



Revista

ISSN 2007-4700

Ternall

MÉXICO

Número 8 • Agosto 2015



Comercialización de vieiras* contaminadas: algunos aspectos esenciales del fraude alimentario



Javier de Vicente Remesal
Marta García Mosquera

Universidad de Vigo
Universidad de Vigo

RESUMEN: Este artículo analiza la salud pública como bien jurídico tutelado y más concretamente el delito de fraude alimentario nocivo, en particular cuando se comercializan mariscos que contienen biotoxinas marinas peligrosas para la salud humana.

PALABRAS CLAVE: Fraude alimentario, salud pública, delitos de peligro.

ABSTRACT: This paper analyzes the public health as a right upheld by law and specifically the harmful food fraud. It makes a review of situations when people market seafood that contains marine biotoxines harmful for human health.

KEY WORDS: Food fraud, public health, public order offense.

SUMARIO: I. Introducción. Contextualización de los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas. La toxina ASP. II. La salud pública como bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo. III. El delito del art. 363 CP y la exigencia de peligro abstracto o concreto. IV. El tipo subjetivo: consideraciones generales. V. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto. VI. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro concreto. VII. Conclusión.

Rec: 17-11-2014 | Fav: 04-06-2015

* La 'vieira', o concha del peregrino (*Pecten jacobaeus* o *Pecten maximus*), es un molusco lamelibranquio con dos valvas de concha, una plana y otra convexa, en forma de abanico abierto.

I. Introducción. Contextualización de los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas. La toxina ASP

El presente trabajo pretende profundizar en algunos aspectos esenciales del llamado *delito de fraude alimentario nocivo* a partir de una serie de casos ocurridos en Galicia, España, relativos a la comercialización de vieiras con presencia de biotoxinas marinas potencialmente peligrosas para la salud.

En el escaso número de sentencias dictadas sobre delitos de fraude alimentario es apreciable –como observa Doval Pais– un sesgo de la jurisprudencia, pues la mayoría de las resoluciones dictadas en este ámbito se refieren a casos de administración de sustancias prohibidas al ganado vacuno para su engorde artificial. Ello puede explicarse, según este autor, por la acentuación de los mecanismos de control sanitario sobre este concreto sector de actividad a raíz de las crisis alimentarias que han obligado a extremar las medidas de vigilancia, ocasionando una presión desigual en el control de los mercados.¹

Algo similar parece haber ocurrido (si bien a nivel local, como luego se explicará) en relación con las sentencias que han servido de base para el presente estudio y en las que se castiga por delito alimentario la comercialización de vieiras con presencia de biotoxinas marinas eludiendo los procedimientos administrativos de control.

Todas ellas emanan de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sin que consten en el resto del territorio nacional otros pronunciamientos condenatorios por delito contra la salud pública por hechos de esta naturaleza.²

El tamaño de la muestra de resoluciones estudiadas (un total de 10, de las cuales ocho son condenatorias) puede considerarse escaso o muy reducido en

términos absolutos, pero si se observa que las resoluciones se refieren a hechos ocurridos todos ellos en la Ría de Arousa (y en ninguna otra de las rías gallegas) y comprendidos temporalmente entre marzo de 2002 y agosto de 2005, habrá que concluir que la frecuencia relativa de condenas no resulta en modo alguno exigua ni insignificante. Se evidencia así que se trata de un fenómeno local y temporalmente determinado, pues no se encuentran sentencias similares con anterioridad a 2002.

A poco que se indague sobre la cuestión, todo apunta a que en este proceso ha tenido una influencia decisiva el desarrollo de la normativa administrativa –también europea y estatal, pero fundamentalmente autonómica– dedicada a regular la extracción y comercialización de moluscos bivalvos en general, y de la vieira en particular, en el marco del control de biotoxinas marinas en organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura.

Se hace así aconsejable una breve exposición de la normativa surgida en este ámbito en las últimas décadas –al compás de los avances científicos– para entender el contexto en que se producen los hechos que han derivado en condenas penales. De la profusa reglamentación referida a muy variados aspectos de la seguridad alimentaria, señalaremos únicamente los instrumentos normativos que tienen incidencia directa en el producto de la vieira (pues, como se verá, presenta características específicas).

Primeramente, la Directiva 91/492/CEE del Consejo de las Comunidades Europeas fijó las normas sanitarias aplicables a la producción y puesta en el mercado de moluscos bivalvos vivos, estableciendo ya niveles máximos de presencia de las toxinas PSP (*paralytic shellfish poison*)³ y DSP (*diarrhetic shellfish poison*)⁴ en los moluscos destinados al consumo. En consonancia con la anterior Directiva, el Decreto

¹ Doval Pais, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral de peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, en Boix Reig, J. y Bernardi, A. (codirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, 2005, p. 350; el mismo, “Fraudes alimentarios”, en García Rivas, N. (coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, 2005, pp. 256 y ss.

² Las sentencias que han servido de base al presente estudio son: SSAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio; 62/2004, de 21 de julio; 93/2005, de 17 de junio; 115/2005, de 9 de septiembre; 18/2006, de 16 de febrero; 102/2006, de 13 de septiembre; 76/2007, de 25 de mayo; 79/2007, de 19 de junio; 24/2008, de 7 de febrero, y 30/2008, de 8 de febrero.

³ Para esta toxina PSP (o toxina paralizante de los moluscos), el Capítulo V del Anexo de la Directiva 91/492/CEE establecía que: “El porcentaje de ‘paralytic shellfish poison’ (PSP) en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o toda la parte consumible separada) no deberá sobrepasar los 80 microgramos por 100 gramos, según el método de análisis biológico”.

⁴ Respecto de la toxina DSP (o toxina diarreaica de los moluscos), el Capítulo V del Anexo de la Directiva 91/492/CEE establecía que: “Los métodos habituales de análisis biológico no deben dar reacción positiva respecto de la presencia de ‘diarrhetic shellfish poison’ (DSP) en las partes comestibles de los moluscos (cuerpo entero o cualquier parte consumible por separado)”.

116/1995, de 31 de marzo, de la Xunta de Galicia,⁵ estableció las mismas cantidades máximas autorizadas de aquellas toxinas, regulándose poco después en una Orden de la Consellería de Pesca, Marisqueo y Acuicultura, de 14 de noviembre de 1995, el programa de actuaciones para el control de biotoxinas marinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura. En esta Orden se incluían ya distintos planes de actuación de control y prohibiciones de extracción según niveles y zonas de toxicidad detectadas.

Pero no es sino hasta 1997 cuando se tiene conocimiento de la aparición de una nueva toxina marina, denominada “*amnesic shellfish poison*”⁶ (ASP), también conocida como “toxina amnésica de los moluscos”, causante de desórdenes gastrointestinales y problemas neurológicos. El 14 de marzo de 1997, la Xunta de Galicia aprueba el Decreto 98/1997, de modificación del Decreto 116/1995, dando cuenta de la aparición de esta nueva toxina y estableciendo que el contenido de ASP en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o cualquier parte comestible por separado) no debe sobrepasar los 20 microgramos de ácido domoico (AD) por gramo según el procedimiento de análisis HPLC.⁷

Curiosamente, es unos meses más tarde (el 20 de octubre de 1997) cuando el Consejo de las Comunidades Europeas aprueba la Directiva 97/61/CE,⁸ la cual, considerando que los últimos conocimientos científicos han puesto de manifiesto la aparición de una nueva toxina marina denominada “*amnesic shellfish poison*” (ASP), en las zonas de producción de moluscos bivalvos y que ésta puede constituir un riesgo para la salud de los consumidores, establece que

el contenido de ASP en las partes comestibles de los moluscos (el cuerpo entero o cualquier parte consumible por separado) no deberá sobrepasar los 20 microgramos de AD por gramo según el procedimiento de análisis HPLC.

A nivel estatal español, la transposición de la anterior Directiva tuvo lugar con la aprobación del Real Decreto 571/1999, de 9 de abril,⁹ que estableció idénticos niveles de toxicidad permitidos de ASP que los previstos en las normas gallega y europea anteriores.

El establecimiento de estos estrictos límites legales sobre los niveles de toxicidad ASP permitidos, determinó que desde el año 1995 estuviese prohibida de manera ininterrumpida la extracción de vieira en la mayoría de las zonas de producción de Galicia. La toxicidad tipo ASP tiene una incidencia especialmente relevante en la vieira, pues el proceso de intoxicación es rápido y el proceso de eliminación de la toxina es extremadamente lento¹⁰ en comparación con otros moluscos, amén de que la presencia casi continua de poblaciones de fitoplancton productoras de toxicidad tipo ASP en las aguas gallegas impide que el nivel de toxicidad descienda por debajo del límite legalmente admisible.

Así las cosas, y teniendo en cuenta el fuerte impacto que esta situación generaba sobre un sector de especial importancia socioeconómica en muchos puertos de Galicia, el gobierno gallego, por medio de la Consellería de la Presidencia, Relaciones Institucionales y Administración Pública, dictó la Orden de 15 de enero de 2002, por la que se regula la extracción y comercialización de vieira (*Pecten maximus*). Según se recoge en el preámbulo de esta disposición, la existencia de evidencias científicas pone de manifiesto que,

⁵ Derogado posteriormente por el Decreto 28/2005, de 28 de enero, de la Xunta de Galicia, por el que se regula el control de las biotoxinas en moluscos bivalvos y otros organismos procedentes de la pesca, el marisqueo y la acuicultura. Este Decreto lleva a cabo una actualización y refundición de la normativa vigente.

⁶ En realidad, la intoxicación amnésica por mariscos (ASP), conocida también como intoxicación por ácido domoico, fue reconocida por primera vez en 1987 en la Isla Príncipe Eduardo, en Canadá. En ese momento, como consecuencia de la ingesta de cholgas, la ASP causó tres muertes y 105 casos de intoxicación aguda en seres humanos. Los síntomas eran calambres abdominales, vómitos, desorientación y pérdida de memoria (amnesia). Cfr. más ampliamente, FAO, “Biotoxinas marinas. Estudio FAO: Alimentación y Nutrición”, Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2005, pp. 97 y ss.

⁷ Las siglas HPLC corresponden a “*high performance liquid chromatography*” (cromatografía líquida de alta resolución o alta eficacia).

⁸ Esta Directiva 97/61/CE modifica la anterior Directiva 91/492/CEE. Actualmente la Directiva está derogada y su campo de aplicación cubierto por el Reglamento CE nº 853/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, por el que se establecen normas específicas de higiene de los alimentos de origen animal.

⁹ Derogado por la Disp. Derog. Única ñ, del RD 640/2006, de 26 de mayo, en congruencia con la reestructuración y actualización de la normativa, llevada a cabo por el Parlamento Europeo y el Consejo, mediante la adopción de nuevos reglamentos y directivas (particularmente, para lo que aquí interesa, por la aprobación del Reglamento CE 853/2004, de 29 de abril).

