹⁾. La Sentencia de 1 de octubre de 1992 (RA 7.891) es aún más explícita y advierte la perturbación que en un primer momento supuso el entendimiento que se efectuó del problema *«en cuanto que estas aprehensiones no son susceptibles de liquidación aduanera»*, siendo en estos casos siempre el bien jurídico el mismo: La salud pública, con una especificidad: *«La droga que procede del extranjero es la fuente normal y aplastantemente mayoritaria del abastecimiento nacional»*, y es por ello que el legislador opta por otorgarle un tratamiento penal más riguroso. Apunta también que es conocedor de la existencia de posiciones diferenciadas en los Tribunales de instancia y en la doctrina científica. Igualmente, en Sentencia de 22 de enero de 1992 (RA 292), se admite que en un principio la jurisprudencia de esta Sala utilizó el criterio de la pluralidad de bienes jurídicos protegidos (el interés de la Administración y el de la salud pública), pero que después se derivó hacia una apreciación unitaria de los bienes tutelados, aunque con un plus de antijuricidad, cuando se trata de importaciones ilegales. En la misma línea, la anterior Sentencia de 4 de enero de 1991 (RA 20), señala que el contrabando obra como *«un plus, como un quid iuris que impide atentar contra el principio non bis in idem, antes bien el legislador ha instaurado como un desideratum de política criminal la doble sanción para la conducta del importador (o exportador) traficante de la droga que la del simplemente tenedor para su tráfico que, por lo demás, son tipos dispares desde el punto de vista criminológico en los que se deben asentar tanto la mencionada política criminal como la dogmática encarnada en Códigos y leyes»*. ⁽¹²⁾.

En la jurisprudencia se diferencia, pues, por un lado, lo que fue su doctrina inicial, consistente en el reconocimiento de dos bienes jurídicos diferentes —Eranio Público y salud pública—, y por otro lado, en una segunda dirección, habla de un «plus» de antijuricidad de una conducta, cuando, en realidad, si existe un plus de antijuricidad es porque hay más de un bien jurídico en juego, y no sólo la salud pública, por lo que soterradamente, el reconocimiento de un plus de antijuricidad supone el reconocimiento de dos bienes jurídicos diferentes, el de la salud pública y el que se entienda que se protege al sancionar con el precepto referente al contrabando la actuaciones de tráfico de drogas entre países ⁽¹³⁾.

⁽¹¹⁾ Sentencias también de 3 de octubre de 1989 (RA 8.445), 2 de diciembre de 1989 (RA 9.280), 23 de marzo de 1990 (RA 2.592), 9 de junio de 1993 (RA 4.949), 14 de junio de 1993 (RA 5.090), 12 de junio de 1995 (RA 4.561), 8 de abril de 1996 (RA 2.849), 12 de noviembre de 1996 (RA 9.682).

⁽¹²⁾ También, Sentencias de 4 de marzo de 1991 (RA 1.739), 19 de septiembre de 1992 (RA 7.190) y Auto de 11 de diciembre de 1992 (RA 10.175).

⁽¹³⁾ Sobre este problema, señala SILVA SÁNCHEZ que *«nada cabe objetar a que el Tribunal Supremo decida aplicar (no crear contra legem) el Derecho según sus propias convicciones valorativas. Nada se opone, pues, a la consideración de que la gravedad del hecho de introducción de drogas desde el extranjero es superior a otros hechos de tráfico y a extraer de ello las consideraciones procedentes en sede de individualización judicial de la pena (art. 61 del Código Penal derogado; art. 66 del Código Penal vigente)»*. *«Lo que el Tribunal Supremo no puede hacer para obtener sus fines de imposición de una penalidad*

Aparte de las dos posiciones citadas, las Sentencias de 12 de junio de 1990 (RA 5.281) y 30 de junio de 1993 (RA 5.320) mantienen, sobre la base de los mismos argumentos —al tráfico se une su introducción ilegal en el país—, la existencia no de un plus de antijuricidad sino de un *plus de culpabilidad*, lo que se cree que es inadecuado, pues está claro que ese «algo más», *caso de existir*, afecta a la antijuricidad, diferenciando la actuación de quien trafica con la droga introduciéndola de un país a otro, permitiendo, en última instancia, el abastecimiento de la misma en ese país receptor, respecto de la del simple traficante a nivel interior.

