



FISCALIA GENERAL
DEL ESTADO

Circulares

DOCUMENTO ANALIZADO

Circular n.º 1/1984, de 4 de junio, *Interpretación del artículo 344 del Código Penal*

NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Art. 344 CP 73

MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

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

AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

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

EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Debe considerarse que la Circular carece de vigencia por derogación de la norma que interpreta.

Ficha elaborada por la Fiscalía Especial Antidroga.

TEXTO DE LA CIRCULAR

Circular n.º 1/1984, de 4 de junio, sobre interpretación del artículo 344 del Código Penal

La Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, dio una nueva redacción al artículo 344 del Código Penal. Su exposición de motivos expresa la causa de la reforma en el punto concreto del tráfico de estupefacientes: resultaba inaceptable la norma modificada por ser muy amplio el marco punitivo, confiado, además, al exclusivo arbitrio de los Tribunales, con lo que podía ponerse en peligro la seguridad jurídica: después agrega que como hay que dar respuesta diversa a lo que sea diferente, es preciso determinar las circunstancias en que la pena debe reducirse o exasperarse. Y, ciertamente, en el nuevo texto la penalidad está en función de circunstancias diversas. El tipo básico valora sobre todo la naturaleza de la sustancia, en tanto que para la agravación de la penalidad se cuenta con índices nuevos, referentes unos a datos puramente objetivos, como son la cantidad de droga objeto de tráfico o el lugar en que se difundan, y otros a cualidades subjetivas de quienes trafican (pertenencia del culpable a una organización que tenga por finalidad difundir las drogas) o entre quienes se distribuye, ya sea a título oneroso o gratuito (menores de edad).

En la Circular 2/1983, de 1 de julio, sobre medidas generales para la ejecución inmediata de la Ley 8/1983, se resaltaba la dificultad de deslindar —sobre todo cuando hubiere recaído sentencia firme— cuáles son las sustancias que causan grave daño a la salud y las que no causan grave daño, porque realmente todas las enunciadas en el artículo 344 son perjudiciales para la salud pública, que es el bien jurídico protegido: con criterio meramente indicativo se señalaba entonces que la heroína debe considerarse sustancia que causa grave daño y que el hachís carece de tal virtualidad.

Ahora procede el análisis del artículo 344 a fin de señalar el criterio a seguir en algunas cuestiones importantes, que al no estar resueltas de modo expreso en la Ley, pueden originar interpretaciones diversas.

II

A) OBJETO MATERIAL DEL DELITO: SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

El anterior texto del artículo 344 solo sancionaba de modo expreso el tráfico de *estupefacientes*, por lo que ante el Tribunal Supremo se planteó la posibilidad de que la norma se aplicara también a los *psicotrópicos*, pero con resultado siempre negativo, como se *refleja* en las sentencias de 11-10-1974, 3-5-1980, 29-5-1981 y 30-9-1981, relativas a productos psicotrópicos (anfetaminas y barbitúricos), y de modo especial en la de 4-2-1984, cuando declara que los preparados farmacéuticos «Bustaid» y «Valium» no tienen el carácter de drogas estupefacientes al no figurar como tales en las listas anexas al Convenio Único de 1961, y aunque en el Convenio de Viena de 1971 aparecen incluidas algunas sustancias anfetamínicas y barbitúricos que el «Bustaid» contiene en pequeñas dosis, el tráfico ilegítimo de las mismas no constituyó delito hasta la Ley de 25 de junio de 1983, que incluye en el artículo 344 las sustancias psicotrópicas.

— *Estupefacientes*. Para concretar el giro legal de *estupefacientes* es indispensable acudir a los convenios internacionales ratificados por España, y de modo especial a la Convención Única de 1961, enmendada por el Protocolo de Ginebra el 25-3-1972 y conforme al texto de 8 de agosto de 1975. Su contenido esencial fue incorporado a nuestro Derecho positivo por la Ley 17, de 8 de abril de 1967, cuyo artículo 2.1 dispone que «a los

efectos de la presente Ley, se consideran estupefacientes las sustancias naturales o sintéticas incluidas en las listas I y II de las anexas al Convenio Único de 1961 y las demás que adquieran tal consideración en el ámbito internacional por el procedimiento que reglamentariamente se establezca». El párrafo segundo del citado artículo agrega que «tendrán la consideración de géneros prohibidos los estupefacientes incluidos en la IV de las listas anexas al Convenio», y, a su vez, esta norma internacional expresa (art. 2.5) que «los estupefacientes de la lista IV serán también incluidos en la lista I».

Hay que entender, en definitiva, por estupefacientes a los fines del artículo 344, solo las sustancias relacionadas en las listas I, II y IV del Convenio. El Tribunal Supremo ha declarado en interpretación estricta del artículo 344, que son estupefacientes las sustancias incluidas en las listas I, II y IV del Convenio de 1961 y las que adquieran tal condición en el ámbito internacional, más las que se declaren expresamente tales dentro de España a tenor del artículo 3.º del Convenio y del artículo 2.º de la Ley de 8 de abril de 1967 (Sentencias de 14-2-1974, 22-2-1974, 24-9-1974, 17-3-1975, 4-4-1975, 23-5-1975, 1-6-1975, 6-3-1975, 1-4-1977, 28-10-1978, 22-11-1978, 22-6-1981, 30-9-1981, 8-6-1981, 18-12-1981 y 22-3-1984, entre otras). En las listas I, II y IV están, aparte otras sustancias menos conocidas, la *cannabis* y sus resinas, hojas de coca y cocaína, heroína, metadona, morfina, opio y codeína.

— *Psicotrópicos*. Sustancias psicotrópicas según el Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971 —al que se adhirió España el 2 de marzo de 1973 y entró en vigor el 16 de agosto de 1976— son aquellas que pueden producir un estado de dependencia y estimulación o depresión del sistema nervioso central y que tengan como resultado alucinaciones o trastornos de la función motora o del juicio o del comportamiento o del estado de ánimo (art. 2.4). De la propia literalidad del precepto y del contenido de las listas I, II y III anexas a este Convenio, se obtienen las especies típicas de drogas psicotrópicas. Entre ellas están enumeradas las que producen acción depresora o reductora de la conciencia (tranquilizantes o sedantes bajo la denominación de *barbitúricos*), las que ejercen acción estimulante sobre el sistema central produciendo sensación de energía y bienestar (*anfetaminas*) y los *alucinógenos* ampliadores de la conciencia (ácido lisérgico, mescalina, psilocibina). El Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, regulador de las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos —desarrollado por las Órdenes de 11-1-1981 y 20-5-1983— da acogida como tales en su anexo a las mismas 32 sustancias enumeradas en el Convenio de Viena.