¹⁰ Blanco, J. *et al.*, “Depuration and anatomical distribution of the amnesic shellfish poison (ASP) toxin domoic acid in the king scallop *Pecten maximus*”, *Aquatic Toxicology*, 60, 2002, pp. 111-121; Blanco, J. *et al.*, “Depuration of domoic acid from different body compartments of the king scallop *Pecten maximus* grown in raft cultura and natural bed”, *Aquatic Living Resources*, 19, 2006, pp. 257-265.

Comercialización de vieiras contaminadas

en la vieira, el AD se concentra preferentemente en el hepatopáncreas, de tal manera que las concentraciones de AD entre 20 y 250 microgramos por gramo en cuerpo entero se corresponden, en determinadas condiciones, con concentraciones de AD por debajo de 20 microgramos por gramo en el músculo aductor y/o las gónadas. En atención a ello, la citada Orden permite la extracción de vieira con niveles de toxicidad de ASP en cuerpo entero superiores a 20 microgramos por gramo (siempre que no superen los 250 microgramos por gramo) y regula un proceso controlado de evisceración, tras el cual se conseguiría reducir tales niveles a límites legalmente adecuados, antes de poner el producto (eviscerado) en el mercado.

Se modifican así las condiciones de autorización de extracción de vieira, en función de las circunstancias, subdividiéndose en tres niveles:

1º Cuando, en función de los controles periódicos, la concentración de AD en cuerpo entero sea inferior a 20 microgramos por gramo (algo que generalmente no ocurre), se autorizará la extracción para su comercialización directa.

2º Cuando la concentración de AD supere los 20 microgramos por gramo pero no exceda de 250, y simultáneamente la concentración de AD sea inferior a 4.6 en las partes destinadas al consumo humano (músculo y gónada) analizadas por separado, se podrá autorizar la extracción controlada, bajo supervisión del Servicio de Protección de Recursos. La vieira en tales casos sólo podrá ser comercializada tras un proceso de eviscerado que elimine el hepatopáncreas, branquias y otros tejidos blandos diferentes del músculo aductor y la gónada, que serán las únicas partes susceptibles de ser puestas en el mercado. A su vez, el proceso de saneamiento sólo podrá ser realizado por plantas de eviscerado previamente autorizadas por la Xunta.

3º Cuando la concentración de AD en cuerpo entero sea superior a 250 microgramos por gramo, se prohibirá la extracción de vieira.

Dos meses después de la Orden de la Xunta (en concreto, el 15 de marzo de 2002) la Comisión de las Comunidades Europeas adopta la Decisión 2002/226/CE en virtud de la cual los Estados miembros podrán autorizar la recolección de moluscos bivalvos de las especies *Pecten maximus* y *Pecten jacobaeus* con una concentración de AD en el cuerpo entero superior a 20 mg/kg e inferior a 250 mg/kg, siempre que se cumplan determinados requisitos (condiciones especiales de recolección, transporte y preparación del molusco que incluya ablación del hepatopáncreas, los tejidos blandos o cualquier otra parte contaminada).

En todo caso, la orden autonómica entra en vigor el 18 de enero 2002, y es el 14 de marzo de ese año cuando tienen lugar los hechos por los que se formula la primera acusación por delito contra la salud pública (en este primer caso, con resultado absolutorio).

No puede dejar de señalarse que el sistema de vigilancia y control de toxicidad de los moluscos se actualiza continuamente –para algunas especies casi diariamente, según las zonas– y que todos los episodios a los que ha seguido acusación (y en muchos casos, condena) han tenido lugar en la Ría de Arousa, siendo ésta precisamente una ría que periódicamente se abre a la extracción controlada,¹¹ a diferencia de las restantes zonas marítimas gallegas en las que existe una prohibición absoluta de extracción (por los elevadísimos niveles de toxicidad), lo cual puede tener relevancia tanto en la determinación del peligro real¹² como en el desvalor subjetivo del hecho por posible error de tipo en el agente ante el desconocimiento del carácter peligroso del hecho.

Y resulta significativo que la mayoría de las sentencias condenatorias, cuando dan cuenta del nivel

¹¹ Así, por ejemplo, en el año 2009, la Resolución 1/2009, del 2 de enero, del Instituto Tecnológico para el Control del Medio Mariño de Galicia, resuelve levantar el cierre para evisceración de vieira según la Orden de 15/01/2002, en la Ría de Arousa, Zona III, subzona 2; y la Resolución 2/2009, del 27 de enero, resuelve levantar el cierre, para evisceración de vieira según la Orden de 15/01/2002, en la Ría de Arousa, Zona II. Asimismo, según consta en los Informes de Estado de Biotoxinas en Moluscos Pectínidos del Instituto Tecnológico para el Control del Medio Mariño de Galicia, de fechas 01/05/2009 (Informe nº SP000004/09) y 22/10/2009 (Informe nº SP000005/09), mientras las restantes Rías gallegas permanecen en situación administrativa de cierre para extracción de vieira, las zonas I, II, III.1, III.2 y IV de la Ría de Arousa contemplan una excepción de cierre, estando en ellas permitida la extracción de vieira, si bien exclusivamente para evisceración según la Orden de la Xunta de 15/02/2002. Llama la atención que en los hechos probados de la SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio, se dice expresamente que “En la fecha de los hechos, la Ría de Arousa, salvo en al zona I, estaba aperturada para la extracción de vieira para evisceración, siguiendo determinados controles y cauces administrativos. No consta que la vieira incautada procediera de la referida Zona I de la Ría de Arousa”. Ello, sin embargo, no fue óbice para el fallo condenatorio, constatada la presencia de toxina ASP en la cantidad de 81.9 microgramos por gramo de AD.

¹² Pues es más que probable que, en esa zona, los niveles de toxicidad puedan ser reducidos a límites asumibles tras la evisceración del molusco.

de toxicidad apreciado en las vieiras incautadas, no refieren si tales niveles han sido apreciados en cuerpo entero de la vieira o en las partes potencialmente comercializables tras evisceración. Las dos únicas resoluciones que excepcionalmente sí recogen este extremo, se refieren a toxicidad a cuerpo entero.¹³

Ciertamente, en todos los casos que han llegado a la jurisprudencia, las vieiras extraídas del mar superaban los niveles de toxicidad permitida para el consumo humano, que es de 20 microgramos por gramo. Pero si en el momento de la captura la situación administrativa era de apertura para la extracción controlada, ello significa que los valores promedio de toxicidad del producto en la zona superaban los 20 microgramos por gramo (sin exceder de 250), pues si estuvieran por debajo de dicho límite estaría autorizada la extracción para su comercialización directa.¹⁴ Ello quiere decir que los índices de toxicidad apreciados en las vieiras ilegalmente capturadas habrían de ser similares a los existentes en los ejemplares de molusco legalmente extraídos para su posterior evisceración controlada y puesta en el mercado. Por tanto, en el momento de la incautación, el producto no resulta ser más peligroso que aquel otro que seguirá los cauces legales para su saneamiento. En consecuencia, aun cuando la jurisprudencia insiste en este extremo para fundamentar las condenas —y además por delito consumado en prácticamente todos los casos—, no es en la toxicidad original del molusco donde reside el peligro para la salud de los consumidores, sino, en su caso, en el mantenimiento de tales niveles tóxicos cuando el producto sea inmediatamente dispuesto para su consumo (o ingerido por el consumidor).

Presumir que ello será así por el mero hecho de eludir los procedimientos administrativos de extracción y evisceración controlada resulta ser una mera sospecha. Sobre esta cuestión volveremos más adelante.

II. La salud pública como bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo

Como es sabido, los esfuerzos doctrinales encaminados a definir la “salud pública” como bien jurídico penal han dado lugar a posicionamientos dispares que no pretendemos ahora reproducir, sino en lo esencial, para poner de manifiesto nuestra postura al respecto y, sobre ella, aportar algunas consideraciones sobre la determinación del bien jurídico protegido en el delito de fraude alimentario nocivo.

Un sector doctrinal (que puede considerarse minoritario) defiende que la salud pública debe identificarse con la salud individual, no siendo posible reconocer en los delitos del Capítulo III del Título XVII, Libro II, del CP un objeto de protección distinto a la salud de las personas como bien jurídico individual.¹⁵ A esta interpretación suele objetarse su complicada armonización con los tipos penales que ya directamente se orientan a la protección de bienes jurídicos individuales (particularmente homicidio y lesiones) y, por otro lado, el desconocimiento o negación de la dimensión supraindividual que cabría predicar de la salud pública como conjunto de condiciones que garantizan y fomentan la salud de todos.

En su lugar, y como opinión más extendida, se sostiene que la salud pública es un bien jurídico supraindividual o colectivo con existencia autónoma. Las formulaciones que se aportan en este sentido apuntan a la preservación del conjunto de condiciones que posibilitan y fomentan la salud, lo cual comporta, sin embargo, el riesgo de derivar en un concepto excesivamente formal del bien jurídico ceñido a los estándares de calidad o seguridad de los productos.¹⁶ Así concebido, el bien jurídico resultaría deficitario en su función delimitadora respecto de las meras infracciones administrativas por no incorporar referen-

¹³ SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre (FJ 2): “es evidente que las vieiras incautadas superaban a *cuerpo entero* la toxicidad permitida; que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 32.3 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dijo esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo”. SAP Pontevedra 79/2007, de 19 de junio (FJ 2): “Acreditado que las vieiras incautadas superaban a *cuerpo entero* la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 49.2 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dice en la sentencia apelada esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo”.

¹⁴ Un indicio de que efectivamente las capturas ilegales pudieron haberlo sido en periodos de extracción controlada, es que absolutamente en todos casos de la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra los niveles de toxicidad de las vieiras incautadas se encontraban en la franja entre 20 y 250 microgramos de AD por gramo, sin superarla en ninguno de los casos.

¹⁵ De esta opinión Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, 1996, pp. 239 y ss., para quien la protección de la salud pública únicamente refiere una concreta estructura típica de protección (frente a la situación de peligro) de la salud individual, si bien, debido a la anticipación de la tutela, el sujeto pasivo de la acción resulta ser plural e indeterminado. Coincide con esta opinión Soto Navarro, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, 2003, p. 200 y ss.

¹⁶ Cfr. más ampliamente, Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario*, 1996, pp. 200 y ss.