Con independencia de las resoluciones citadas, la Sentencia de 8 de octubre de 1991 (RA 7.586), de la que es ponente BACIGALUPO ZAPATER, al igual que lo es de la Sentencia de 1 de diciembre de 1997, que crea la nueva doctrina jurisprudencial, mantiene que *«las hipótesis de importación y exportación implican la realización de acciones independientes de la tenencia. En tales supuestos, la tenencia de drogas para el tráfico, por ejemplo, constituiría otra acción independiente, lo que significa que el autor con cada una de ellas habrá realizado también tipos distintos, lo que dará lugar a la aplicación del art. 69 del Código Penal o, en su caso, del art. 71 del Código Penal»*. En apartado posterior —b)—, señala que *«En el presente caso se trata de una única acción de tenencia de droga para el tráfico que se subsume a la vez bajo el tipo del art. 344 Código Penal y bajo el del art. 1.º I.4.º de la Ley Orgánica 7/1982. Consecuentemente se debe aplicar el art. 68 del Código Penal sobre la base de lo expuesto y sancionar sólo con la pena única del delito más grave»* ⁽¹⁴⁾.

Es cierto que la tenencia de la droga, sin que conste su introducción desde el exterior o su relación directa con los introductores, se castiga y debe castigarse sólo como delito contra la salud pública, puesto que la actuación es propia de un único tipo delictivo —tráfico de drogas—, pero no es ella la razón esgrimida en esta resolución, que atiende exclusivamente al delito de tráfico de drogas por imponer éste mayor pena que la Ley de Contrabando, y, en consecuencia, por entender que se trata de un concurso de normas penales. Recurre al art. 68 del Código Penal, texto refundido de 1973 —concurso de leyes—, castigando el delito de tráfico de drogas, y absolviendo

agravada en estos casos es servirse de la regla penológica que, según doctrina ampliamente dominante, corresponde a los casos de concurso ideal de delitos, esto es, de unidad de hecho y lesión de dos bienes jurídicos (art. 71 del Código derogado; art. 77.1 del vigente). Sobre todo cuando está reconociendo —expresa o implícitamente— de modo simultáneo que efectivamente no hay dos bienes jurídicos lesionados, sino sólo uno: La salud pública. Pues, con ello, al proceder así el Alto Tribunal no sólo se sirve de una técnica legislativa “defectuosa”. Por contra, corre el riesgo de vulnerar el principio de prohibición de exceso —aunque no dé lugar exactamente a un bis in idem total, pues su tesis parte de que la conducta del sujeto en estos casos es más grave que en los casos de tráfico interno—. Y, sobre todo, infringe abiertamente el principio de legalidad: pues aplica analógicamente in malam partem el art. 71 del Código Penal derogado a casos que, según reconoce, no son de concurso ideal. Por este mismo motivo, creo que la cuestión dista de ser de legalidad ordinaria, para adquirir transcendencia constitucional». Aboga SILVA SÁNCHEZ por el recurso al artículo 66.1.º, que permite imponer el máximo del marco legal correspondiente, aunque no concurra agravante legal alguna, apelando a la mayor gravedad del hecho, como así permite este precepto. SILVA SÁNCHEZ, J., «Tráfico de drogas y contrabando. Una nota sobre la necesaria modificación de la doctrina del Tribunal Supremo», en *La Ley*, año XVIII, núm. 4.415, 1997, p. 2.

⁽¹⁴⁾ Por contra, la Sentencia de 8 de julio de 1986 (RA 4.053), se manifestó en los siguientes términos: *«Sin que quepa traer a colación el artículo 68, referido a hechos delictivos unitarios susceptibles de sancionamiento por dos o más preceptos del Código Penal, que no engendran o presuponen más que un solo delito, supuesto enteramente distinto al ahora contemplado en que los delitos son dos y aparecen tipificados y penados en normas autónomas diferentes según la doctrina sentada y declarada por esta Sala»*.

del delito de contrabando por el que también fueron condenados los procesados por la Audiencia, sobre la base de distinguir el caso de *una única acción de tener la droga para traficar*, que sería penado como concurso de normas —art. 68 del Texto refundido de 1973—, y el *importador y exportador de la misma, para quienes la tenencia para traficar constituiría otra acción independiente*, y por tanto, sancionable mediante un concurso de delitos; ello es difícil de concebir, pues el que importa o exporta y el que realiza sólo una acción de tráfico traspasando las fronteras del Estado, cometen actuaciones semejantes, que siguiendo uniformemente la jurisprudencia del Tribunal Supremo, deben ser condenados de la misma forma, pues ambos afectarían con su actuación a la salud pública, y ambos incurrirían en ese plus de antijuricidad, —o en esa lesión al Erario Público— de que ha hablado tradicionalmente el Tribunal Supremo. Ello no supone, como se verá a continuación, el que se admita la doble punición de estas actuaciones como delitos de contrabando y de tráfico de drogas, pero sí la crítica a una solución jurisprudencial que establece distinciones que no acaban de comprenderse.