B) ESPECIAL CONSIDERACIÓN DEL SUBTIPO RELATIVO A LA POSESIÓN DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICAS

En el párrafo primero del artículo 344 es acto típico la posesión con fin de tráfico, y el párrafo segundo aumenta la penalidad cuando fuere de notoria importancia «la cantidad poseída para traficar». De estos pasajes se desprende que la posesión cuya finalidad no sea el tráfico sino el propio consumo, es un hecho impune. Con ello la norma da acogida expresa a una doctrina jurisprudencia reiterada que data de muchos años atrás. Si en el plano legal estamos ante una innovación, para la práctica es una mera confirmación del *usus fori*.

Si la posesión abstracta de drogas no está integrada en el artículo 344, sí lo estará la posesión en la que al ánimo de poseer deba añadirse el de transmitir lo poseído. La posesión como fin no engendra ilicitud. La

posesión como medio es conducta antijurídica. Mas si la conducta del poseedor de estupefacientes no ha permitido todavía descubrir actos de tráfico, ¿cómo se pasará de la posesión impune a la posesión típica?, ¿cómo se completará el ánimo de transmitir cuando no ha mediado aún transmisión efectiva a terceros? Desde luego, será necesario acudir a presunciones para obtener la voluntad real del poseedor. Distinguiamos separadamente los supuestos de posesión como acto previo del propio consumo y posesión como acto que precede al tráfico.

a) Posesión de estupefacientes o psicotrópicos destinados al consumo propio

Antes incluso de la Ley de 15-11-1971, que introdujo en el artículo 344 el término de «tenencia», el Tribunal Supremo había sostenido que la posesión de estupefacientes adquiridos para uso propio no constituye conducta incriminable penalmente, pues falta en ella el destino comercial (Sentencias de 13-2-1966, 29-11-1968, 25-2-1971, 11-8-1971, 3-6-1972). Después de la Ley de 15-11-1971, decenas de sentencias han admitido invariablemente que es atípica la tenencia para ulterior utilización propia no seguida de actos de tráfico (Sentencias de 12-6-1974, 24-9-1974, 18-2-1975, 3-6-1975, 25-10-1975, 16-2-1976, 7-10-1976, 15-11-1976, 15-12-1976, 17-1-1977, 4-2-1977, 9-3-1977, 26-3-1977, 10-5-1977, 21-10-1978, 22-11-1979, 18-1-1980, 23-4-1980, 10-5-1980, 10-6-1980, 20-11-1980, 26-5-1981, 28-9-1982, 23-10-1982, 2-11-1982, 3-12-1982, 7-12-1982, 21-1-1983, 24-1-1983, 1-2-1983, 8-2-1983, 15-2-1983, 16-3-1983, 10-5-1983, 1-12-1983, 31-1-1984, 16-3-1984). La exención de responsabilidad alcanza a todo poseedor consumidor y no solo al toxicómano o verdadero drogadicto (Sentencias de 12-6-1974 y 20-6-1974); como dice la sentencia de 15-2-1983, no solo la posesión del drogadicto es acto impune, dado que además de los sujetos adictos al consumo de estupefacientes en estado de dependencia, también se abastecen de tales sustancias quienes todavía no se han iniciado en su uso y desean hacerlo, así como aquellos que aún iniciados no han adquirido el hábito de su consumo.

b) Posesión de estupefacientes o psicotrópicos destinados al tráfico

Es preciso analizar dos tipos de conductas: la del consumidor-traficante y la del simple poseedor-traficante.

- Así como la posesión que antecede al autoconsumo es siempre un acto esencialmente atípico, la posesión por el consumidor con el fin de usar en parte la droga y en parte transmitirla es comportamiento que se inserta en el artículo 344, dando lugar a la figura del consumidor-traficante o revendedor, una de las formas más extendidas de tráfico en la actualidad. Si se han acreditado actos de tráfico en el drogadicto o habitual a la droga nada impide la inmediata aplicación de la Ley penal, pero no realizados aún aquellos actos y ante la mera ocupación de estupefacientes, ¿cuándo la posesión de la droga por el consumidor se entenderá que parcialmente se destina al tráfico? El límite diferencial entre la posesión impune —solo para consumir— y la posesión delictiva —también para traficar— se obtendrá normalmente a través de hechos concluyentes. Como tiene declarado el Tribunal Supremo (entre otras muchas, las recientes sentencias de 23-2-1984, 12-3-1984 y 20-3-1984), dado que el autoconsumo es atípico, la mera tenencia en principio también lo es, convirtiéndose en punible cuando esté destinada al tráfico, de modo que cuando el agente no sea sorprendido en actos de tráfico el propósito de difundir ha de deducirse del conjunto de circunstancias concurrentes (cantidad superior a la normal, la disposición de los

estupefacientes, el lugar en que se encontraren, utensilios utilizados para la preparación, etc.). La cantidad intervenida es uno de los criterios a que deberá acudirse preferentemente, ya que la tenencia de estupefacientes por drogadictos en cantidades módicas y adecuadas para el consumo propio puede ser calificada como acción preparatoria para el auto-consumo y por tanto atípicas e impunes (Sentencia de 21-12-1982). Luego las cantidades no módicas o prudenciales ni exiguas serán indicativas de que al menos parte de la droga estaba destinada a terceros. Para aproximarse a las ideas de módicas o exiguas será preciso tener *en cuenta* la naturaleza de las sustancias poseídas.

- A la posesión de estupefacientes, cualquiera sea su cantidad, por quien no es habitual al consumo (poseedor-trafficante) hay que atribuirle la finalidad de transmisión a terceros (Sentencias de 26-9-1983, 21-10-1983, 26-12-1983, 2-1-1984, 24-2-1984, 16-3-1984), y no es preciso demostrar este ulterior propósito en el poseedor, pues se presume que su posesión actual es provisoria y que el destino de lo poseído es el tráfico. La situación es opuesta a la derivada de la posesión del drogadicto: la tenencia de estupefacientes por persona que no lo va a consumir, es típica, desde luego. Es declaración reiterada del Tribunal Supremo que la tenencia delictiva, o que requiera el ánimo de destinar las sustancias al tráfico, tiene una trayectoria distinta según las cualidades del poseedor; la ocupación de estupefacientes o psicotrópicos a un poseedor no consumidor conlleva una presunción *ex lege* de destino al tráfico que solo puede ser destruida por la prueba en contrario del imputado que ha de demostrar que destinaba las drogas a su propio y exclusivo consumo (Sentencia de 7-12-1982), con lo que se opera una significativa inversión en la carga de la prueba (Sentencias de 15-3-1974, 5-12-1977, 30-12-1978), pues lo común en la vida real es que la posesión de drogas tienda a su disposición hacia otros (Sentencia de 23-5-1975).