Comercialización de vieiras contaminadas

cias precisas de lesividad, con merma de la garantía limitadora de la intervención penal. La necesidad de esas referencias dimana, por ejemplo, del respeto al principio (orientador y limitador del *ius puniendi*) de ofensividad o de protección exclusivamente de bienes jurídicos, que requiere delitos como mínimo de peligro abstracto, con un mínimo de peligrosidad real de la conducta, siendo insuficiente el ilícito formal —la mera desobediencia a la ley—, lo cual diferencia no sólo cuantitativamente, sino también cualitativamente, el ilícito penal del ilícito administrativo.¹⁷

Es por ello que la mayoría de las construcciones referidas a la salud pública como bien supraindividual autónomo incorporan una conexión interna con el bien jurídico salud individual, de suerte que la fundamentación de la salud pública como bien jurídico supraindividual descansaría en su instrumentalización para la salvaguardia de la salud individual.¹⁸

Se sostiene que las amenazas que acechan a la salud individual en la sociedad tecnológica actual no pueden ser adecuadamente conjuradas con los tradicionales delitos orientados a la protección de intereses individuales, por lo que se hace necesario el reconocimiento de bienes jurídicos colectivos que garanticen el mantenimiento de la seguridad de las personas frente a supuestos especialmente graves para el desarrollo del individuo en la vida social.¹⁹

En nuestra opinión resulta acertada la denominada teoría monista personalista, que, en relación con la fundamentación de bienes jurídicos colectivos, sostiene que sólo puede ser titular de bienes jurídico-penales el individuo (singular o colectivamente considerado) en función del cual se instrumentan los bienes supraindividuales. Los bienes jurídicos universales sólo tienen fundamento en la medida en que se corresponden con los intereses del individuo, asegurando las posibilidades vitales del hombre. Bienes como la salud pública, la ecología o la fe pública se tutelan no en cuanto bienes jurídicos colectivos o su-

praindividuales, sino precisamente en cuanto que tienen como substrato la protección de los individuos.²⁰

La peligrosidad o probabilidad de lesión de los delitos contra la salud pública hay que proyectarla sobre el bien jurídico salud individual, lo cual no quiere decir que se esté protegiendo la salud de determinadas y concretas personas, sino que se protege a toda la sociedad en su conjunto.²¹ La afirmación o negación del peligro para la salud pública se basa necesariamente en la potencialidad de lesión de la salud individual, pero no de un “otro” en particular (pues para eso están ya otros tipos penales), sino de un ente plural e indeterminado, de “todos los otros” en conjunto. En el delito de resultado de lesión —el que matare a “otro”—, el empleo de una dosis comprobada como insuficiente *a posteriori*, porque el sujeto tenía una salud de hierro, da lugar a un delito de homicidio en grado de tentativa (afirmación de la peligrosidad *ex ante*); si se trata de un diferente “otro”, con precaria salud y bajas defensas, y la misma dosis por ese motivo le causa la muerte, el delito de homicidio es consumado porque (y siempre que) la peligrosidad *ex ante* resulta confirmada por un resultado objetivamente imputable. Sin embargo, en los delitos de peligro se protege la salud pública de todos los sujetos de forma indeterminada, donde entrarían por igual todas las personas, con independencia de su mayor o menor tolerancia o resistencia al factor de riesgo.²²

Ésta es, en nuestra opinión, la manera correcta de caracterizar la salud pública como objeto de protección, aunque —como se ve— de ello no se deriva necesariamente la atribución del carácter autónomo de la salud pública como bien jurídico esencialmente distinto a la salud individual, sino, a lo sumo, una correcta interpretación de la innegable dimensión colectiva de aquélla en comparación con la tutela individual de la salud.

Creemos, por tanto, que no existe inconveniente en seguir sosteniendo la referencia a la salud públi-

¹⁷ En este sentido, Luzón Peña, D.M., “Posibles reformas de los delitos de circulación”, en Cano Campos, Carbonell Mateu, De Llera Suárez Bárcena, Luzón Peña y Martínez Arrieta, *Derecho penal y seguridad vial*, 2007, p. 32.

¹⁸ De esta opinión, Pérez Álvarez, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, *ADPCP*, t. XLVI, fasc. III, 1993, p. 1071; Sánchez Martínez, F., *El delito farmacológico*, 1995, p. 70.

¹⁹ En este sentido, Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, 1999, p. 28.

²⁰ Así, expresamente, Santana Vega, D.M.^a, *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*, 2000, pp. 89 y ss.

²¹ Roso Cañadillas, R., “Comentario al art. 359”, en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal, Segunda época*, t. XI, 2008, pp. 42 y s.

²² En sentido semejante, refiriéndose a que en el concepto de “nocividad” no se tiene en cuenta la mayor o menor tolerancia de una persona en particular, Barber Burusco, S., “Comentario al art. 360”, en Cobo del Rosal, M. (dir.), *Comentarios al Código Penal. Segunda época*, t. XI, 2008, p. 99.

ca como objeto de protección (en congruencia con la rúbrica legal), en la medida en que ello contribuye a la correcta interpretación de los tipos penales como delitos de peligro que diseñan una tutela anticipada de la salud. Nos parece, por el contrario, menos evidente la necesidad de predicar de la salud pública un contenido propio y autónomo, más allá de su consideración como mera abstracción conceptual —como sostiene Rodríguez Montañés— “para hacer referencia al conjunto de vidas e integridades de los sujetos individuales participantes en el tráfico, que constituyen una colectividad más o menos difusa”.²³

Centrándonos ahora en la concreción del bien jurídico “salud pública” en el ámbito alimentario, cabe señalar que los peligros a los que se ve expuesto el ciudadano en este concreto sector de actividad derivan principalmente del sistema industrializado de producción y distribución de alimentos. En las sociedades en las que el autoabastecimiento del sustento por parte del individuo ha sido sustituido por el sistema de producción masiva de alimentos (con la consiguiente pérdida de control del usuario final sobre los productos que adquiere y consume), es necesario que el consumidor pueda confiar en que tales productos reúnen las condiciones de salubridad adecuadas para prevenir posibles daños.²⁴ Se trata, por tanto, de garantizar a los consumidores que los alimentos dispuestos al consumo público no van a vulnerar su salud, integridad corporal o vida por no ser aptos para el consumo humano.²⁵

Inciendo en esta idea, señala Corcoy Bidasolo que “en una sociedad rural proteger la calidad de los alimentos carecería de sentido porque se encuentran en su situación natural y todos pueden conocer en qué circunstancias están comprando esos productos”, indicando esta autora que la protección de la seguridad y confianza cobra sentido en sociedades como la actual, en la que los alimentos llegan empaquetados y manipulados, sin que el consumidor pueda advertir directamente en qué estado se encuentran.²⁶

Entendemos que ello es congruente con la premisa de reconocimiento de un bien jurídico supraindividual en el delito contra la seguridad alimentaria, motivo por el cual la misma autora niega la existencia del delito cuando el producto nocivo no esté destinado al mercado, sino únicamente al alcance de un número determinado de personas. En estos casos, entiende Corcoy Bidasolo no se ha lesionado la seguridad y confianza de los usuarios en que los productos que están en el mercado no superan el límite del riesgo permitido, y únicamente se podrá castigar cuando se produjeran lesiones o muerte de alguna de esas personas como delito doloso o imprudente de homicidio o lesiones.²⁷

Coincidiendo en lo fundamental con esta postura, la aplicación del criterio resulta, sin embargo, espinoza cuando el producto nocivo se distribuye en lo que podríamos denominar un “mercado local”, en el que no hay una distribución masiva sino una puesta a disposición de un reducido número de destinatarios²⁸ que

²³ Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p. 309.

²⁴ Como señala Díaz Maderuelo, R. (“Alimentos disfrazados. De la metáfora al fraude”, *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 2, 2006, pp. 177-198), “saber lo que comemos recibe una especial relevancia en momentos como el actual, en que la mayor parte de los consumidores se encuentra cada vez más alejados de los centros de producción de alimentos [...], por lo cual difícilmente se puede conocer con exactitud su identidad, su procedencia, sus procesos de manipulación, almacenamiento, conservación, elaboración culinaria, etc.”. El mismo autor explica cómo la producción industrial de alimentos y su forma de enmascarar o disfrazar las materias primas (mediante incorporación de nutrientes, alteración de la estructura genética de algunas especies, empleo de aditivos, etc.) deriva en que al consumidor, a quien resulta prácticamente imposible comprobar su autenticidad por otros medios, sólo le queda el recurso de confiar en los mensajes publicitarios o en el texto de la etiqueta o la marca que acompaña al alimento, siendo éste el elemento legitimador, pocas veces a partir de comprobación empírica, sino más bien por un acto de adhesión o creencia.

²⁵ Pérez Álvarez, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, *ADPCP*, t. XLVI, fasc. III, 1993, p. 1071. Como señala este autor (*ibidem*), “La moderna mecanización e industrialización alimentaria, ha decidido que se libere al ciudadano, individualmente considerado, de la servidumbre y esclavitud de la consecución y preparación del alimento, sin embargo, se le ha encadenado mucho más sutilmente, por cuanto depende del sistema de producción”.

²⁶ Corcoy Bidasolo, M., *Delitos de peligro*, 1999, p. 194. Igualmente sostiene Díaz Maderuelo, R., *Política y Sociedad*, vol. 43, núm. 2, 2006, p. 179, que el desconocimiento de los procesos de transformación de las materias primas alimentarias viene determinado por la producción industrial y la comercialización a gran escala, pero que en una economía campesina tradicional el propio consumidor conoce la mayor parte de esos procesos de manipulación, porque suele ser él mismo quien los lleva a cabo.

²⁷ Corcoy Bidasolo, M., *op. cit.*, p. 257.

²⁸ *Idem*, repara también en el caso límite de utilización de un alimento nocivo en un banquete, entendiendo que en este caso “la decisión en uno u otro sentido dependerá de si se realiza el banquete en un establecimiento público, en cuyo caso concurre delito contra la salud de los consumidores, sea cual sea el número de invitados, o se trate de una fiesta privada servida por los mismos que invitan (en caso de ser servida por terceros estaríamos en un supuesto idéntico al anterior), en cuyo caso la decisión dependerá del grado de privacidad, atendiendo siempre a en qué medida realmente se ha lesionado el bien jurídico protegido”.

Comercialización de vieiras contaminadas

adquieren el producto directamente de quien lo extrae de la naturaleza y sin que la materia prima alimentaria haya pasado por ningún proceso de transformación controlado. Tal es el caso de los supuestos de comercialización de vieiras con biotoxinas marinas por parte de mariscadores furtivos que eluden los procedimientos administrativos de control. En estos casos, el mero hecho de que el adquirente pueda comprobar el producto “en su situación natural” no garantiza que ostente el control sobre el estado (salubre o insalubre) del molusco, porque precisamente en estos casos el riesgo para la salud derivado de la toxina ASP es imperceptible a simple vista.