2. El cambio de doctrina motivado por la Sentencia de 1 de diciembre de 1997

El cambio de doctrina que introduce la Sentencia de 1 de diciembre de 1997, seguido por la Sentencia de 10 de diciembre de 1997, viene justificado, en palabras del ponente, por la nueva redacción del Código Penal y de la Ley de Contrabando, dada la modificación operada en el sistema de consecuencias jurídicas y en las reglas de su ejecución, pues, por un lado, se ha producido una intensificación en la severidad de las penas previstas para el delito de tráfico de drogas, y, por otro lado, la supresión de la redención de penas por el trabajo supone un incremento del tiempo de cumplimiento de las penas, que pueden llegar a ser similares a las propias del delito de homicidio, lo que, en aras al principio de proporcionalidad, debe ser corregido, pues, como señala la Sentencia, *«un delito de peligro abstracto para la salud de sujetos indeterminados, no puede ser sancionado con una pena máxima escasamente menor que la aplicable si se hubiera causado la muerte de una persona determinada, sólo porque la droga fue introducida desde el exterior sin lesionar ningún otro bien jurídico»*.

El «plus de antijuricidad» que ha venido sirviendo de base para la apreciación del concurso ideal de delitos, según señala la Sentencia, *«ya tiene que haber sido incluido por el legislador en la amenaza penal prevista para el tráfico de drogas en el artículo 368 del Código Penal, dado que de lo contrario, la pena resultante resultaría desproporcionada en relación al contenido de ilicitud y de culpabilidad del hecho. Por lo tanto, en la medida en la que el concurso de normas por consunción dependen en gran medida de la magnitud de las penas amenazadas, es indudable que la introducción de la droga desde el extranjero, si aumenta la gravedad del hecho, puede ser adecuadamente reprimida con las nuevas penas previstas en el Código Penal para el tráfico de drogas, quedando subsumida la supuesta lesión de la norma del contrabando en la del tráfico de drogas en virtud del principio “lex consumens derogat legis consumptae”. Por lo tanto, la introducción de la droga desde el extranjero sería un “hecho acompañante característico” del tráfico de drogas prohibidas, que, por regla, no se producen en España, y que, como ocurre con otros delitos (por ejemplo, con el robo y las coacciones*

o las injurias y los delitos contra la libertad sexual), el legislador ya ha tomado en cuenta por la frecuencia de su concurrencia en la pena que prevé para el delito consumente» ⁽¹⁵⁾.

La nueva interpretación jurisprudencial efectuada es verdaderamente bienintencionada, al creer que el legislador ha concebido la elevación de las penas del delito de tráfico de drogas como un mecanismo que responde a la intención de evitar el concurso ideal de delitos entre el tráfico de drogas y el contrabando, e incluso que ha pensado que la introducción de la droga desde el extranjero es un «hecho típico acompañante», que suele darse cuando se habla de tráfico de drogas, para imponer la pena que ha impuesto, cuando en realidad, la práctica más habitual de nuestros Tribunales pone de relieve que a quien está perjudicando la elevación de la pena del delito de tráfico de drogas es al pequeñísimo traficante que por la venta de una dosis de cualquier droga de las calificadas como causantes de un grave daño a la salud (heroína, cocaína, etc.), es condenado a una pena privativa de libertad por un período mínimo de tres años, ante lo cual, el Juez ha de aplicar la sanción impuesta por la Ley, porque ninguna circunstancia le permite rebajar esa pena —salvo que concorra una eximente incompleta, o la atenuante de drogadicción muy cualificada—, ni puede argumentar, en aras al principio de proporcionalidad de las penas, que, dado que ese traficante no ha traído la droga desde el extranjero, la pena debe ser inferior, entendiendo que la pena que establece el Código Penal de 1995 engloba también la sanción por su posible procedencia exterior. Desde ese punto de vista, si se admite que es más grave comerciar o traficar con droga desde un país a otro que traficar con droga dentro del propio país, y que la nueva pena abarca por sí la actuación más grave completamente, el peso de la Ley está, en realidad, perjudicando