C) LA DONACIÓN DE ESTUPEFACIENTES Y PSICOTRÓPICOS

La donación, mencionada de modo expreso como uno de los subtipos del tráfico de estupefacientes en el anterior artículo 344, no está incluida en el nuevo texto, con lo que puede cuestionarse si los actos de liberalidad están o no comprendidos en el tipo penal. En favor de que las disposiciones a título gratuito han dejado de constituir conducta típica, cierto sector doctrinal esgrime estos argumentos: el estrictamente literal de que el término *donación* no está en el núcleo descriptivo del artículo 344, y el técnico de que al concepto de actos de tráfico es de esencia la contraprestación, que en la donación no existe. La conclusión práctica de esta tesis sería esta: la donación de una cantidad de drogas puede representar un acto de favorecimiento del consumo que no tiene como antecedente un acto de tráfico, precisamente porque este lleva insito una actividad mercantil a la que es consustancial la idea de lucro, y ello falta en todas las clases de donación.

Sin embargo, la interpretación que precede no la juzgamos correcta.

- En primer lugar debe acudirse al Convenio Única de 1961, que contiene un concepto de tráfico y una enumeración exhaustiva de los mismos que los países signatarios se comprometen a sancionar penalmente. De un lado, el artículo 11.1) establece que por tráfico ilícito se entiende el cultivo o cualquier tráfico de estupefacientes contrario a las disposiciones de la presente Convención; y de otro, conforme al artículo 36.1.a), las partes se obligan a adoptar las medidas necesarias para que se consideren como

delitos, entre otras, las conductas que consistan en la posesión, ofertas en general, ofertas de venta y distribución de estupefacientes; y el contenido del Convenio convertido en Ley interna e imperativa, por exigencias del artículo 96 de la Constitución, no puede ser derogado ni suspendido por otra Ley interna aunque sea de naturaleza penal y posterior al Convenio; pero con mayor razón si esa Ley posterior no modifica explícitamente el contenido sustancial del Convenio y tal modificación pretende incluirse por vía tácita e interpretativa, pues, en todo caso, cualquier interpretación de la Ley debe tender a acomodarla a los términos del Convenio para cuyo cumplimiento se dicta y que constituye una norma vigente y básica.

- En el plano de la interpretación, entendemos que en el concepto de tráfico tienen cabida todos los actos de disposición, ya lo sean a título oneroso o gratuito. Introducir en la expresión legal «actos de tráfico» a la donación no supone interpretación extensiva porque el giro *tráfico* no debe valorarse en el sentido estrictamente mercantil. Esta es la idea que está latente en la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Si la sentencia de 26 de mayo de 1979 declaró que el concepto de tráfico «no ha de entenderse en un sentido mercantil sino vulgar», la de 7 de mayo de 1981 considera comprendido en ese concepto «todo el proceso que arranca del sector primario del cultivo hasta el último acto representado por la facilitación del uso de la droga». Las de 16 y 21 de enero de 1983 insisten en la no mercantilidad del concepto de tráfico, de suerte que se incluyen en él cualesquiera actos aislados de transmisión del producto y los casos —como los de transporte y tenencia— que no implican su comercialización. Más explícitas aún son otras sentencias posteriores a la Ley de 25 de junio de 1983. La de 1 de diciembre de 1983 dice que en el artículo 344 se entiende por tráfico «todo desplazamiento jurídico de la droga de una a otra persona»; la de 3 de diciembre de 1983, expresiva de que ha de entenderse la palabra tráfico «como sinónima de actos de difusión o facilitación a terceros de la droga tanto a título oneroso (venta o permuta) o gratuito (donación)». Y la de 21 de diciembre de 1983, cuando declara que «el tráfico de drogas es siempre punible cualquiera que sea la cantidad vendida, cedida o donada». De la anterior doctrina se extrae que nada se opone a considerar incluidos los actos constitutivos de donación en el artículo 34.4, máxime si a ello conducen también los términos de la interpretación sistemática y teleológica, métodos de interpretación impuestos por el artículo 3.1 del Código Civil. En efecto, sistemáticamente el precepto habrá de conectarse con su antecedente y fuente o *ratio legis*, que es, como se apuntó, el cumplimiento de los términos imperativos del Convenio de 1961. Y desde el punto de vista del espíritu y finalidad de la norma, esta pretende evitar la difusión de las sustancias prohibidas con actos que favorezcan su consumo ilegal, con lo que al dejar impune los actos de liberalidad se estaría en oposición con el teleologismo del precepto.

Por lo demás, debe añadirse en favor de esta tesis otra argumentación de orden lógico sistemático. Y es la siguiente: que en el párrafo segundo del actual artículo 344 se configura como agravante el hecho de *difundir* los estupefacientes o psicotrópicos en determinados lugares o entre determinadas personas (entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios); luego si la difusión en determinadas circunstancias es agravante y exige la imposición de la pena superior en grado, esa difusión no puede situarse fuera del marco de la normal tipicidad.

En suma, dada la latitud del término legal *difundir*, en él habrá que comprender la donación; gramaticalmente, porque equivale a dispersar, extender o propagar, y a ellos no va necesariamente unido al lucro; y en un orden lógico porque *id quod plerumque accidit* (lo que normalmente sucede) la iniciación en el consumo de las drogas lo es a través de actos de liberalidad y con otra interpretación quedarían fuera del artículo 344 las conductas más graves.

Para concluir este punto: si la donación está en el radio típico, la punibilidad abarcará solo a una de las partes de la relación obligacional (donante) cuando la otra destina lo recibido al consumo propio; pero se extenderá también al donatario, si se acredita que el fin determinante de la aceptación fue transmitir a terceros todo o parte del objeto de la donación.

