

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• ENUNCIADO:

Imaginamos que la Audiencia condena a una persona como autora de un delito continuado contra la salud pública y otro simple contra la salud pública también, en lugar de una condena única como delito contra la salud pública por la pluralidad de acciones que integraría en tipo penal del artículo 368 del Código Penal (CP) que sanciona la unidad jurídica de acción basada en la expresión plural y literal del precepto como de «actos», no de «acto». Por la realización de una pluralidad de conductas preconcebidas tiempo atrás, consistentes, fundamentalmente, en el transporte de droga de una ciudad a otra dentro de España y en la ulterior participación en el transporte más complejo de esa misma droga unos días después por mar al extranjero, con la utilización de medios heterogéneos más técnicos y precisos. Utilizando, en el segundo caso los medios diferentes y habiendo transcurrido más de dos meses entre el inicial transporte y el posterior, siendo que la intervención de personas en el segundo momento de las acciones delictivas es diferente, a excepción del condenado y otras tres personas que intervinieron también en el transporte dentro del territorio nacional.

Se sobrentiende que en los hechos acontecidos para sacar la droga de España el condenado había contactado con personas de su entorno, a las que remuneró convenientemente, a fin de conseguir el transporte. También hubo de contratar a personal de cierta cualificación en la materia y proveerse de medios sofisticados, tecnológicamente hablando. Con lo cual, si bien el tránsito de la droga dentro de la península se realizó en un camión de su propiedad conducido por el condenado, el ulterior transporte reclama todo un conjunto de actuaciones, duraderas en tiempo y con sofisticada forma de ejecución.

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Unidad o pluralidad de acciones en el tipo penal del artículo 368 del CP. ¿Es correcta la calificación de los hechos por la sentencia de la Audiencia?
2. ¿Cabe hablar de delito continuado? ¿Cuántos delitos hay?

• SOLUCIÓN:

1. Se plantea en primer lugar el difícil, a veces, estudio y diferenciación de la unidad y pluralidad de acciones en un delito (contra la salud pública), con naturaleza ambivalente, en este caso, de heterogeneidad. Digamos que, independientemente de que el tipo penal del artículo 368 se exprese

como «actos», esto no quiere decir que haya necesariamente una unidad jurídica de acción en el tipo básico. Por tanto, de entrada, la realización de una pluralidad de acciones como indica el caso, no conlleva necesariamente la unidad jurídica de acción del tipo, no exigida. Se pueden realizar muchas acciones y cometer un solo delito contra la salud pública, o se pueden realizar una pluralidad de acciones y cometer un delito continuado contra la salud pública, o, cometidas las plurales acciones, ellas son susceptibles de ser subsumidas, independientemente, en el tipo penal, con lo cual nos hallaríamos en el supuesto del caso: la sentencia de la Audiencia por un delito simple contra la Salud Pública y otro continuado contra la salud pública. ¡Por cuál de los tres criterios decidimos!

La expresión «actos» empleada por el artículo 368 del CP es puramente lingüística; el tipo no refleja necesariamente una unidad jurídica de acción en los delitos contra la salud pública. El legislador emplea un término lingüístico de expresión para definir unas conductas normalmente plurales en su consumación y confección. Cuando una persona interviene esencialmente en tráfico de estupefacientes de la manera en que se describe en el caso, no podemos negar que realiza varias conductas y que esas varias conductas integrarán una unidad jurídica de acción. Ocurre que esa unidad de acción en sentido jurídico está formada por dos hechos bien diferenciados: uno es la intervención en el transporte dentro de la península; otro la intervención para más allá del territorio nacional, con fundamento en unos medios más sofisticados, con una técnica de actuación diferente a la anterior y con datos heterogéneos de comportamiento delictivo y con conexión espacio-temporal. ¡Y éstas son las claves deducitivas del caso! Los dos tiempos o momentos podrían conformar bien un único delito contra la salud pública, bien dos delitos contra la salud pública, independientes, subsumidos en el tipo penal, bien un delito contra la salud pública y otro continuado; siendo esta última solución la aceptada por la Audiencia y que debemos asumir nosotros en la resolución del caso, con arreglo a los criterios jurisprudenciales que se exponen a continuación, que abren la respuesta a la segunda de las cuestiones planteadas.