⁽¹⁵⁾ También, la Sentencia de 10 de diciembre de 1997, núm. 1.562/1997. BOIX REIG, J., *Derecho Penal, Parte Especial*, AA.VV., Valencia, 1988, p. 351, citando a AGULLÓ AGÜERO señala que hay que estar, no a la aplicación del artículo 68 del Código penal (texto refundido de 1973), sino a la existencia de una relación de especialidad que hará prevalecer la valoración del contrabando en aquellos casos en que el contrabando constituye un supuesto específico del tráfico ilegal de drogas, y en las demás hipótesis, habrá que estar a la aplicación preferente del artículo 344 del Código penal (texto refundido de 1973), por aplicación del criterio de consunción. Si se produce un acto de contrabando, por importación, previo a las conductas del artículo 344 (texto refundido de 1973), se estará ante un acto copenado impune como consecuencia del criterio de consunción. MUÑOZ CONDE considera preferible la tesis del concurso de leyes, castigando sólo la infracción más gravemente penada en el caso concreto. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal, Parte Especial*, Valencia, 1996, p. 573. En opinión de REY HUIDOBRO, L.F., *op. cit.*, pp. 385-387, «existe entre las mismas una relación de genus ad speciem, en la que el artículo 344 y siguientes es la norma específica, ya que contiene un buen número de elementos constitutivos que no figuran en la Ley de Contrabando (distinción entre clases de drogas, agravantes específicas, etc.), pero, sobre todo, porque contiene un particular elemento subjetivo del tipo como es el ánimo de promover, favorecer o facilitar el consumo de drogas, que no es sino una representación psíquica intencional ulterior respecto a aquella de que están investidos los singulares elementos del hecho típico en la Ley de Contrabando. Se trata de una especie pacífica de especialidad por adición como hipótesis en la que la disposición especial contiene todos los elementos de la especie general, y además un elemento añadido cual es la finalidad aludida que se presenta como un plus extraño a la legislación de contrabando». Además de ello, para REY HUIDOBRO existen otras razones, entre ellas el que no es posible que el legislador emita una Ley (el art. 344) que resulte inaplicable por la existencia de una Ley anterior (Ley de Contrabando). Admite, no obstante, que puede haber concurso ideal de delitos entre ambas infracciones, que tendrá lugar en los raros casos en los que conductas incluidas exclusivamente en la Ley de Contrabando se presenten como medio necesario para cometer los actos descritos en el artículo 344 del Código Penal o viceversa: Verbigracia, el que obtiene de un modo ilegal autorización para el despacho de estupefacientes y luego los desvía hacia un tráfico clandestino o ilícito, o en sentido contrario, el que cultiva ilegalmente droga con el fin de obtener una autorización de su ulterior comercio, pero sin cumplir los requisitos legales (ello supondría una infracción administrativa de contrabando).

nuevamente al más desfavorecido —traficante a pequeña escala—, que, a tenor del artículo 368, será penado con la misma pena que el traficante a escala internacional.

A nuestro juicio, la elevación de las penas para el delito de tráfico de drogas no se ha debido a la necesidad de resolver el problema del concurso entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando, con el fin de incluir en la pena del tráfico la que correspondería también por la supuesta introducción de la misma desde fuera de nuestras fronteras, cuando ello tuviera lugar. Se cree, más bien, que este incremento de pena ha venido determinado por exigencias y reclamaciones sociales en relación al problema del narcotráfico, a las que se estima que se hace frente de modo eficaz desde el sistema jurídico penal.