D) LA PENALIDAD Y ELEMENTOS QUE INFLUYEN EN ELLA

La pena del nuevo artículo 344 no presenta las oscilaciones del texto modificado, en el que un puro arbitrio judicial, proyectándose sobre tres distintas penas privativas de libertad, eventualmente podía afectar a los principios de legalidad y de determinación de la pena. Ahora la pena, de modo principal, está determinada por la naturaleza de las sustancias constitutivas del objeto material del delito: si se trata de sustancias que causen grave daño a la salud, prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, y en otro caso arresto mayor. El dato objetivo del *quantum* de lo poseído con fines de tráfico, así como el subjetivo de la pertenencia del inculcado a organizaciones dedicadas al tráfico de estupefacientes, forman un eje importante sobre el cual gravita la imposición de la pena superior en grado. Lo mismo sucede cuando los destinatarios de la droga ostentan determinada cualidad o se hallan en determinados lugares. Pero también influyen en la penalidad real del hecho circunstancias técnico-jurídicas, como pueden ser la naturaleza de delito de peligro abstracto para el definido en el artículo 344 —lo que impide la imposición de las sanciones correspondientes a grados imperfectos— o la coexistencia frecuente —en concurso de normas o en concurso ideal— con el delito de contrabando de estupefacientes, cuya pena tipo es siempre de prisión menor y multa (art. 2.º de la Ley de 13 de julio 1982). A ello hay que añadir la existencia de especiales medidas que pueden afectar a las organizaciones dedicadas directa o simuladamente al tráfico de drogas y la gran extensión dada al comiso de efectos e instrumentos en el delito de contrabando de estupefacientes.

Los Estados que han suscrito los más importantes Convenios internacionales en materia de estupefacientes y psicotrópicos no solo se comprometieron a prohibir su producción y tráfico estableciendo sanciones administrativas, sino que se obligaron a adoptar las medidas necesarias por considerar tales actos «como delitos si se cometen intencionalmente, y a que los delitos graves sean castigados en forma adecuada, especialmente con penas de prisión u otras penas de privación de libertad» [arts. 36.1.a) del Convenio de 1961 y 22.1.a) del Convenio de 1971]. La Ley de 15-11-1971 dio acogida a aquellos principios en el nuevo artículo 344, pero refiriéndolos solo a la represión de estupefacientes. La Ley de 25-6-1983 incluye en el radio de la antijuricidad del artículo 344 a las sustancias psicotrópicas, y aunque modifica en algunos casos la penalidad para situarla en un grado inferior, se sitúa también en la letra y en el espíritu de los Convenios citados, sin que en absoluto se haya mostrado tolerante con los autores del ilícito tráfico.

a) *Sustancias que causan grave daño a la salud y sustancias que no causan grave daño a la salud*

Es elemento fundamental para la concreción del tipo básico la naturaleza de las sustancias. Si los actos de tráfico tienen por objeto «sustancias que causen grave daño a la salud», la pena asignada es prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas; «en los demás casos» la pena procedente es arresto mayor. El artículo 344 no contiene especificación alguna, pero, como declara la sentencia de 12 de marzo de 1984, las expresiones típicas se corresponden con las denominadas en lenguaje común drogas «duras y blandas», conceptualización que en cada caso calificarán los Tribunales a tenor de los dictámenes científicos, experiencia de sus efectos sobre la salud de las personas afectas por su consumo y de las listas anexas al Convenio de 1961. Aun cuando en el anterior artículo 344 la pena era única y por tanto proporcionada a la calidad de la sustancia estupefaciente, es lo cierto que los Tribunales aplicaban el párrafo tercero para rebajar la pena en los supuestos de drogas cuyos efectos eran menos graves: así, el arbitrio en sentido positivo estaba determinado por la *calidad y condición* de las sustancias estupefacientes en su nocividad intrínseca (Sentencias de 4-4-1975, 1-4-1977, 13-3-1979, 6-11-1982), reputándose, por ejemplo, el *hachís* droga menos dañina y perniciosa a la salud humana que la heroína o el L.S.D., sustancias de muchos y más perjudiciales efectos (Sentencia de 13-6-1977).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en la interpretación del actual artículo 344 mantiene una línea uniforme cuando se trata de apreciar los estupefacientes o psicotrópicos que deben incluirse en una u otra categoría.

Todos los derivados de la *cannabis* se han reputado sustancias cuyo consumo no causa un grave daño a la salud. Así el *hachís* está considerado como perjudicial para la salud, sin grave daño, en las sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983, 10-11-1983, 16-11-1983, 21-11-1983, 30-11-1983, 2-12-1983, 3-12-1983, 2-1-1984, 16-1-1984, 17-1-1984, 18-1-1984, 24-1-1984, 26-1-1984, 31-1-1984, 6-2-1984, 11-2-1984, 20-2-1984, 23-2-1984, 9-3-1984, 12-3-1984, 13-3-1984, 20-3-1984, 28-3-1984. Lo mismo el *aceite de hachís* (Sentencias de 4-10-1983, 7-11-1983 y 20-2-1984), las *semillas de cannabis* (Sentencia de 24-1-1984) y las *plantas* (Sentencia de 3-12-1983).

Sin excepciones, la *heroína* es considerada como sustancia que ocasiona grave daño a la salud (Sentencias de 29-10-1983, 15-12-1983, 26-12-1983, 23-2-1984, 24-2-1984, 5-3-1984 y 17-3-1984). Igual calificativo han merecido la *cocaína* (Sentencias de 25-10-1983, 11-11-1983, 13-3-1984 y 23-3-1984) y el *ácido lisérgico* o L.S.D. (Sentencias de 5-10-1983 y 8-2-1984), porque ocasiona daños mentales e incluso genéticos a sus adictos (Sentencia de 20-12-1983).