Los efectos tóxicos sobre la salud de la biotoxina ASP han sido científicamente estudiados a partir del episodio por ingesta de mejillones contaminados que sucedió en Canadá en 1987, en el que 107 personas resultaron intoxicadas por AD. La sintomatología clínica se manifestó en las primeras 48 horas y consistió principalmente en alteraciones gastrointestinales y neurológicas: vómitos (76%), cólicos abdominales (50%), diarreas (42%), dolor de cabeza (43%), alteraciones de la memoria (incluida amnesia, 25%) y en los casos más severos coma y desenlace fatal. Este síndrome se conoce desde entonces como “intoxicación amnésica”²⁹ por consumo de mariscos,³⁰ aunque, como informa la FAO, el único brote confirmado e informado a nivel mundial de ASP con resultado de enfermedades graves es el ocurrido en 1987 en Canadá. Con posterioridad a ese primer brote en Canadá, solamente se observaron enfermedades en seres humanos (benignas y cortas) en un brote causado por el consumo de navajuelas contaminadas de la costa oeste de los Estados Unidos.³¹

Los estudios científicos acreditan efectos de toxicidad aguda (derivados de la ingesta de una dosis única), pero no se han demostrado por el momento efectos de toxicidad crónica (derivados de la exposición a largo plazo).³²

Cabe esperar, por tanto, efectos adversos tras la ingesta de vieiras cuya concentración de AD sea superior a 20 microgramos por gramo y en principio constituiría delito alimentario la puesta en el mercado del producto en tales condiciones, siempre que con ello se ponga en peligro la salud de los consumidores.

No concurre el delito si el destino de las vieiras contaminadas es el consumo por parte de quien las posee, resultando igualmente impune la tenencia para el consumo en familia o para un círculo privado de amistades.³³ En estos supuestos falta la puesta en el mercado (puesta a disposición de un número indeterminado de personas) y tampoco puede afirmarse la pérdida de control del riesgo por parte del agente, por lo que la solución de estos casos será la anteriormente apuntada, de castigar, en su caso, por delito de lesiones u homicidio (doloso o imprudente) si se producen resultados lesivos.

Resultan más problemáticos los casos en los que el destino de las vieiras es la venta a terceras personas, aunque la solución de estos supuestos puede variar en función de si el tipo penal del art. 363 CP se interpreta como delito de peligro abstracto o como delito de peligro concreto, a lo que dedicaremos el siguiente apartado.

III. El delito del art. 363 CP y la exigencia de peligro abstracto o concreto

En términos doctrinales resulta discutible si el art. 363 CP se configura como un delito de peligro abstracto o como un delito de peligro concreto, y tales discrepancias derivan sobre todo de que la redacción actual del artículo incorpora un requisito de puesta en peligro de la salud de los consumidores, referida en principio a todas las modalidades concretas, las cuales, independientemente consideradas, parecen tipificar (al menos algunas de ellas) delitos de peligro abstracto.

²⁹ Aunque hay que señalar que la pérdida de memoria era fundamentalmente de corto plazo y estaba relacionada con la edad, afectando más directamente a los pacientes mayores de 50 años. Cfr. FAO, *Biotoxinas marinas*, 2005, p. 120.

³⁰ Cfr. “Informe del Comité Científico de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (AESAN) sobre los criterios de seguridad aplicables al contenido de ácido domoico en la vieira (*Pecten maximus*) para su recolección”, *Revista del Comité Científico de la AESAN*, núm. 10, 2009, pp. 41-52.

³¹ FAO, *Biotoxinas marinas*, 2005, p. 225.

³² *Ibidem*, p. 120.

³³ La SAP Pontevedra 62/2004, de 21 julio, planteándose esta cuestión, rechaza la interpretación propugnada por el Ministerio Fiscal, según la cual, haciendo un paralelismo con el art. 368 CP, lo único que puede considerarse impune es el autoconsumo, pero el destino para “consumo humano” que implique donación (aunque sea con un círculo reducido de amistades) resultaría punible según el art. 363.5 CP, por ser equiparable al “comercio”. La Sala, mostrando su desacuerdo con tal interpretación, entiende que ni se ha probado que el acusado ostentase la condición de productor, distribuidor ni comerciante, ni tampoco el destino para consumo humano tiene necesariamente que implicar el comercio que lleva implícita la necesidad de ánimo de lucro.

Ello es consecuencia de que el CP 1995, manteniendo las modalidades de conducta que estaban previstas en el art. 346 CP anterior (allí como delitos de peligro abstracto), añade, sin embargo, en la versión actual la exigencia de que se ponga en peligro la salud de los consumidores.

La jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, en todos los pronunciamientos estudiados, mantiene la concepción del art. 363 CP como delito de peligro abstracto, pero recurriendo en muchos casos a la doctrina jurisprudencial del TS surgida en interpretación del antiguo art. 346 CP, lo que constituye (por lo anteriormente dicho) un endeble punto de apoyo.

No obstante, la doctrina, como apuntábamos, se halla dividida. Un sector doctrinal considera que la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto. Se trataría, por tanto, según estos autores, de un delito de peligro abstracto-concreto o de peligro hipotético,³⁴ que impide interpretar el delito como delito de mera desobediencia o de peligro presunto.

Otro sector doctrinal –en el cual nos incluimos– sostiene que el delito del art. 363 CP exige un resultado de peligro concreto,³⁵ estimando algún autor que, si bien la fórmula empleada por el legislador en el art. 363 CP permitiría también acoger la alternativa de peligro abstracto, existen mayores argumentos para sostener que estamos en presencia de un delito de peligro concreto que exige para su consumación un inminente contacto entre el alimento y el consumidor final.³⁶

El empleo de conceptos tales como delitos de desobediencia (que no exigirían peligro, pero que se incluyen en la categoría de peligro abstracto), de peligro hipotético (que requerirían que el peligro fuese posible) o de peligro presunto (que no requerirían un peligro efectivo, pero que cabría presumirlo), a los que se suele recurrir para tratar de diferenciar –sobre

la base de la creación, o no, de un efectivo peligro– los delitos de peligro abstracto respecto de los de peligro concreto, introducen a veces más confusión que claridad. Consciente de ello, propone Mir Puig la siguiente diferenciación, mucho más clarificadora, que reproducimos textualmente:

mejor que decir que en los delitos de peligro abstracto no es preciso un efectivo peligro, es formular su distinción respecto de los delitos de peligro concreto en los términos siguientes: en los delitos de peligro concreto el tipo requiere como resultado de la acción la *proximidad* de una *concreta* lesión (así, que la acción haya estado *a punto* de causar una lesión a un bien jurídico determinado), mientras que en los delitos de peligro abstracto no se exige tal *resultado* de proximidad de una lesión de un concreto bien jurídico, sino que basta la peligrosidad de la *conducta*, peligrosidad que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. Pero tanto los delitos de peligro concreto como los de peligro abstracto son verdaderos delitos de peligro porque exigen que no se excluya previamente todo peligro.³⁷

Volviendo al problema antes planteado sobre la posibilidad de apreciar un delito de fraude alimentario cuando las vieiras contaminadas se venden a terceras personas, cabe señalar que el elemento de la nocividad real del producto, para afectar a la salud, es requisito necesario tanto si el delito se interpreta como de peligro abstracto (con elementos de aptitud o idoneidad), como si se interpreta de peligro concreto. La constatación de la lesividad de las vieiras no plantea, sin embargo, problemas en los casos aquí estudiados, puesto que está demostrado que cantidades de AD por encima de 20 microgramos por gramo son suficientes para provocar alteraciones en la salud del ser humano. La puesta en el mercado de vieiras en las condiciones apuntadas puede dar lugar sin duda al delito si éste se concibe como delito de peligro abstrac-

³⁴ De esta opinión, Ballesteros Martín, J.M., “El delito alimentario”, en VV.AA., *Protección penal de consumidores y usuarios, Manuales de formación continuada*, núm. 15, CGPJ, 2001, p. 228; Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 17ª ed., 2009, p. 597; Grauer Godoy, A., “El delito alimentario”, *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 21, 2009, pp. 18 y 19.

³⁵ Doval Pais, A., *Delitos de fraude alimentario*, 1996, pp. 353 y ss.; Boix Reig-Doval Pais, en Vives Antón, T.S. (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, 1996, p. 1667; Mendoza Buergo, B., en Bajo Fernández, M. (dir.), *Compendio de Derecho penal. (Parte especial)*, vol. II, 1998, p. 655; Carmona Salgado, C., en Cobo del Rosal, M. (coord.), *Derecho penal español. Parte Especial*, 2ª ed., 2005, pp. 759 y ss.

³⁶ En este sentido, García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1381.

³⁷ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 8ª ed., 2008, p. 230.

Comercialización de vieiras contaminadas

to, pues en este caso basta que el sujeto sea consciente de los elementos que fundamentan la peligrosidad de la conducta, los cuales no tiene posibilidad de evitar.

Por el contrario, dicha consecuencia es muy discutible si el delito se concibe como delito de peligro concreto. Más aún: en los casos aquí estudiados resulta perfectamente verosímil excluir el resultado de peligro en sí (que no se dará por las medidas precautorias que con seguridad adoptará el consumidor antes de ingerir o servir el producto) o, en todo caso, el desvalor subjetivo del hecho, puesto que actúa con la diligencia debida quien presupone que el molusco será debidamente preparado con carácter previo a su degustación, eliminando las partes blandas del molusco en las que se acumulan las mayores dosis de toxina (y podría decirse que la ingesta del producto a cuerpo entero es un accidente con el que ningún ciudadano medio podría contar, resultando objetivamente imprevisible).

Ello es así porque, según constatan los estudios científicos, las concentraciones de AD a cuerpo entero que no exceden de 250 microgramos por gramo consiguen reducirse hasta convertir el producto en inocuo cuando son retirados el hepatopáncreas y las restantes partes blandas del animal, de modo que el marisco, una vez saneado (tras evisceración), resulta, en condiciones normales, perfectamente apto para el consumo humano. Y no sólo es que la retirada de partes blandas sea la forma ordinaria de preparar la vianda (además de ser la práctica habitual generalmente conocida, bastaría leer cualquier libro o manual de cocina en el que se dé cuenta de la preparación de vieiras, para observar las indicaciones de limpieza previa del molusco), sino que cualquier otra interpretación sería tanto como imaginar que quien adquiere en el mercado una lechuga correctamente envuelta en un plástico va a proceder a ingerir su envoltorio en lugar de retirarlo.

Por lo demás, tampoco parece haber evidencias de que el eviscerado industrial (llevado a cabo por plantas de eviscerado autorizadas administrativamente) resulte más eficaz que el eviscerado manual, sino que este último se demuestra en estudios científicos como método efectivo.³⁸

IV. El tipo subjetivo: consideraciones generales

Con anterioridad al sistema actual de incriminación cerrada o específica (*numerus clausus*) de la imprudencia, se discutía si sólo debían castigarse los delitos de peligro dolosos y, en consecuencia, entre ellos, el denominado fraude alimentario. La determinación de la concurrencia de dolo en esos hechos tenía por tanto una gran trascendencia, pues la ausencia del mismo implicaba (o podía implicar) la atipicidad de la conducta. Por el contrario, en el sistema actual dicha ausencia de dolo puede derivar en responsabilidad por imprudencia cuando ésta es grave (pues la leve es atípica), porque el Código Penal vigente la tipifica expresamente: frente a la pena prevista en el art. 363 para el delito doloso (prisión de uno a cuatro años, multa de seis a 12 meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años), dispone el art. 367 que se impondrán respectivamente las penas inferiores en grado si los hechos descritos en el citado art. 363 fueran realizados por imprudencia grave.