La nueva argumentación del Alto Tribunal para la apreciación de un concurso de normas penales entre el delito de tráfico de drogas y el delito de contrabando, a resolver por el artículo 8.3.º del Código Penal de 1995, en primer lugar, no es correcta por lo acabado de señalar, y, en segundo lugar, no habría sido necesario efectuar tantas disquisiciones argumentales si desde un principio se hubiese atendido al objetivo de la Ley de Contrabando, la que tiene como fin evitar las defraudaciones fiscales. Esta defraudación fiscal implica, evidentemente, la existencia de una mercancía que debe ser declarada ante la Aduana en el caso de importaciones y exportaciones, esto es, de una mercancía de «curso legal» o de productos estancados, también reconocidos legalmente, o de productos prohibidos sobre los que se tiene una autorización legal para introducirlos desde el exterior —por ejemplo, para tratamientos médicos—. CARBONELL MATEU señala que *«no parece tener excesivo sentido atender al interés fiscal del Estado cuando el objeto del contrabando son sustancias cuyo tráfico está prohibido»* ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ CARBONELL MATEU, J.C., en «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», *La problemática de la droga en España (análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, p. 349. La Sentencia de 12 de junio de 1990 (RA 5.281), reconoce que la Ley de Contrabando lo único que pretende o puede pretender es la protección de las defraudaciones fiscales. CARBONELL MATEU, en «Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas», *op. cit.*, pp. 349-350, expone su solución al problema derivado de la doble regulación de tal conducta con base en la alternatividad, a la que, siguiendo a los profesores Cobo del Rosal y Vives Antón, denomina consunción o subsidiariedad relativa o impropia, *«debiendo aplicarse en cada caso el precepto que castiga más duramente, no por aplicación del artículo 68 del Código Penal, que sólo se refiere al conflicto entre dos o más preceptos del mismo, sino por los criterios resolutorios de la citada especie de concurso aparente entre dos normas secantes: No por estar contemplada la conducta, además de en una norma, en otra que prevé menor sanción, no existiendo relación de género-especie, va a resultar privilegiada la acción. Este criterio, por otra parte, no deroga con carácter absoluto ninguna de las dos normas, pues habrá que estar, en cada caso, a la pena resultante; y dadas las agravaciones previstas en el artículo 344, ésta no siempre es la recogida en la Ley de Contrabando. En resumen: El contrabando de droga puede estar previsto sólo en la ley especial —por ejemplo, tener finalidad autoconsumista—, en cuyo caso no es aplicable el Código Penal; o en ambas normas, en cuyo supuesto hay que recurrir al aludido concurso de leyes, en su especie de “consunción o subsidiariedad relativa e impropia”, a resolver, imponiendo la pena más grave»*. Crítica este autor la solución de ARROYO ZAPATERO en «Aspectos penales del tráfico de drogas», *Poder Judicial*, núm. 11, 1984, p. 25, poco convincente desde el punto de vista técnico, pues acude al Código Penal como norma preferente en virtud del principio de especialidad, y *«el Código Penal no es norma especial respecto de la Ley de Contrabando, porque no todas las conductas subsumibles en aquél lo son en ésta, por más que tampoco sea sostenible la tesis opuesta: Tampoco la Ley de Contrabando es norma especial respecto al artículo 344 del Código Penal, tesis mantenida muy recientemente por Marín Castán»*. Reconoce, no obstante, que es conveniente desde un punto de vista de política criminal, por contemplar el Código Penal un programa político-criminal más preciso de la tutela que la Ley de Contrabando.

Cuando se habla de drogas, dado que se trata de productos cuyo comercio está prohibido —salvo autorización legal—, el Estado no tiene sobre ellos ningún derecho de índole tributaria, no están sujetos a ninguna limitación de carácter fiscal, puesto que no se reconoce su existencia. REY HUIDOBRO manifiesta también que *«no puede ser aceptable, por tanto, como pretende el Tribunal Supremo, que en el contrabando de drogas ilegales se tomen en cuenta los intereses económicos del Fisco, so pena de considerar que, como en el caso del tabaco, el Estado dejase de ingresar cantidades importantes por la competencia prohibida de los traficantes. Está muy claro que tal fenómeno no acaece en la realidad porque se trata de géneros prohibidos y, en la inmensa mayoría de los casos, no comercializables por el Fisco ni por nadie bajo su autorización»* ⁽¹⁷⁾.

Desde esta perspectiva, la inclusión del tráfico de drogas de índole internacional en el ámbito de la Ley de Contrabando es jurídicamente incorrecto. El único bien jurídico que resulta lesionado con el tráfico de drogas, ya sea de carácter nacional o internacional, es el de la salud pública, por lo que la sanción por tráfico de drogas debe producirse sólo a través de los preceptos incriminadores del mismo en el texto penal, en cuya plasmación resulta evidente que el objeto de la protección es la salud pública ⁽¹⁸⁾. La aplicación de la Ley de Contrabando para el caso de que se comercie con drogas se limita a aquellos supuestos en los que existe una autorización administrativa para su introducción, verbigracia, con fines farmacéuticos, y se rehúye la presentación

GARCÍA PLANAS, en «Consecuencias del principio “non bis in idem” en Derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1989, pp. 121-122, mantiene la tesis de Carbonell Mateu, la que recoge literalmente.

⁽¹⁷⁾ Para él, *«únicamente en aquellos supuestos incluidos en la Ley de Contrabando, y no en el artículo 344 del Código penal, como por ejemplo, la obtención ilegítima de autorización para realizar actos de importación de estupefacientes, puede decirse que se defiende exclusivamente un derecho estatal a la percepción de un impuesto y a que se cumplan las obligaciones impuestas por la Ley Tributaria, no así en el resto de los supuestos, en los que, como vimos, tal percepción se hace imposible»*. REY HUIDOBRO, *op. cit.*, pp. 383-384.