b) *Las cantidades de notoria importancia*

El *quantum* de la droga poseída no solo es fundamental para originar actos impunes de tenencia y para construir un elemento del tipo (el ánimo de transmitir en el poseedor), sino que además actúa como circunstancia de decisiva influencia en la penalidad, dado que el párrafo segundo del artículo 344 expresa que cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia, se impondrán las penas superiores en grado. Así, en la posesión de estupefacientes o psicotrópicos podemos distinguir tres estadios: uno, de pequeña entidad, desenvolviéndose en él la presunción del acto impune de autoconsumo; otro, de grado normal, que conducirá a presumir un ulterior destino de lo poseído al tráfico, con la consiguiente tipicidad de la conducta, y un tercero de grado mayor con tipicidad cualificada cuyo elemento a ponderar es la posesión de cantidades de «notoria

importancia». A pesar de sus graves efectos penológicos esta especie de condición de mayor punibilidad carece de concreción en la norma. Y no es fácil en la práctica establecer límites objetivos inflexibles a partir de los cuales se deba producir el tránsito hacia la pena superior en grado. De nuevo entra en juego el arbitrio judicial, ahora no limitado por las circunstancias del culpable y del hecho, como en el párrafo tercero del derogado artículo 344, sino solo por la notoria importancia de lo poseído, que equivale a la creación de un riesgo o peligro mayor. Desde luego, esa pena superior ya no está condicionada por la naturaleza de la droga porque procede tanto para las sustancias que causen grave daño a la salud como para las demás. Por tanto, el índice a tener en cuenta es fundamentalmente numérico. Dentro de él no habrá problemas para las grandes cantidades. Tampoco para las pequeñas. Pero, ¿cuándo comienza la cantidad típica de importancia notoria? Es claro que el número variará según la droga de que se trate. El Tribunal Supremo ha tenido ya ocasión de plantearse estas cuestiones y ciertamente las sentencias son contradictorias. He aquí la trayectoria que ha seguido la jurisprudencia.

Relativamente al *hachís* no ha habido cuestión cuando se trataba de cantidades inferiores a 1.000 gramos; así, por ejemplo, se ha declarado que no es de notoria importancia para elevar la pena la posesión de 207 gramos (Sentencia de 20-9-1983), 420 gramos (Sentencia de 11-2-1984), 550 gramos (Sentencia de 13-3-1984) o el cultivo de 96 plantas de *cannabis sativa* (Sentencia de 3-12-1983), aun cuando tratándose de 898 gramos se haya dicho que esta cantidad «casi incide en la agravación de notoria importancia» (Sentencia de 12-3-1984), como si realmente los 1.000 gramos fueran para el hachís la cantidad límite entre una y otra penalidad. Pero ello no es así, porque en otras ocasiones se ha entendido que no concurre la notoria importancia en la posesión de 1.000 gramos (Sentencia de 17-1-1984), 1.050 gramos (Sentencia de 6-2-1984), 1.560 gramos (Sentencia de 31-1-1984), e incluso para 2.500 gramos se ha sostenido que «no parece en este caso la cantidad ocupada notoriamente excesiva» (Sentencia de 30-11-1983). Al contrario, en otras ocasiones cantidades como 1.241 gramos (Sentencia de 23-2-1984) y 1.350 gramos (Sentencia de 20-2-1984) se consideran de notoria importancia. En esta misma dirección se admite la notoria importancia para 2.000 gramos (Sentencias de 18-1-1984 y 26-1-1984), 2.100 gramos (Sentencia de 24-1-1984) y 2.500 gramos (Sentencia de 10-11-1983) u otras cantidades muy superiores, como 5.750 gramos (Sentencia de 13-2-1984).

Para la *heroína*, expresa o implícitamente, se ha dicho que es cantidad de notoria importancia 1.000 gramos (Sentencia de 17-3-1984), pero no lo es la posesión de 56 gramos (Sentencia de 5-3-1984), ni, por supuesto, otras cantidades muy inferiores (Sentencias de 11-11-1983, 15-12-1983 y 24-2-1984).

Y, en fin, en orden a la *cocaína* se ha declarado cantidad de notoria importancia la posesión de 835 gramos (Sentencia de 25-10-1983), pero no la de 36 gramos (Sentencia de 22-3-1984) ni la de 244 gramos (Sentencia de 13-3-1984).

En definitiva, del análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo solo puede llegarse a la conclusión de que la cantidad de notoria importancia será un número variable que está en relación directa con la naturaleza del estupefaciente o psicotrópico poseído. Para los productos extraídos de la *cannabis sativa*, la línea divisoria se sitúa en torno a los 1.000 gramos, según el criterio jurisprudencial, pero pensamos que el tratamiento no debe ser absolutamente uniforme, porque el consumo de preparaciones a base de resina pura (hachís o aceite de hachís) representa una peligrosidad potencial mucho mayor que el de los preparados formados por sumidades

florales y hojas de la planta desecada (marihuana o grifa), con menor proporción de los principios activos. Con mayor razón para la *heroína* y la *cocaína* el elemento a tener en cuenta no será solo la cantidad de lo poseído, sino también si el producto se presenta puro o está mezclado con otras sustancias inertes, en cuyo caso la toxicidad es menos aguda por ser dosis menos ricas en drogas. Para el *ácido lisérgico* se tendrá en cuenta el número de dosis.

Desarrollando esta idea, es criterio de la Fiscalía General del Estado que —al menos por ahora— debe aceptarse como válida la separación que viene haciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo al interpretar la alternativa legal de sustancias causantes de grave daño no causantes de grave daño; y que, en consecuencia, a la *cannabis* y todos sus derivados hay que tratarlos penalmente en su estructura típica de un modo unitario porque la sustancia activa es la misma aunque sea distinta su concentración. Sin embargo, no merecen esa misma acogida favorable los argumentos, de orden puramente cuantitativo, sobre la línea divisoria del término *cantidad de notoria importancia*. Para integrar de modo ajustado la estructura de esta agravante son necesarias especiales concreciones, y, al efecto, valorar la naturaleza de las sustancias estupefacientes.

En general, la cantidad de notoria importancia (acto típico cualificado) debe exceder no solo de la cantidad cuya posesión hace presumir el autoconsumo (acto atípico), sino también superar a aquella, mucho mayor, que justifica la presunción de actos normales de tráfico (acto típico). Si partiendo del consumo medio de un habitual a la droga y de la cantidad poseída en un momento determinado, se está en disposición de resolver con bastante aproximación sobre las presunciones atípicas (autoconsumo) y típicas (tráfico), para que surjan los hechos constitutivos de la agravante se tendrá presente no solo el peso sino también, y de modo principal, las dosis que puedan extraerse.