A pesar de esta previsión legislativa vigente sigue habiendo opiniones discrepantes en la doctrina (no así en la jurisprudencia) acerca de la punibilidad (o alcance) de los delitos de peligro imprudentes. Para la jurisprudencia,³⁹ el planteamiento de que sobre la base del sistema anterior cabía cuestionarse por parte del juez (en uno u otro sentido) la punibilidad de

³⁸ Cfr. Lago, J. et al., "Disminución del contenido de ácido domoico en vieiras (*Pecten maximus*) mediante un proceso fácilmente aplicable en la industria transformadora", en Gilabert, J. (ed.), *Avances y tendencias en fitoplancton tóxico y biotoxinas*, Actas de la IX Reunión Ibérica sobre Fitoplancton Tóxico y Biotoxinas, 2008, pp. 253-257. Los resultados de este estudio demuestran que el eviscerado manual en vieiras frescas lograba reducir una concentración de AD superior a 120 microgramos por gramo a valores próximos a cero. Aunque hay que señalar que, aplicado el mismo método a vieiras tras un mes de congelación, resultaba una concentración de AD superior a 20 microgramos por gramo.

³⁹ A la vista de la jurisprudencia consultada, de la Audiencia Provincial de Pontevedra se observa que en la mayoría de los casos se ha optado por la calificación de imprudencia grave. Las argumentaciones acerca de la apreciación de dolo o imprudencia son, sin embargo, muy escasas y absolutamente inexistentes en lo que se refiere a la determinación del grado –grave o leve– de imprudencia. No obstante, siempre se aplica el art. 367. Por otra parte, da la impresión de que en algunos casos, en la jurisprudencia, partiendo de la base de las consecuencias (gravedad de la pena) que se derivarían de una correcta aplicación de las normas, se ajusta o compensa el tipo subjetivo con el *iter criminis* (o viceversa). Por ejemplo, calificado el hecho de doloso se aprecia tentativa en casos prácticamente iguales a los que se consideran consumados cuando la acción se ha calificado de imprudente. O también, calificado el hecho de consumado, se aprecia imprudencia en casos prácticamente iguales a otros en los que se afirma el dolo (e incluso contradiciendo a veces los argumentos en la propia sentencia, que implicarían a todas luces la apreciación de dolo). Las decisiones sobre la parte subjetiva del tipo (concurrencia de dolo o imprudencia) deben ser independientes de las que procedan en relación con la parte objetiva, en atención particularmente a la exigencia de peligrosidad real *ex ante* de la conducta.

la comisión imprudente, se sustituye con el sistema actual de tipificación expresa por la consideración de que el juez queda relevado de esta tarea por el legislador. Como consecuencia de ello, no sólo suelen ser muy escasos los argumentos aportados por la jurisprudencia sobre la concurrencia de los elementos del tipo subjetivo, sino también, y consecuentemente, muy numerosas las conclusiones de que la ausencia de dolo deriva de forma prácticamente automática en la calificación por imprudencia grave, sin cuestionarse en absoluto, por otra parte, la posibilidad de concurrencia de imprudencia leve o de cualquier otra consideración político-criminal (por ejemplo, el menor desvalor subjetivo de la imprudencia –respecto del dolo– unido a un también menor desvalor objetivo, la tentativa de lesión, frente a la consumación) que pudiera o debiera conducir a la impunidad por falta de necesidad o merecimiento de pena aunque conceptualmente cupiese la imprudencia. Por el contrario, la doctrina que se ha pronunciado sobre estas cuestiones suele considerar que no deben incriminarse todos los casos de delitos de peligro imprudentes, sino únicamente los que se sitúan en el eslabón final del proceso (puesta a disposición de los consumidores del producto nocivo), dando lugar a un peligro concreto para la salud.⁴⁰ Sea como fuere, de *lege lata* están incriminados los hechos dolosos e imprudentes graves, sean de peligro abstracto o concreto, por lo que se hace necesaria su delimitación.

Como observa Roxin,⁴¹ aunque el número de los delitos de peligro aumenta constantemente en la legislación moderna, su investigación sigue en sus inicios. Ello se debe, entre otras cosas (aparte de, por ejemplo, la ausencia de perceptibilidad sensorial en la consumación de los delitos de peligro frente a los de lesión, lo cual, por otra parte, no debe plantear mayores dificultades que las que surgen en los delitos consumados de resultado ideal o de tentativa en los de resultado material), a que las categorías de la teoría general del delito se concibieron y desarrollaron fundamentalmente en relación con los delitos de lesión, y no directamente con los de peligro, en los cuales se presentan sin embargo difíciles y peculiares problemas, referidos, entre otros, al ámbito de la im-

putación, el *iter criminis*, la participación, así como a la parte subjetiva del tipo, sobre la determinación de la concurrencia de dolo o imprudencia (a la que nos referimos a continuación) y sus consecuentes relaciones concursales con el delito de lesión en caso de producirse el resultado lesivo.

V. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro abstracto

1. El dolo

Se denominan delitos de peligro abstracto aquellos cuya tipificación se basa en la concurrencia de una conducta que se considera peligrosa como tal, sin necesidad de que en el caso concreto produzca un resultado de puesta en peligro. En consecuencia, dicha evitación de concretos peligros y posibles resultados de lesión no constituyen elementos del tipo, sino que son únicamente el motivo del legislador para crear los mencionados tipos de peligro abstracto.

En este ámbito de la salud pública estarían comprendidos aquellos casos en los que concurren conductas que el legislador considera que entrañan inexorablemente factores de riesgo para la salud de los consumidores, siendo ello suficiente para su tipificación, con independencia de que lleguen o no, en el caso concreto, a producir un peligro real –de lesión inmediata o próxima–⁴² para el objeto protegido por el tipo correspondiente.

Surgen así, fundamentalmente, dos modalidades de delitos de peligro abstracto. Por una parte, los que incorporan elementos normativos de aptitud, es decir, exigiendo la nocividad o lesividad general del producto (por ejemplo, en el art. 359, la elaboración, despacho, suministro o comercio de sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos) y, por otra, aquellos que ni siquiera exigen dichos elementos, en los cuales, a modo de “conductas tabú”, es el propio legislador quien ha considerado que la realización de una determinada acción lleva implícita la aptitud lesiva general (por ejemplo, en art. 364.2.4^a, despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar

⁴⁰ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1402.

⁴¹ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*; t. I: *Fundamentos, la estructura de la teoría del delito* (trad. de la 2ª ed. alemana por Luzón Peña, D.M., Díaz y García Conlledo, M. y De Vicente Remesal, J.), 1997, p. 403.

⁴² Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal: parte general I*, 1996, p. 314.

Comercialización de vieiras contaminadas

los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos).

Pues bien, en los delitos de peligro abstracto que ni siquiera incluyen elementos normativos de aptitud (es decir, aquellos en los que el legislador no hace una selección entre elementos nocivos y no nocivos, pues parte de la base *iuris et de iure* de la potencial nocividad general de la acción en sí misma), para la afirmación del dolo basta con el conocimiento de los elementos objetivos de la conducta que el legislador ha considerado adecuada o idónea para generar el peligro.⁴³ No es preciso que el sujeto conozca o se represente la peligrosidad que dicha conducta entraña ni que actúe con la voluntad de que se genere el riesgo. Eso ya lo ha hecho el legislador por él al crear esta modalidad de tipos (en el ejemplo anterior, del art. 364.2.4.^a, basta para la afirmación del dolo con que el sujeto sepa que despacha al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos.)

De ello se deriva, por otra parte –como veremos posteriormente–, la exclusión de la posibilidad de comisión de estos hechos (a saber, de los delitos de peligro abstracto, en las dos modalidades referidas, a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro concreto)⁴⁴ por imprudencia consciente.⁴⁵

En lo que refiere al caso que nos ocupa, de comercialización de vieiras contaminadas, la jurisprudencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra mantiene en todos los pronunciamientos estudiados, como hemos señalado, la concepción del art. 363 CP como delito de peligro abstracto. Aunque no se manifiesta expresamente sobre cuál de las dos modalidades planteadas concurre, puede desprenderse de sus fundamentos jurídicos que se trata en la mayoría de los casos de delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud.

Con independencia, por ahora, de que esta consideración sea correcta, si lo sería, por el contrario, la exclusión de los delitos de peligro abstracto que ni siquiera incorporan dichos elementos. Y ello porque (además de los argumentos relativos a las modalidades del art. 363 que recogen expresa o implícitamente la nocividad), de acuerdo con la doctrina, todos los supuestos incluidos en el art. 363 CP son –en virtud de la inclusión global de la referencia a la puesta en peligro de la salud de los consumidores– o bien delitos de peligro concreto, o bien de peligro abstracto con elementos de aptitud porque dicha referencia no hace sino incorporar un elemento de aptitud lesiva de la conducta, sin exigir un resultado de puesta en peligro concreto y al mismo tiempo excluyendo su consideración como delito de mera desobediencia.

Las consecuencias derivadas de la inclusión de esa referencia o exigencia global o genérica aclaran las dudas que pudieran surgir precisamente respecto de los supuestos del art. 363 en los que no se menciona, directa o indirectamente, la nocividad y, en consecuencia, no se explican los requisitos exigidos para la concurrencia del dolo en ellos. Nos referimos sobre todo a la modalidad de “ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos”, en la cual la mencionada jurisprudencia incluye varios de los supuestos sobre los que se ha pronunciado.⁴⁶ Si dicha modalidad –por ejemplo, con anterioridad a la inclusión de la mencionada referencia genérica– se considerase un delito de peligro abstracto de los de esta clase –sin elementos de aptitud–, bastaría, para la afirmación del dolo, con que el sujeto conociese o fuese consciente de que lo que oculta para comerciar está destinado a ser inutilizado o desinfectado;⁴⁷ sin que se requiera, además, el conocimiento de la nocividad o la conciencia de los factores de riesgo. Si, por el contrario, sobre la base

⁴³ En este sentido, Rodríguez Montañés, T., “Delitos de peligro”, en Luzón Peña, D.M. (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497; García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1401.

⁴⁴ Considerando, por el contrario, esta imposibilidad para todos los casos de delitos de peligro, Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497: “en los delitos de peligro [...] la actuación pese al conocimiento del riesgo es expresión de la decisión del autor a favor de la puesta en peligro, al no haber posibilidad de confianza fundada en su exclusión”.

⁴⁵ Luzón Peña, D. M., *Curso de derecho penal: parte general I*, 1996, pp. 432 y 515.