⁽¹⁸⁾ Sobre este particular, RODRÍGUEZ RAMOS, señala que *«si se profundiza no se puede apreciar respecto a las drogas tóxicas o estupefacientes existencia de interés fiscal o aduanero alguno por parte del Estado. Sólo la salud pública —la higiene— aparece como posible bien jurídico protegido y, en consecuencia, no hay más remedio que aceptar la coincidencia de objetos materiales de protección en la legislación penal de contrabando y en el artículo 344 del Código Penal»*. RODRÍGUEZ RAMOS, L., «Contrabando y/o tráfico de drogas», *Actualidad Penal*, 1989-1, p. 7. También, SOTO NIETO, F., «Tráfico e importación ilegal de drogas. Nueva doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo», en *La Ley*, 15 de enero de 1998. MARÍN CASTÁN, F., «Acercas de la doble tipicidad del tráfico de drogas», en *La Ley*, 1984, pp. 834-836, señala que *«en cuanto al bien jurídico protegido por la Ley de Contrabando, creo que, cuando de drogas y estupefacientes se trata, es precisamente, o al menos primordialmente, la salud pública, pues de otro modo no se explica el interés del Estado en controlar las operaciones sobre sustancias, como el haschisch, cuyo destino final, una vez aprehendidas, es generalmente la incineración, sin beneficio económico alguno para el propio Estado»*. Es partidario, no obstante, de aplicar la Ley de Contrabando y no el Código Penal, por considerar aplicable el artículo 7 del Código Penal, texto refundido de 1973, según el cual, *«no quedan sujetas a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales»* —previsión que ya no recoge el Código Penal de 1995—. De este modo, y en su opinión, sería aplicable el principio de la subsidiariedad expresa. Así, *«si la Ley de Contrabando, ley especial, contempla todas las modalidades posibles del delito contra la salud pública del artículo 344 del Código Penal, y, por ende, impone penas más graves que éste; y si, además, la salud pública es un bien jurídico protegido, junto con otros, por la Ley de Contrabando, es evidente la primacía de ésta sobre el Código Penal para sancionar el tráfico de drogas y estupefacientes en todas sus modalidades, lográndose así el más absoluto respeto del principio “non bis in idem”, a cuya inspiración no son ajenos los artículos 7 y 68 del Código Penal»*.

de dicha mercancía. En tal ocasión sí habrá un concurso ideal entre el delito de contrabando y el delito de tráfico de drogas, pues quien teniendo autorización administrativa para pasar determinada cantidad de droga no la declara, si está afectando a intereses fiscales del Estado. Además, si pasa más droga de la que le está legalmente autorizada, el exceso respecto de la permitida sólo será sancionable como delito de tráfico de drogas, pues el débito fiscal concurre únicamente en la cantidad que le está permitida. Sobre este particular se pronuncia la Sentencia de 1 de diciembre de 1997 en el mismo sentido, entendiendo que *«el delito de contrabando de drogas está previsto por el legislador con una función autónoma. En tal sentido debe ser entendido como un auténtico delito fiscal de contrabando, cuyas penas son aplicables a los que teniendo una expresa autorización administrativa para la introducción (por ejemplo, con fines farmacéuticos) de drogas, en general prohibidas, eluden el despacho de las mismas en las oficinas de aduanas. En estos supuestos el legislador ha considerado que se debe aplicar siempre la pena correspondiente al delito de contrabando aunque el valor de la droga no supere los 3.000.000 de pesetas, pues es evidente que quienes están en posesión de una autorización especial y eluden la presentación de dichas drogas dificultan los controles a los que debe estar sometida la mercancía peligrosa, creando con ello un riesgo adicional que justifica el aumento de rigor previsto para el contrabando en estos casos, en los que se afecta también un interés extrafiscal»*.

Sobre semejante presupuesto, pero diferente cuestión, GARCÍA PABLOS señala que el tráfico no autorizado que realiza el importador legítimo debe resolverse siempre a favor del artículo 344 del Código Penal —texto refundido de 1973—. Si la droga se importa legítimamente por quien tiene autorización para ello, la posterior conducta de tráfico sólo afecta al delito de tráfico de drogas del Código Penal ⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁹⁾ GARCÍA PABLOS, A., «La eliminación del requisito de la cuantía en determinados supuestos delictivos», en *Comentarios a la Legislación Penal, Delitos e Infracciones de Contrabando*, tomo III, Madrid, 1984, p. 309. Distingue GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, pp. 306 y ss., cuatro posibilidades: 1.º Conducta atípica: La posesión o tenencia en territorio nacional de drogas y estupefacientes para fines de autoconsumo; 2.º Conductas en apariencia previstas en la Ley de Contrabando y en el Código penal, en realidad sancionables sólo por una de las legislaciones: La promoción de estupefacientes por un tercero que no intervino en su introducción ilegal, el tráfico de drogas de producción nacional, el de sustancias de tal carácter, introducidas ilegalmente, si lo lleva a cabo un tercero, etc. (Código Penal); introducción de estupefacientes, sin autorización, no seguida de posteriores actos de tráfico, obtención ilegítima del despacho de estupefacientes en Aduanas o de las oportunas autorizaciones, en iguales circunstancias, etc. (Ley de Contrabando); 3.º Supuestos que suscitan dudas en cuanto al tipo aplicable, dada la simultánea previsión —aparente— en varios preceptos distintos: Caso de concurso de Leyes, en el que finalmente, de acuerdo con criterios jurídico-penales, uno de ellos quedará excluido. En su opinión, son tres los supuestos conflictivos, que deben resolverse siempre a favor del precepto del Código Penal: El tráfico no autorizado que realiza el importador legítimo; los actos de colaboración, los actos de elaboración, sin autorización, de estupefacientes; y posesión o tráfico de estos productos por un tercero ajeno al contrabando; 4.º Casos de concurso ideal de delitos: Actos de importación ilegítima seguidos del tráfico de las drogas por el propio introductor o terceros con él relacionados y la ilícita obtención del despacho de géneros estancados o prohibidos —o de sus oportunas autorizaciones— acompañada del posterior tráfico delictivo de tales géneros.