El principio activo de la *cannabis sativa* es el tetrahidrocannabinol (THC), que se halla tanto en los preparados consistentes en hojas y flores desecadas de la planta (marihuana o grifa), como en los obtenidos de su resina (hachís) o mediante concentración de la planta o del hachís (aceite de hachís, hachís líquido). El principio alucinógeno (THC) es muy variable en las sustancias indicadas: mayor en el hachís y en el aceite de hachís que en la grifa: como esta última tiene una menor proporción de THC, en cantidades semejantes será mucho menos tóxica, por lo que se precisará una dosis muy superior para obtener efectos análogos al hachís y al aceite de hachís. Reducidos a números, aproximadamente la concentración de THC es la siguiente: la grifa tiene un contenido de tetrahidrocannabinol que oscila entre el 1 y el 4 por 100; el hachís, entre el 5 y el 12 por 100 de THC; el aceite de hachís (verde oscuro) se sitúa en cifra superior al 25 por 100, alcanzando en ocasiones (aceite rojo) la proporción del 65 por 100.

Según recientes estudios farmacológicos se estima que son dosis diarias normales del consumidor las que se expresan: grifa, entre 15 y 20 gramos; hachís, 5 gramos, y aceite de hachís, 0,6 gramos. Si esto es así, resulta claro que la expresión típica, cantidad de notoria importancia, no puede ser la misma para todos los productos obtenidos de la *cannabis*. Si la jurisprudencia del Tribunal Supremo sitúa la cantidad de notoria importancia en torno a los 1.000 gramos para el hachís, representativos de 200 dosis, tal cifra para el aceite de hachís se reduciría a 120 gramos y se elevaría a un mínimo de 3.000 gramos para la grifa. Estos módulos aparecen como meramente indicativos, pudiendo alterarse porque no siempre la *cannabis* y sus derivados tendrán la misma

riqueza en THC, por lo que según cuál sea el resultado de los informes periciales sobre el análisis de concentración, esos barcos podrán ampliarse o reducirse. En suma, para la integración del giro «cantidad de notoria importancia», que determina la imposición de la pena superior en grado, no hay que atender a cantidades fijas, sino que variarán según el grado de concentración del principio activo, e incluso para el mismo preparado oscilará el *quantum si* los análisis acreditan que el producto posee una mayor riqueza de THC que otros de la misma naturaleza.

Sobre la *heroína* cabe hacer análogas consideraciones. Es cierto que no todas las partidas son igualmente ricas en alcaloide; aquellas cuyo porcentaje de pureza llegan al 85 por 100 son excepcionales y no son, ciertamente, las que de modo habitual se venden por los traficantes de los últimos escalones, aunque sí las que son objeto de tráfico más frecuente a niveles superiores. Normalmente solo la mezclada o adulterada con sustancias inertes es la que llega al consumidor, mas entonces su pureza se halla entre el 3 y el 5 por 100, y las dosis más corrientes (*papelinas* en el argot) oscilan entre los 0,15 y los 0,50 gramos. El consumo, lógicamente, es también variable: el adicto más corriente precisa diariamente entre dos y cuatro dosis de 0,25 gramos. No cabe una aproximación más exacta. Con un gramo puro convenientemente adulterado o *cortado* pueden conseguirse hasta 12 dosis. Si para los alucinógenos, según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, se ha concluido antes que 200 dosis es cantidad de notoria importancia y la dosis *standard* o tipo es para la heroína de 0,25 gramos, 50 gramos adquirirán los caracteres de cantidad de notoria importancia. Y más aún si se piensa que, después de adulterados, en el tráfico callejero el valor en venta de 50 gramos puede representar cifras ponderadas en millones de pesetas.

De la *cocaína*, que se presenta bajo la forma de polvo blanco (nieve), los adictos suelen hacer varias tomas diarias, estando el consumo medio sobre 1,5 gramos. con lo que sobre 125 gramos de cocaína puede estar situada la cantidad de notoria importancia.

El L.S.D. (dietilamida del ácido lisérgico) se distribuye en dosis comprendidas entre los 20 y los 100 microgramos (un microgramo equivale a 0,000001 gramos), pudiendo ser suficiente 20 microgramos para producir efectos. Aquí deberá atenderse al número de dosis en la cuantía ya indicada para otros productos.

El tráfico de *sustancias psicotrópicas* (*anfetaminas* y barbitúricos) no se integraba en la tipicidad del anterior artículo 344 (Sentencias de 11-10-1974, 3-5-1980, 29-5-1981 y 30-9-1981), pues, como se apunta en la sentencia de 4 de febrero de 1984, solo adquiere tal carácter a partir de la vigencia de la Ley de 25 de junio de 1983. Antes de ella el tráfico de psicotrópicos era posible encajarlo en determinado estado peligroso (art. 2.8), dado que en él a la palabra estupefaciente se añadió la frase «o fármacos que produzcan análogos efectos», de contenido mucho más amplio. Pero si no tenían cabida en el artículo 344, en alguna ocasión el Tribunal Supremo (Sentencia de 29-5-1981), había dicho que la venta clandestina de barbitúricos no era ajena al artículo 341 (venta, sin hallarse autorizado, de sustancias nocivas a la salud) o al 343 bis (expende medicamentos sin cumplir las formalidades legales).

Como no todos los preparados farmacéuticos que contienen anfetaminas o barbitúricos pueden incluirse en el concepto normativo de psicotrópicos (no se incluyen los relacionados en el anexo 2 del Real Decreto 2.829, de 6

de octubre de 1977), en cada caso concreto habrá que justificar su inserción en las listas del anexo 1 de esta disposición, que coincide con las del Convenio de Viena de 21 de febrero de 1971. Y si, además, los productos psicotrópicos, ya se trate de tranquilizantes o sedantes (barbitúricos) o de psicoestimulantes (anfetaminas), no responden al mismo análisis químico ni poseen idéntica actividad tóxica, es claro que para precisar la cantidad de notoria importancia, aparte del número de dosis que representen las píldoras o tabletas o las unidades inyectables, habrá de ponderarse el porcentaje mayor o menor de sustancias psicotrópicas de que están compuestas.

En el cuadro adjunto se refleja la dosificación para consumidores de distinto nivel según el tipo de droga usada. En él se señala la periodicidad normal de utilización según las obras clásicas de farmacología por lo que se refiere a las dosis terapéuticas y las publicaciones y comunicaciones de orientación contractual, por lo que hace a las dosis de abuso. La fuente de estos datos es la obra «Drogas y fármacos de abuso», publicada en 1981, por el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos.

c) *La pertenencia a una organización que tenga como finalidad la difusión o tráfico de estupefacientes*

Los actos individuales, aislados y ocasionales, no influyen de modo decisivo en las extraordinarias proporciones que está adquiriendo el consumo de estupefacientes y psicotrópicos. El tráfico de drogas con caracteres de verdadera gravedad es el que se desenvuelve en el seno de redes nacionales o internacionales de traficantes que forman estructuras organizadas. Por ello puede decirse que se trata de delitos con actuación y repercusión frecuentemente supranacional, para cuya efectividad es esencial una red organizativa con sucesivos escalones de partícipes, agentes e intermediarios que materializan el tráfico efectivo.