⁴⁶ La inclusión de supuestos en una u otra modalidad del art. 363 –respecto de lo cual no se encuentra un criterio claro en la forma de proceder de dicha jurisprudencia– no es cuestión baladí, pues de ello pueden derivarse consecuencias importantes en, por ejemplo, la determinación del *iter criminis* o del grado de participación. Por otra parte, en ningún caso la citada jurisprudencia apreció la modalidad de “ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”, respecto de la cual podrían hacerse semejantes observaciones a las contempladas en el texto.

⁴⁷ Sumamente ilustrativo sobre los problemas que pueden plantearse en la interpretación de este elemento típico, Luzón Peña, D.M., “Ocultación o sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª), de 12 de abril de 1989”, *La Ley*, 1989 (3), pp. 327-337.

de la regulación actual, se considera que estamos ante delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud o ante delitos de peligro concreto, no sería suficiente con aquel conocimiento.

En los delitos del peligro abstracto que incorporan elementos normativos de aptitud lesiva (que, sobre la base de lo dicho, serían todas las modalidades del art. 363, excepto para quienes las consideran delitos de peligro concreto), el dolo ha de referirse –siquiera eventualmente–⁴⁸ a los elementos de valoración de la potencialidad lesiva de la conducta. Para la afirmación del dolo es condición *necesaria* que el autor sea consciente (elemento intelectual del dolo) de la aptitud o idoneidad lesiva de su actuación en los términos establecidos en la ley, pero, como veremos después, es también condición *suficiente*, pues la actuación con conciencia de los elementos que fundamentan la peligrosidad de la conducta no es compatible con la confianza en la evitación del peligro (abstracto), implicando necesariamente la asunción del riesgo (elemento volitivo). No es preciso, por el contrario, que el sujeto conozca y quiera, además, la materialización de su conducta en un peligro (lo cual sí es exigible para el dolo en los delitos de peligro concreto): basta con que sea consciente de los factores de riesgo incorporados a la acción típica,⁴⁹ de la nocividad del producto en el momento de realizar la acción (por ejemplo, la venta de comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud).⁵⁰

En este tipo de delitos, al igual que en los de lesión, el dolo puede ser de primer grado, de segundo grado o eventual, si bien consideramos que en la mayoría de los supuestos de comercialización de vieiras en los que concurre dolo se trataría normalmente de dolo eventual. Es prácticamente inimaginable que el sujeto conozca el grado exacto de toxicidad de las vieiras, e incluso que superen el límite mínimo permitido, pero en general sí concurre el conocimiento de esa eventualidad: aun contando con esa probabilidad, objetivamente fundada, la acepta y pone el producto en el mercado.

Por otra parte, no cabe duda, ciertamente, de que existirá dolo directo de primer grado respecto del pe-

ligro –tanto abstracto como concreto– en todos los casos (posiblemente raros) en que, además, existe dolo –directo o eventual– respecto de la lesión (pues el dolo de lesionar implica necesariamente el de poner en peligro), pero puede existir puro dolo de peligro sin dolo –ni siquiera eventual– de lesionar. Así –en lo que se refiere a los delitos de peligro abstracto–, en todos aquellos casos en los que el autor sea consciente de la peligrosidad de su conducta, sin poder confiar ya, de forma mínimamente fundada o razonable, en la evitación de la peligrosidad (o del peligro mismo, en los delitos de peligro concreto), pero no acepte la eventual producción de la lesión, sino que confíe con un mínimo fundamento en poder controlar el peligro y en evitar finalmente la lesión.⁵¹

2. La imprudencia

Como hemos indicado, en los delitos de peligro abstracto la concurrencia del elemento cognoscitivo implica necesaria y simultáneamente la del elemento volitivo. Y esto rige para las dos modalidades a las que hemos hecho referencia, si bien con algunas diferencias, como veremos. En términos generales, en los delitos de peligro abstracto,

la imprudencia radica en la realización de la acción típica peligrosa sin conciencia de su aptitud lesiva (en los delitos de aptitud) o de los elementos típicos que la fundamentan, existiendo posibilidad y deber objetivo de conocimiento. La imprudencia es, por tanto, siempre inconsciente respecto de la acción típica, confiando erróneamente en haber adoptado las medidas de aseguramiento necesarias para evitar la peligrosidad de la acción.⁵²

En los delitos de peligro abstracto con elementos de aptitud (es decir, en todos los casos del art. 363, salvo si, como entendemos nosotros, se consideran delitos de peligro concreto), el conocimiento de los factores de riesgo implica la auténtica conciencia del peligro y, necesariamente, su aceptación si, pese a todo, se decide actuar. De ello se deriva la imposibi-

⁴⁸ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1401.

⁴⁹ En este sentido, Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497.

⁵⁰ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *op. cit.*

⁵¹ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal: parte general, I*, 1996, pp. 431 y 432.

⁵² Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497.

Comercialización de vieiras contaminadas

lidad de supuestos de imprudencia consciente en los delitos de peligro abstracto, en los que, a diferencia de los delitos de peligro concreto, se produce una identidad entre el dolo de peligro y la imprudencia consciente de lesión:⁵³ cuando el autor es consciente de la posibilidad de la lesión que implica su actuación y, pese a ello, actúa, no ha lugar a que *ex post* pueda afirmar que no consentía en cuanto a la creación del peligro.⁵⁴

Siendo esto así, sólo podrá aplicarse el art. 367 en los casos de imprudencia inconsciente (grave), aplicándose, por el contrario, el art. 363 a los de conciencia –y por tanto, aceptación– de la peligrosidad.

En los delitos de peligro abstracto que no incluyen elementos normativos de aptitud, la comisión imprudente no puede fundamentarse en la infracción del deber objetivo de cuidado referido a la peligrosidad de la conducta (pues el conocimiento de ésta no se requiere en tales delitos),⁵⁵ sino únicamente referido al conocimiento de los elementos objetivos que la fundamentan. En el ejemplo citado del art. 364.2.4º (“despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera en su caso reglamentariamente previstos”), la comisión imprudente puede venir determinada porque el sujeto, infringiendo el deber objetivo de cuidado, incumple la obligación de respetar los periodos exigidos; por ejemplo, por no conocer los periodos de espera o por equivocarse en el cálculo de los mismos; no, sin embargo, por no conocer la peligrosidad de su acción.

Si, como acabamos de señalar, basta para el dolo con el conocimiento de los elementos que fundamentan la conducta típica, la comisión imprudente debe ser necesariamente por imprudencia inconsciente, pues la imprudencia consciente implica también el conocimiento de dichos elementos requeridos. En el mismo ejemplo, si el sujeto es consciente de que, pudiendo hacerlo, no se entera de los diferentes periodos de espera según el tipo de animales, o conscientemente no comprueba sus anotaciones para cumplir con dichos periodos, en tales casos sabe y consiente en que, al menos eventualmente, puede no estar respetando los periodos de espera requeridos. Realizaría el de-

lito con dolo eventual. Por el contrario, es posible la comisión imprudente (por imprudencia inconsciente) cuando realiza los elementos del tipo por haber creído erróneamente, por ejemplo, que los periodos de espera eran los mismos para todos los tipos de animales o por haberse equivocado, él mismo o quien recibió la mercancía, en las anotaciones sobre el cómputo de dichos periodos.

3. Análisis de los casos de la jurisprudencia

Prácticamente en todas las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial de Pontevedra se manifiesta expresamente que el delito del art. 363 es de peligro abstracto, e incluso en algún caso parece admitirse que se trata de delitos de mera desobediencia, sin necesidad de elementos normativos de aptitud “cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto [...]. La materia regulada por estos delitos [...] requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración”.⁵⁶

Sobre esta base se argumentan por la jurisprudencia los requisitos exigidos para la concurrencia de dolo, que, lejos de ser coincidentes (lo cual sería lo más normal si se tratase realmente de delitos de peligro abstracto), son claramente discrepantes debido a que aplican los criterios propios de los delitos de peligro concreto a esos pretendidos delitos de peligro abstracto. Consecuencia de ello es que, en algunos casos, se dice ser suficiente el mero conocimiento, aun eventual, de la prohibición de la venta –incluso especificándose a veces que no es preciso un conocimiento exacto y puntual del grado de toxicidad–, argumentándose en otros, por el contrario, que el dolo requiere dicho conocimiento del grado de toxicidad, y con ello la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores.

Concretamente, aprecia dolo basándose en el argumento de que “basta con que el sujeto conozca la prohibición de la venta, por los peligros para la salud” en los siguientes casos:

⁵³ En este sentido, considerando discutible que dicha identidad se produzca también en los delitos de peligro concreto, Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal: parte general I*, 1996, pp. 432 y 515.

⁵⁴ En este sentido, pero afirmando la identidad de dolo de peligro y de imprudencia consciente también para los delitos de peligro concreto, Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, pp. 496 y ss.

⁵⁵ García Albero, R., en Quintero Olivares, G. (dir.), *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 8ª ed., 2009, p. 1401.

⁵⁶ SAP Pontevedra 93/2005, de 17 de junio.

(Caso 1): La SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio (un marinero que iba a bordo de una embarcación se da a la fuga tras advertir la presencia de la policía, encontrándose en dicha embarcación 117 vieiras destinadas a la comercialización, con una presencia de toxina de 49.2 $\mu\text{g/g}$), considera que basta con que pueda inferirse que el sujeto (por su profesión de marinero) conocía la prohibición y que estaban afectadas por la toxina, aunque no se trate de un conocimiento exacto y puntual.⁵⁷

(Caso 2): En el mismo sentido se pronuncia la SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero (caso en que un sujeto se dirige con su furgoneta a la cetárea y cuando se disponía a acceder al interior de ésta emprende la huida al ver a la policía, hallándose en el interior del vehículo tres capachos con 244 vieiras que el sujeto iba a vender en la cetárea sin haber pasado los controles de evisceración reglamentariamente establecidos), en la cual se parte asimismo de la concurrencia de dolo porque “el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo”, pero utilizando además este mismo argumento para calificar el hecho de consumado.⁵⁸

(Caso 3): La SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre (tres mariscadores se dirigen en planeadora a la zona de las bateas, sumergiéndose durante más de una hora, y después dejan en una batea dos salabardos con 179 vieiras que son interceptadas por el Servicio de Protección de Recursos) confirma la sentencia del Juzgado por imprudencia grave, pero sólo en virtud del veto que supone el principio acusatorio. “Es claro que los acusados conocían la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada puede ocasionar a la salud, pese a lo cual procedieron a su cap-

tura con fin de su venta para el consumo estando además en veda la zona donde procedieron a su extracción [...] la conducta de los acusados resulta indiciariamente dolosa para el Ministerio Fiscal, aunque en su escrito de impugnación del recurso protesta por la aplicación del tipo imprudente que efectuó la juzgadora, al no haber por su parte apelado la sentencia, limitándose a solicitar su confirmación, el principio acusatorio veta la revisión de la calificación aunque se mantengan los mismos hechos, al ser más gravosa”.