También la *Consulta núm. 4/1983 de 1 de diciembre (Fiscalía General del Estado)* establece los casos en los que es de aplicación el concurso ideal de delitos (importación ilegítima junto con posesión o tráfico, poseedores o traficantes que están en relación inmediata con el introductor, tenencia o tráfico posteriores a la actividad formalmente ilegítima, 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) de aquéllos de concurso aparente de normas (actos *ex post* a la introducción ilegal, actos de producción

Así pues, estaríamos ante un concurso de normas penales si se admitiera que el objeto de protección de ambas normativas es el mismo, o sea, la salud pública. Pero no existe un concurso de normas penales entre una normativa —Ley de Contrabando— que protege el Fisco, a lo que es ajeno el tráfico —*prohibido*— de drogas, y otra que protege la salud pública, puesto que el tráfico de drogas no quebranta los intereses económicos del Estado, al no ser la droga objeto de comercio legal. En esta línea, entiende VIVES ANTÓN que «no parece que pueda sostenerse que con la configuración de determinados supuestos de tráfico de drogas como delitos de contrabando intente protegerse un interés económico de la Administración» ⁽²⁰⁾.

En conclusión, no puede hablarse de un concurso de normas penales ni de un concurso de delitos, ya que con el tráfico —no autorizado— de drogas la única norma penal que se quebranta es aquella que está tipificada para proteger la salud pública. Por consiguiente, la propia redacción de la Ley de Contrabando resulta incorrecta, porque la conducta de tráfico de drogas no lesiona el Erario Público —con la salvedad hecha en relación a quien tiene autorización legal para ello—.

Distinta, aunque muy discutible, es la argumentación que considera que existe una mayor antijuricidad, o que se infringen varios bienes jurídicos, en la actuación de quien trafica a nivel internacional en relación a aquél que lo hace dentro del propio territorio nacional. Si se acepta que ello es así, y dado que la Ley de Contrabando protege los intereses fiscales del Estado, habría que recoger esa acción dentro de los tipos penales que castigan la infracción a la salud pública, creando, pongamos por caso, un tipo diferente o agravado. Así lo solicita la Sentencia de 16 de junio de 1990 (RA 5.281), según la cual «este delito de contrabando debería ser incluido como un subtipo agravado dentro del Código Penal». La Sentencia de 19 de septiembre de 1992 (RA 7.190) manifiesta que ese plus de antijuricidad no puede ofrecer dudas y que «cosa distinta es que de “lege ferenda” se opte por una solución técnica que pueda considerarse más correcta». No obstante, se estima que ello no es necesario, pues piénsese en el siguiente ejemplo: ¿Debe haber alguna diferencia en orden a la pena al sancionar a la persona que aprovecha su estancia en el extranjero para hacerse con tres dosis de cocaína para venderlas en España, en relación a aquél que ha obtenido esas tres mismas dosis de cocaína en su propio pueblo y las vende en el pueblo vecino? Entendemos que no, y que el verdadero impacto de la incriminación penal debe recaer sobre el «gran traficante», con el objeto de lograr desmontar la estructura

o creación no autorizada, tráfico de drogas por quien no intervino en los actos propios de los delitos de contrabando) y de las conductas ajenas a cualquier modalidad de concurso, entre las que se distinguen las que son extrañas a la punibilidad (autoconsumo) y las que escapan a una u otra de las formas concursales. Así, son privativas del tráfico de estupefacientes la promoción, fomento y facilitación de productos estupefacientes por quienes no han intervenido directamente en la introducción irregular y el cultivo y tráfico ilegítimo de estupefacientes de producción nacional, los introducidos legalmente si los actos de tráfico son realizados por un tercero. Y son propias del delito de contrabando, 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 presunción del propósito de un ulterior tráfico y del autoconsumo, la exportación, sin cumplir los requisitos prevenidos, de productos estupefacientes producidos lícitamente en España y 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.