2. Si admitimos como válida la calificación de la Audiencia de los delitos cometidos como ha quedado expuesta, conviene ahora aclarar por qué se admite la existencia del delito continuado y no quizás lo que aparentemente resultaría más fácil: un único delito continuado del todo. La cuestión se centra en aceptar la unidad jurídica de acción pero compuesta por la pluralidad de acciones no independientes entre sí, pues si admitiéramos que los dos momentos son dos unidades jurídicas de acción independientes, compuestas incluso por plurales acciones pero separadas, nos hallaríamos indefectiblemente ante la otra solución propuesta de dos delitos simples contra la salud pública, pues no olvidemos que el tipo penal, al decir «actos» en el artículo 368 no está reclamando necesariamente la pluralidad de acciones y que éstas pueden integrar dos acciones en sentido natural independientes, constitutivas de dos unidades jurídicas separadas, conformadoras, por tanto, de dos delitos contra la salud pública, admitiéndose dos unidades jurídicas independientes, formadas por actos plurales de cada una de ellas que no constituyen necesariamente delito continuado. ¿Cómo ver entonces la solución que propone la Audiencia? ¿Cómo aceptar un delito simple compuesto por varios actos y un delito continuado, compuesto a su vez de varios actos?

En este galimatías nos vemos y para la solución recurrimos a la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual, ya consolidada, nos indica que para apreciar la continuidad delictiva del artículo 74 del CP, deviene necesario atender a la existencia o no de estos elementos:

- a) Aprovechamiento de idéntica ocasión (elemento objetivo del delito continuado).
- b) Plan preconcebido (elemento subjetivo).
- c) La ofensa al mismo o distinto sujeto pasivo.
- d) Infracción del mismo o varios preceptos de semejante naturaleza.
- e) Cierta espacio y tiempo delimitable.

Analizados, uno a uno, pareciera que se dan los elementos de la continuidad delictiva para la totalidad de las conductas, o cuando menos que la mayoría de los requisitos se producen. Hay plan preconcebido, pues desde el principio se pretende llevar la droga hasta zonas de puertos de mar para sacarla de España; se cumple así con el elemento subjetivo. No hay, tal vez (tal vez sí si entendiéramos que se dan las mismas o semejantes condiciones o circunstancias para la acción. En cualquier caso lo dejamos en la duda) aprovechamiento de idéntica o semejante ocasión, elemento objetivo de la continuidad delictiva. Sí se produce la ofensa al mismo o semejante sujeto pasivo o precepto sustantivo penal. No hay, en definitiva, conexión espacio-temporal, desde donde se produce el origen hasta el lugar de destino o de salida de la droga, mas el tiempo transcurrido que sí elude el nexo requerido por la jurisprudencia. Tenemos, en consecuencia una cierta disposición a entender que hay unidad jurídica con pluralidad de acciones y, por tanto, un único delito continuado de tráfico de drogas, aun cuando existen disimilitudes con respecto a los requisitos manejados por la jurisprudencia, que nos permitirían opinar de manera diferente; pero, en cualquier caso, como lo que se pretende es plantear el dédalo jurídico misterioso a favor o en contra de un único delito o dos delitos, uno de ellos continuado, lo exponemos así, para a continuación dar la solución con el elemento que falta, posiblemente aclaratorio del todo. ¿Por qué creemos que la solución correcta es la de la Audiencia? Por la sencilla razón de que, haciendo uso, una vez más, de la jurisprudencia, la Audiencia ha distinguido dos unidades jurídicas bien diferenciadas con fundamento al criterio definitivo en la cuestión: *¡La Homogeneidad o Heterogeneidad* en la técnica empleada o en los medios desarrollados! O sea, si a la falta de conexión espacio-temporal le añadimos que no existe homogeneidad en los medios y en la técnica empleada en el segundo de los momentos del tráfico de drogas, convendremos en que esa heterogeneidad rompe definitivamente el nexo de unión de acciones jurídicas y delimita, ahora sí, dos tiempos: el primero para lo acontecido en el transporte inicial; el segundo para lo que habría de acontecer en el transporte definitivo al extranjero, con sus plurales acciones independientes (léanse en el segundo párr. del supuesto fáctico). Son, en definitiva, dos unidades jurídicas diferenciadas, la segunda de ellas compuesta de varios actos, respecto de los cuales sí habría continuidad delictiva, pues todo ya apuntado sobre los requisitos exigidos para ella concurren meridianamente si se analizan uno a uno, por separado.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley Orgánica 10/1995 (CP), art. 368.**
- **SSTS de 12 de marzo de 1990, 23 de noviembre de 1993, 3 de marzo de 1995, 10 de febrero, 22 de marzo, 24 de mayo y 5 de diciembre de 2000, 12 de febrero de 2002 y 30 de mayo de 2003.**
- **SAN de 9 de mayo de 2001.**
- **SSAP de Córdoba de 17 de diciembre de 2001 y de Málaga de 19 de junio de 2002.**