Pues bien, si como entiende esta jurisprudencia todos los supuestos del art. 363 constituyen delitos de peligro abstracto, sería correcta la apreciación de dolo en todos los casos anteriores, pues (y porque) basta con que el autor sea consciente de los elementos que fundamentan la peligrosidad de su conducta, de la nocividad de las vieiras en el momento de realizar la acción (factor éste que, por otra parte, de concurrir realmente –lo cual se ha verificado científicamente en todos los casos– el autor no puede evitar).⁵⁹ Y esto puede afirmarse en todos ellos porque es objetivamente razonable que el sujeto conozca, cuando menos, la eventualidad de la concurrencia del factor del riesgo (y realmente en estos casos suele haber un conocimiento pleno de la prohibición de la venta en esas condiciones).

Pero la jurisprudencia excluye el dolo, por exigir el conocimiento del grado de toxicidad, en estos otros casos, en los que aprecia imprudencia:

(Caso 4): La SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio (dos vendedoras de pescado en el mercado transportaban en un vehículo 284 vieiras, que habían adquirido de un tercero, destinadas en parte al consumo y en parte a la ven-

⁵⁷ SAP Pontevedra 18/2006, de 16 febrero: “b) que las mencionadas vieiras, que son especies vedadas y con cierre cautelar, no habían pasado el control de evisceración por los centros correspondientes y obviamente carecían de documentación, c) que el acusado, marinero de profesión, conocía que estaba prohibida la venta sin el control referido y puede inferirse que conocía que estaban afectadas por la toxina ASP habida cuenta de las circunstancias antes referidas, pues no es preciso que tenga un conocimiento exacto y puntual propio de la analítica”.

⁵⁸ SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio: “Acreditado que las vieiras incautadas superaban a cuerpo entero la toxicidad permitida, ya que los análisis constataron la presencia de toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 492 microgramos de ácido domoico por gramo y que como se dice en la Sentencia apelada, esa cantidad excede de la permitida para el consumo humano, de 20 microgramos por gramo y que el acusado conocía la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada podía ocasionar a la salud, pese a lo cual procedió a su captura con fin de su venta para el consumo, debe entenderse consumado el delito por el que resulta condenado el ahora recurrente, ya que este delito se perfecciona y consume con la simple posesión del producto en tales condiciones con propósito y ánimo de venta a terceras personas (STS 18-12-1981, 22/5/92), no existiendo infracción del principio acusatorio, toda vez que la sentencia no se aparta de los hechos que se reconocen en el escrito de acusación del Ministerio Fiscal”.

⁵⁹ En el hipotético caso de que las vieiras no alcanzaran la toxicidad requerida, el hecho sería atípico: no sólo si concurriese imprudencia (inconsciente, pues la conciente constituiría dolo), sino también si concurriese dolo, lo cual daría lugar a una tentativa imposible que, por referirse a un delito de peligro, debe quedar impune.

Comercialización de vieiras contaminadas

ta a algún restaurante), considera que el dolo (incluso el eventual)⁶⁰ requiere el conocimiento del grado de toxicidad [...] la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores; “[...] no existe dolo si no se ha probado que la acusadas eran conscientes del estado de las vieiras e incluso puede aceptarse que creían que eran aptas para el consumo [...] por eso se penará el delito en forma imprudente[...]”⁶¹

(Caso 5): La SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero (los procesados H. y J. descargan de una planeadora 167 kilos de vieiras, introduciéndolas, junto con C., en una furgoneta con la finalidad de distribuir las a terceras personas para consumo), si bien no resuelve el problema de fondo sobre la concurrencia de dolo eventual —planteada por el Ministerio Fiscal— por considerar que en ese recurso se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia, afirma expresamente, por el contrario, al hilo de la calificación por imprudencia grave en dicha sentencia de instancia (con el argumento de que, “dado que no se habían analizado las piezas no se puede considerar probado que el acusado fuera

consciente del estado de aquéllas, pudiendo aceptarse que creyera que eran aptas para el consumo”), que “el dolo se configura como el conocimiento por parte del sujeto activo de la idoneidad de la conducta para afectar a la salud o como conocimiento de la nocividad del producto”⁶².

Sobre la base de los argumentos que anteriormente hemos expuesto, consideramos que en estos casos, si los hechos tipificados en el art. 363 fueran realmente de peligro abstracto, también habría que afirmar en todos ellos la concurrencia de dolo, cuando menos eventual. La exclusión del mismo por parte de la jurisprudencia se debe a que los tratan como si fueran (y en realidad lo son) delitos de peligro concreto. En ninguno de los casos anteriores es objetivamente descartable la aceptación de la eventualidad de la aptitud lesiva del objeto, a pesar de la cual el sujeto se decide a actuar en todos ellos; la exigencia del conocimiento exacto del grado de toxicidad eliminaría, quizás, el dolo directo de primer grado, pero no el eventual.

⁶⁰ Esta SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio, descarta el dolo eventual —el cual no se plantea— aun reconociendo que lo que falta es la “plena” conciencia del peligro para los consumidores, lo cual puede entenderse en el sentido de que admite que podían sospechar esa posibilidad, e incluso aceptarla, pero califica el hecho de imprudente (frente a la absolución de Primera Instancia).

⁶¹ SAP Pontevedra 46/2004, de 30 junio: “El único elemento dudoso es el dolo, porque al no haberse efectuado los preceptivos análisis no se podía conocer su grado de toxicidad. No se puede considerar probado que las acusadas fueran conscientes de su estado, e incluso puede aceptarse su creencia de que fueran aptas para el consumo. Tampoco esta duda excluye la obligatoriedad de los controles con sus correspondientes repercusiones administrativas, pero sí permite la aplicación del art. 367 CP que prevé la realización de esos delitos por imprudencia grave. No es éste un delito estrictamente doloso, por lo que al concurrir todos sus elementos objetivos y no apreciarse en cambio la plena conciencia del peligro para la salud de los consumidores, se penará el delito en su forma de imprudencia, con las correspondientes penas inferiores en grado”.

⁶² SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero: “Indiscutidos los hechos declarados probados de la sentencia impugnada debe partirse necesariamente de los mismos a fin de resolver el recurso planteado que se centra en la indebida aplicación al supuesto de autos del art. 367 del CP en relación con el art. 363.3 CP. En el caso de autos la sentencia recurrida describe como hechos probados que los acusados procedieron a introducir los salabardos (con 167 kg de vieiras) “en una furgoneta con la finalidad de distribuir las a terceras personas para consumo” y que “sometida una muestra de las vieiras intervenidas a análisis se constató la presencia de la toxina neurotóxica ASP en la cantidad de 213 microgramos de ácido domoico por gramo, cantidad dañina para la salud al exceder notoriamente de la permitida para el consumo humano”, concluyendo en el párrafo último de su fundamento jurídico primero que “aun considerando que el acusado conocía la imposibilidad de extraer la vieira, como se concluye de la declaración del primero de los peritos que refiere la existencia de un sistema de control por el que se puede conocer en cada zona cómo está la vieira”, dado “que no se habían analizado las piezas no se puede considerar probado que el acusado fuera consciente del estado de aquéllas, pudiendo aceptarse que creyera que eran aptas para el consumo”, por lo que opta por la aplicación al supuesto del art. 367 del CP relativo a la comisión por imprudencia grave en relación al art. 363.3 del CP que castiga al productor, distribuidor o comerciante que ponga en peligro la salud de los consumidores traficando con géneros corrompidos, y en el que [observa la Audiencia Provincial de Pontevedra] el dolo se configura como el conocimiento por parte del sujeto activo de la idoneidad de la conducta para afectar a la salud o como conocimiento de la nocividad del producto; “por tanto, en este sentido, la aplicación al supuesto de autos del art. 367 CP resulta adecuada pues tras la valoración de la prueba practicada que no ha sido cuestionada, la Juzgadora concluye la falta de acreditación del conocimiento de esa nocividad. [Y concluye la Audiencia Provincial, rechazando la apreciación de dolo eventual:] Expuesto lo anterior, y limitado el análisis del elemento subjetivo a los extremos del recurso planteado por el Ministerio Fiscal que parte de que la evisceración manual de las piezas antes de su comercialización, al no garantizar un límite de toxicidad por debajo del legal, supone un riesgo aceptado por los acusados que cometerían el delito por dolo eventual, el recurso debe ser desestimado pues en el mismo se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia pues no señala que la condena de los acusados por imprudencia grave se fundamenta en la posible evisceración manual que llevarían a cabo posteriormente antes de la comercialización de las piezas, hipótesis en la que cabría valorar la adecuada aplicación del tipo imprudente o doloso por dolo eventual como apunta el Ministerio Fiscal; pero aun entendiendo que la venta en las condiciones señaladas en la sentencia de instancia se realiza con infracción de las normas sanitarias relativas a la evisceración controlada, esta cuestión no ha sido valorada ni tampoco el posible conocimiento de la misma por parte de los acusados ni sus consecuencias en el ámbito de la imputación subjetiva, sin que proceda realizar interpretaciones extensivas en su perjuicio, siendo así que supondría una nueva valoración de la prueba practicada y la modificación de hechos probados que no han sido cuestionados y que no es posible realizar en esta segunda instancia”.

En ello coincidimos, con lo que manifiesta el Ministerio Fiscal en el recurso recogido en la citada SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero.⁶³

la conducta de los acusados es dolosa, por dolo eventual, y no gravemente imprudente como sostiene la juzgadora *a quo*, ya que en relación con el elemento subjetivo del tipo, el mero hecho de que los acusados no conocieran el grado de toxicidad de las vieiras –pues lógicamente no las habían analizado– no implica que su conducta sea gravemente imprudente como considera la sentencia apelada, sino que entra en juego la figura del dolo eventual y ello porque en Galicia es notoriamente conocido que el tráfico de este molusco se encuentra sometido a control reglado por la Administración desde hace ya 15 años, de manera que al ser público y notorio que las vieiras deben ser necesariamente tratadas para su evisceración por las entidades reglamentariamente autorizadas a este fin, no puede compartirse que la evisceración artesanal constituya meramente la infracción grave de una norma objetiva de cuidado, sino que el sujeto actúa con temerario desprecio al grado de toxicidad que ésta pueda presentar tras la evisceración, lo que no le aparta de su propósito de ponerlas en el mercado.

Discrepamos, no obstante, de que dichos argumentos sean suficientes para fundamentar el dolo eventual si consideramos este delito como delito de peligro concreto, lo cual trataremos posteriormente.