⁽²⁰⁾ VIVES ANTÓN, T.S., «Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes», en *Drogas: Aspectos jurídicos y médico legales*, Palma de Mallorca, 1986, pp. 273-274.

organizativa de tráfico de drogas de importante cantidad, con independencia del lugar o de los lugares en los que ello tiene lugar ⁽²¹⁾. Resulta irrelevante de dónde a dónde circule la droga, pues el bien jurídico lesionado es siempre el mismo, la salud pública, ya afecte directamente a la sociedad española o a la de cualquier otro Estado ⁽²²⁾.

3. El contrabando para autoconsumo

Como punto final, otro interrogante que se plantea es el del tráfico de drogas para propio consumo. Las Sentencias de 25 de noviembre de 1985 (RA 8.602) y de 28 de octubre de 1992 (RA 8.548), argumentan que si no se castiga el contrabando de estas sustancias, tales conductas quedarían impunes cuando la droga es para propio autoconsumo. A ello cabe rebatir que el tráfico, ya se lleve a cabo dentro de nuestras fronteras o traspasando las mismas, siempre que entre dentro de los parámetros establecidos para considerarlo como para propio autoconsumo, debe ser impune. Así, quien en otro país ha adquirido una cantidad de droga mínima, justificada para propio autoconsumo, que es aprehendida cuando este sujeto llega al aeropuerto español, no habrá cometido ningún delito de tráfico de drogas, como tampoco lo comete el drogodependiente que, requerido por la Policía en la misma calle donde habita, porta una cantidad insignificante de droga, que es también para su propio consumo. Ni habría un delito de tráfico de drogas ni, en base a lo expuesto *supra*, un delito de contrabando. Respecto de éste último, la propia redacción del artículo 2.3 a) de la Ley Orgánica 12/1995 lo descarta, al referirse a drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, sustancias catalogadas como precursores, etc., «o cualesquiera otros bienes cuya tenencia constituya delito». Si la tenencia de estos bienes es en cantidad tal que la misma no constituye delito, no se conforma ese requisito del precepto ⁽²³⁾.

⁽²¹⁾ De ahí las agravaciones que establece el Código Penal: Arts. 369.3.º, 369.6.º, 369.7.º y 370.

⁽²²⁾ *Vid. supra* nota 12. En contra, GARCÍA PABLOS, *op. cit.*, p. 311, para quien los casos que según él responden al modelo «pluralidad de acciones» —importación clandestina y posterior tráfico, por ejemplo— son sancionables como concurso ideal de delitos. Igualmente, considerando más grave la actuación de quien trafica con droga traspasando fronteras, pone de relieve MANZANARES SAMANIEGO, J.L., «Las drogas en el Derecho Penal Español», *Actualidad Penal*, 1991, marginal 96, que «la jurisprudencia, al igual que la doctrina, se ha inclinado decididamente por castigar tan sólo el delito del Código Penal cuando los autores no intervinieran en el cruce de fronteras». «Hay pues», señala, «en aras del principio de culpabilidad, una especie de presunción en el sentido de que, no acreditado aquel extremo, se rompe cualquier conexión con el origen del producto».

⁽²³⁾ RODRÍGUEZ RAMOS, *op. cit.*, p. 8, señala que «desde el punto de vista político-criminal no parece acertado declarar impune la tenencia para el consumo de drogas conforme al artículo 344 del Código Penal y, en cambio, castigarla en alguno o en todos los supuestos conforme a la Ley de Contrabando». Para REY HUIDOBRO, «El delito de tráfico de drogas tóxicas», *op. cit.*, p. 368, «el verdadero motivo por el que no debe sancionarse el contrabando de drogas destinadas al autoconsumo de su poseedor radica en que una Ley posterior a la de contrabando y del mismo rango, como es el artículo 344 del Código Penal, reformado por la Ley Orgánica de 25 de junio de 1983, y por la asimismo Ley Orgánica de 24 de marzo de 1988, después descriminalizó tal conducta y, lógicamente, debemos entender que derogó tácitamente en este punto a la Ley de Contrabando al revelar una voluntad y mandato del legislador en ese sentido. Se da, por consiguiente, en este caso, una Ley nueva sobre la misma materia (la tenencia de drogas destinada al consumo del poseedor), que es incompatible con la Ley anterior, la cual, por imperativo del artículo 2 del Código Civil, debemos considerar derogada».