El nuevo texto de la norma en examen, y siempre con la finalidad de fijar una penalidad más grave, tiene en cuenta la adscripción del culpable a una organización. La simple pertenencia a organizaciones nacionales o no cuya finalidad sea la difusión de estupefacientes supone la imposición de la pena superior en grado. Pero para casos de extrema gravedad, y tratándose de miembros cualificados de la organización (jefes, administradores, encargados), dedicada, aunque solo sea parcialmente a aquellos fines, procede además la adopción de graves medidas no propiamente penales (clausura definitiva de la empresa, disolución de la sociedad, suspensión o prohibición temporal de sus actividades).

Como esas entidades normalmente lo serán *de facto* o clandestinas, para encuadrar una conducta en el tipo cualificado no es necesario justificar una adscripción formal de las personas a las organizaciones dedicadas al tráfico de drogas, sino que bastará con que de los hechos se desprenda que están en relación con ellas, cualquiera sea el cometido que se les tenga confiado.

En consecuencia, para atribuir a una determinada persona la condición de miembro o partícipe de las actividades de esas organizaciones, será necesario partir muchas veces de la presunción de pertenencia. En la búsqueda de la presunción, como hechos integradores de la misma o de que se poseen los estupefacientes *alieno nomine*, pueden, entre otros, mencionarse: la relación o contacto con otros para los que se acreditó la cualidad de partícipes, la cantidad y calidad de la droga ocupada (pues no es imaginable pensar, por ejemplo, que la posesión para el tráfico de heroína o cocaína sea producto de actos individuales y aislados) y también el dinero

intervenido. En el círculo de esta agravante están incluidos tanto los elementos de base que se hallen en los últimos reductos y que se dediquen a la distribución como quienes formen parte de los órganos de gestión; es importante diferenciar al simple miembro de una organización del miembro cualificado, porque en este último supuesto, aparte la mayor pena privativa de libertad, procede también una sanción para la organización de que se forma parte.

Pero la pertenencia a una organización no solo atrae la agravante, sino que puede incidir sobre la competencia. El Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, dispuso que es competente la Audiencia Nacional para conocer de los delitos de tráfico ilícito de drogas tóxicas o estupefacientes siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en lugares pertenecientes a distintas Audiencias Territoriales [art. 4.1.c), según redacción dada por la Ley Orgánica 12/1983, de 16 de noviembre]. No hay cuestión cuando se trate de sustancias psicotrópicas distribuidas por personas en relación de pertenencia a una organización, pues tal tráfico será siempre ajeno a la competencia de la Audiencia Nacional, dado que, aunque se ha rectificado su competencia por la citada Ley Orgánica de 16 de noviembre de 1983, en ella no se ha incluido el tráfico de psicotrópicos elevado a categoría delictiva por el nuevo artículo 344. Pero sí puede haberla para el tráfico de estupefacientes. El elemento diferenciador será la incidencia territorial. Para que la Audiencia Nacional conozca de los hechos no bastará con acreditar, directamente o a través de presunciones, la pertenencia a la organización; además, que sus efectos —la actividad o conducta de tráfico de los pertenecientes a la organización— se han desenvuelto en territorios de diversas Audiencias Territoriales; en cualquier otro caso, será competente el *iudex deprehensionis* (el del lugar del descubrimiento o la detención).

d) Eliminación de las formas imperfectas

El tráfico de estupefacientes del artículo 344 presenta las características propias de los delitos de peligro abstracto, entre las que se hallan su consumación anticipada y la inexistencia de formas imperfectas de ejecución. Todos los actos iniciales de ejecución son ya consumativos, y si esta fase comienza con la actividad del primer acto exterior y el tráfico real o efectivo se sitúa más allá de la consumación, el delito está perfecto con la puesta en peligro del bien jurídico que protege.

Esta anticipación de la consumación significa además que no sean posibles formas imperfectas de ejecución. Todo comienzo de la conducta típica no se conforma con la tentativa ni con la frustración, sino siempre con la consumación. La jurisprudencia ha rechazado que sean posibles o tengan existencia legal las formas delictivas imperfectas, que quedarán siempre absorbidas en la consumación. Según doctrina unánime del Tribunal Supremo, el delito del artículo 344 solo admite las formas consumadas, porque adelanta y protege el bien jurídico objeto y razón de ser de su existencia, la salud pública, castigándose cualquier hecho que tienda a la realización del resultado previsto en el Código, pues se trata de un delito de peligro que imposibilita la toma en consideración de toda ejecución imperfecta (Sentencias de 17-12-1979, 19-6-1980, 13-11-1981, 17-6-1982, 22-10-1982, 2-12-1982, 3-5-1983, 13-10-1983, 21-10-1983, 26-1-1984, 22-3-1984).

e) Posibilidad de extender la pena accesoria de comiso a los instrumentos empleados en el tráfico de estupefacientes

El comiso de los *efectos* del delito que define el artículo 344 no ofrece problemas, debiendo someterse al régimen previsto en el artículo 48 del Código Penal para los efectos que no son de lícito comercio. En el orden internacional también se establece como sanción el comiso de los estupefacientes procedentes del tráfico ilícito (arts. 37 del Convenio de 1961 y 22.3 del Convenio de Viena de 1971).

Otra cuestión es la del comiso de los *instrumentos* o medios materiales empleados en el delito de tráfico de estupefacientes. Una de las modalidades ejecutivas del tráfico es el transporte. Vehículos de todo tipo, yates lujosos, embarcaciones, lanchas rápidas, son utilizados para trasladar la droga de un lugar a otro dentro de nuestro territorio o para introducirla en España. Todos ellos son verdaderos instrumentos que contribuyen de forma esencial a la difusión de la droga, por lo que la solicitud que se haga por el Ministerio Fiscal sobre su pérdida definitiva y la del valor obtenido por su venta se acomoda al artículo 48 del Código Penal. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3-10-1981, sin establecer una doctrina general, alzó el comiso de un automóvil, acordado por el Tribunal *a quo*, en el que se transportaba *hachís*, por entender que algunos actos típicos fueron realizados con independencia de la utilización del vehículo y que no fue empleado para la propia ejecución, sino para lograr el agotamiento y la huida del lugar en que se cometió. Con la legislación ahora en vigor, y al menos cuando el delito de tráfico de estupefacientes se halle en concurso con el delito de contrabando de estupefacientes, el Ministerio Fiscal deberá interesar la intervención de los instrumentos de referencia, en cuanto que el artículo 5, tercero, de la Ley de 13 de julio de 1982, establece que toda pena que se impusiere por un delito de contrabando llevará consigo el comiso de los medios de transporte con los que se lleve a efecto la comisión del delito, siempre que el Tribunal competente estime que dicha pena accesoria no resulta desproporcionada en atención al valor del medio de transporte objeto del comiso y el importe de los géneros objeto del contrabando.

f) *Penalidad derivada del concurso con el delito de contrabando de estupefacientes*

Determinadas conductas cuyo objeto material son las sustancias estupefacientes cuentan con una tipicidad doble. No es, pues, el artículo 344 la única norma penal que reprime aquel ilegal tráfico, puesto que el artículo 1.º de la Ley Orgánica de 13 de julio de 1982 considera reos del delito de contrabando a los que, cualquiera sea su cuantía o valor, importaren, exportaren o poseyeren drogas o estupefacientes o realizaren operaciones de comercio o circulación sin cumplir los requisitos establecidos. Sus respectivos contenidos son, en parte, coincidentes, por lo que son posibles superposiciones cuando la posesión o el tráfico se refieran a sustancias estupefacientes. Pero si el artículo 344 comprende estupefacientes y psicotrópicos, en el radio del delito de contrabando no están las sustancias psicotrópicas. Es evidente, pues, que ante los estupefacientes aparece como posible la aplicación de dos normas cuya consecuencia penal es distinta y que estarán en situación de concurso. Cuando se trate de concurso de normas, atendido el artículo 68 del Código Penal, los hechos habrán de calificarse como delitos contra la salud pública o como delito de contrabando de estupefacientes, prevaleciendo la norma que tenga asignada mayor sanción. Si concurren los supuestos del concurso ideal entrará en juego la penalidad del artículo 71, imponiéndose cumulativamente las penas previstas o solo una de ellas en forma cualificada. En el artículo 344 se prevén penas distintas a las del artículo 2.º de la Ley de Contrabando. Aquel distingue según que la sustancia cause grave daño a la salud (prisión menor y multa) o no

cause grave daño (arresto mayor), y que mediando circunstancias típicas pueden convertirse respectivamente en prisión mayor y prisión menor. En la legislación de contrabando es irrelevante la naturaleza de la droga y la cantidad objeto del delito para graduar la pena privativa de libertad, que es siempre la de prisión menor en los grados medio o máximo, que se impondrán en su mitad superior cuando los delitos se cometan por medio o en beneficio de organizaciones de cuya naturaleza o actividad pudiera derivarse una especial facilidad para la comisión del delito. En definitiva, moviéndonos dentro del Código Penal, y situados en la esfera de la pena superior, es posible la imposición de la pena de prisión mayor; en la Ley de Contrabando, la prisión menor en su grado máximo es la mayor pena. Sin embargo, en el plano de la pena inferior prevista para el Código Penal es la de arresto mayor, y para la Ley de Contrabando, la de prisión menor.

La adscripción de un determinado comportamiento a las situaciones concursales legalmente posibles no siempre será fácil. En la Consulta de esta Fiscalía 4/1983, de 1 de diciembre, se apuntaron las varias soluciones que son válidas para las sustancias estupefacientes y que, en síntesis, se concretan ahora del siguiente modo:

1. Supuestos en que por tratarse de un concurso ideal será aplicable el artículo 71

- Concurrencia de importación ilegal de estupefacientes con la posesión o tráfico de estupefacientes. Como el delito de contrabando, al ser de mera actividad, se perfecciona con el incumplimiento de la obligación que establece la legislación aduanera (art. 1.1, 3 y 4 de la Ley de 13-7-1982 y art. 1.1.1 del Real Decreto de 16 de febrero de 1983), no son elementos del tipo los eventuales actos de tráfico posteriores, que tendrán, sin embargo, su encuadre en el artículo 344, por lo que si a la introducción clandestina se une la posesión o tráfico por el propio introductor o por quien se halle en relación directa con él, se habrán consumado dos delitos.
- Concurrencia de exportación ilegal de estupefacientes y tráfico de estupefacientes. Si es delito de contrabando la exportación, sin observar los requisitos establecidos, de sustancias producidas en nuestro territorio o introducidas en él ilegalmente, estará en concurso con el artículo 344 cuando en el recinto aduanero se intervengan los estupefacientes a transportar sin autorización, pues ya habrían mediado actos típicos de producción y posesión.
- Concurrencia de la obtención ilícita de despacho de estupefacientes o de las autorizaciones de exportación, importación o comercio, con el artículo 344. Se producirá a la vista del artículo 1.1 de la Ley de 13-7-1982 cuando a esa actividad formalmente ilegítima subsiga la posesión o el tráfico efectivo.
- El artículo 1.1, 7 y 8, de la Ley de Contrabando, comprende dos casos de concurso ideal. Se trata de actos de contrabando a través de transporte o transbordo de efectos estancados prohibidos en buque para introducirlos clandestinamente en España por lugar de la costa no habilitada a efectos aduaneros o en cualquier punto de las aguas jurisdiccionales españolas.

2. Supuestos en que por tratarse de un concurso de normas será de aplicación el artículo 68

- Realización por el importador legítimo de actos posteriores de tráfico de estupefacientes ya sin

autorización. Está previsto como delito de contrabando en el artículo 1.1, 4.º, y se extiende a la posesión o actos de comercio de quien fue importador autorizado, conducta esencialmente paralela a alguno de los subtipos del artículo 344.

- Actos de elaboración o creación de estupefacientes no autorizados realizados dentro de España (art. 1.1.3), que presentan una sustancial identidad con los actos de producción del artículo 344, siendo además idénticos los bienes jurídicos.
- Actos de posesión o de tráfico por quien no ha tenido relación directa con los que intervinieron en la importación ilegal. Así, la posesión por un tercero con la cualidad de simple traficante o de consumidor traficante 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 suponga una mayor penalidad.