La apreciación de imprudencia (consciente) en estos casos por parte de la jurisprudencia se debe a que –aun considerando estos delitos de peligro abs-

tracto– refieren la posibilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico al peligro concreto, con la consecuencia de que dicha representación no integra –como debería ser– el dolo. Si el sujeto tiene conciencia o se representa la probabilidad de aptitud lesiva del objeto, su decisión de actuar no podrá evitar el resultado de peligro abstracto porque no cabe confiar con un mínimo fundamento en dicha evitación. Sólo tendría cabida aquí la imprudencia inconsciente en virtud de error: el sujeto no se representa la probabilidad de producción de la parte objetiva del hecho típico, siendo ésta (en tales supuestos) dicha idoneidad o aptitud lesiva del objeto, que daría lugar a imprudencia si el error fuera vencible, resultando impune en caso de error invencible. Pero, ciertamente, esto es difícilmente imaginable en estos casos de comercialización de vieiras sobre la base de su dinámica comisiva.

VI. El dolo y la imprudencia en los delitos de peligro concreto

1. *El dolo*

Se denominan delitos de peligro concreto aquellos que requieren que en el caso concreto se produzca un resultado de peligro real, constatable y verificable, para un objeto protegido por el tipo respectivo.⁶⁴ Para ello es preciso que la acción generadora del riesgo, por el acercamiento del curso de la puesta en peligro al objeto de la acción, haya creado el peligro inmediato o próximo⁶⁵ de lesión del bien jurídico, lo cual

⁶³ SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero: “Frente a la sentencia dictada por la Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Penal nº 2 de Pontevedra en la que condena a Catalina, Héctor y José Ignacio como autores de un delito contra la salud pública por imprudencia grave de los art. 363.3 y 367 del CP, absolviéndolos de los delitos de los art. 363.2 y 363.5 del CP, el Ministerio Fiscal interpone Recurso de Apelación por aplicación indebida del art. 367 del CP interesando la revocación de la misma y en su lugar se dicte otra condenando a los penados como autores de un delito del art. 363.2 y 363.3 del CP por dolo eventual a la pena para cada uno de ellos de un año de prisión con accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y multa de seis meses a razón de seis euros diarios y ello en base a que entiende que la conducta de los acusados es dolosa, por dolo eventual, y no gravemente imprudente como sostiene la juzgadora *a quo*, ya que en relación al elemento subjetivo del tipo, el mero hecho de que los acusados no conocieran el grado de toxicidad de las vieiras, pues lógicamente no las habían analizado, no implica que su conducta sea gravemente imprudente como considera la sentencia apelada sino que entra en juego la figura del dolo eventual y ello porque en Galicia es notoriamente conocido que el tráfico de este molusco se encuentra sometido a control reglado por la Administración desde hace ya 15 años de manera que al ser público y notorio que las vieiras deben ser necesariamente tratadas para su evisceración por las entidades reglamentariamente autorizadas a este fin, no puede compartirse que la evisceración artesanal constituya meramente la infracción grave de una norma objetiva de cuidado sino que el sujeto actúa con temerario desprecio al grado de toxicidad que ésta pueda presentar tras la evisceración, lo que no le aparta de su propósito de ponerlas en el mercado. Concluye el escrito de recurso afirmando que existe dolo eventual porque en estos casos los sujetos nunca hacen ellos mismos los análisis del grado de toxicidad por carecer de medios técnicos para ello y asumen el riesgo de que queden restos de toxina en la vieira. Por las defensas de los acusados se impugna el recurso interesando la confirmación de la resolución recurrida”.

⁶⁴ Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, 1997, p. 404.

⁶⁵ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 314, considerando como tal, por ejemplo, la oferta de alimentos contraviniendo los requisitos legales sobre caducidad o composición, del art. 363.1 CP.

Comercialización de vieiras contaminadas

implica, en el ámbito al que nos referimos, la puesta a disposición del producto peligroso al consumidor.⁶⁶

La discutida cuestión acerca de cómo debe verificarse la concurrencia o ausencia de ese resultado de peligro concreto ha de basarse, en nuestra opinión, en la denominada teoría normativa del resultado de peligro, defendida por un relevante sector de la doctrina.⁶⁷ La idea rectora normativa para afirmar la existencia de un peligro concreto consiste en no poder confiar en forma objetivamente sensata o razonable en su evitación. De todas las hipotéticas circunstancias que podrían excluir el peligro concreto sólo serían admisibles las que respondieran a su previsibilidad objetiva. Por otra parte, dichas circunstancias o causas salvadoras pueden provenir no sólo de la víctima potencial (a la que suele referirse la doctrina, en el ámbito de la seguridad viaria), sino también del propio autor de la acción peligrosa. En los supuestos relacionados con el tema que nos ocupa, de comercialización de vieiras contaminadas, podrían darse ambos casos: puede evitar el peligro quien vende o sirve las vieiras, o el propio consumidor.

Lo señalado acerca del dolo y sus posibles clases en relación con los delitos de peligro abstracto es en cierta medida aplicable también aquí. No obstante, existe entre aquéllos y los delitos de peligro concreto una diferencia fundamental que afecta esencialmente al contenido del dolo y a la posibilidad de concurrencia de imprudencia consciente (e incluso de caso fortuito): a saber, que el peligro concreto (además de ser un elemento del tipo correspondiente que “ponga en peligro la salud de los consumidores”) es un “resultado” distinto de la acción peligrosa.

Por consiguiente, la comisión dolosa requiere, por una parte, que el sujeto conozca la concreta peligrosidad de su acción y la posibilidad de lesión del bien jurídico (elemento cognoscitivo) y, además, que quiera esa puesta en peligro concreto (elemento volitivo). Caben aquí tanto el dolo directo como el dolo eventual, pero siendo válida también aquí la observación,

antes señalada, de que el dolo de peligro no puede identificarse sin más con el dolo eventual de lesión.⁶⁸

2. La imprudencia

Frente a la opinión de que en todos los delitos de peligro es imposible su comisión por imprudencia consciente,⁶⁹ consideramos –de acuerdo con Luzón Peña⁷⁰ que ésta puede concurrir en los delitos de peligro concreto, porque en ellos no siempre se produce la identidad de dolo de peligro e imprudencia consciente de lesión, así como la vinculación forzosa de la conciencia del peligro con su aceptación y consiguiente imposibilidad de imprudencia consciente.

En los delitos de peligro concreto hay que partir de una identidad estructural con los delitos de lesión, pues tanto en aquéllos como en estos el resultado (de peligro o de lesión) es un elemento integrante del tipo. Y de ello se deriva precisamente su diferencia con los delitos de peligro abstracto (y su semejanza con los delitos de lesión) en lo que se refiere al contenido del dolo y a que la imprudencia consciente es diferenciable de aquel. El dolo requiere la conciencia de la posibilidad de que se produzca un peligro concreto, pero dicha conciencia no implica necesariamente (como en los delitos de peligro abstracto) la aceptación del resultado de peligro concreto, pues el sujeto (a diferencia de lo que sucede en los delitos de peligro abstracto, en los que no puede hacer nada en lo que pueda confiar para evitar dicho peligro, ya que la hipotética no producción del mismo dependerá sólo de factores ajenos a su control, por ejemplo, de la inidoneidad *ex ante* del objeto), en el caso concreto, puede confiar con un mínimo fundamento –objetivamente razonable, de acuerdo con la ya mencionada “teoría normativa” del resultado de peligro– en poder evitar ese resultado de peligro concreto de lesión: por ejemplo, mediante una actuación por su parte capaz de conjurar el peligro, en la cual tendría cabida incluso, si de los datos científicos así se deduce, la evi-

⁶⁶ Esto es decisivo para la determinación de los grados imperfectos de ejecución, con las importantes consecuencias que de ello se derivan cuando concurre dolo y, mucho más, cuando concurrendo sólo imprudencia procede sobre aquella base la impunidad de la conducta.

⁶⁷ Cfr., en este sentido, Roxin, C., *Derecho penal. Parte general*, 1997, pp. 407 y s., y las opiniones allí recogidas de Schünemann, Wolter, Kindhäuser y Ostendorf.

⁶⁸ De otra opinión, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Parte general*, 2002, p. 537, quien, partiendo de un concepto naturalístico (no normativo) de peligro, entiende que “si en los delitos de peligro concreto se requiere la representación de una ley causal adecuada puesta en marcha por la acción del autor, lo que el autor del delito de peligro (concreto) se está representando (y haciendo) es lo mismo que se representa y hace el autor del delito de lesión”.

⁶⁹ Rodríguez Montañés, T., en Luzón Peña (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, 2002, p. 497.

⁷⁰ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 432.

ración manual o la depuración mínimamente adecuada de las vieiras tóxicas a cuerpo entero. Siguiendo el razonamiento de Luzón Peña,

cabe sostener que, como el peligro concreto es un resultado distinto de la propia acción peligrosa, el dolo requiere una aceptación de ese resultado, distinta de [adicional a] la simple conciencia de la posibilidad de producir ese peligro concreto; y por tanto, que, aunque sean infrecuentes, podría haber casos de conciencia sin aceptación del peligro concreto, casos en que el sujeto tenga conciencia de su actuación peligrosa –p.ej. una conducción temeraria– y de que con ella podría llegar a poner en peligro concreto bienes jurídicos ajenos –p.ej. de estar a punto de chocar con otro vehículo o atropellar a algún peatón–, y sin embargo confíe con un mínimo fundamento en poder evitar ese resultado de peligro concreto –en el ej. cit., que confíe en no cruzarse con otros vehículos o peatones, por ser corto el trayecto a hora y en lugar de poco tráfico, o confíe en poder separarse a tiempo de algún eventual vehículo o peatón dejando distancia suficiente para que no llegue a producirse siquiera un peligro concreto de lesión.⁷¹

Pues bien, si se parte de la base –como nosotros entendemos– de que todas las modalidades del art. 363 son delitos de peligro concreto, el planteamiento que se acaba de exponer es el que habrá que aplicar para determinar, en los supuestos de comercialización de vieiras contaminadas, si respecto de dicho peligro concreto existe dolo, únicamente imprudencia (en la cual tendrá cabida ya no sólo la inconsciente, sino también la consciente), o incluso caso fortuito.

3. Análisis de los casos de la jurisprudencia

Si se observan los supuestos que han llegado a la jurisprudencia relativos a la comercialización de vieiras contaminadas con biotoxina ASP, resultaría imposible prácticamente en la totalidad de los mismos referir el desvalor subjetivo del hecho al resultado de peligro concreto de la salud de los consumidores. Y ello por-

que (salvo en un caso en que podría resultar dudoso) en el momento en que se descubren los hechos no es posible afirmar que el bien jurídico haya entrado en el ámbito de eficacia de la acción típica peligrosa, pues aunque se da por probado en todos los casos que el destino de las vieiras era la venta para consumo humano, los agentes son interceptados con el producto tóxico, bien en el mar (en las propias bateas donde depositan los sacos con la vieira⁷² o a bordo de una embarcación donde la transportan),⁷³ en el puerto (durante la descarga)⁷⁴ o sus intermediaciones (portando los sacos),⁷⁵ o transportando el género en un vehículo.⁷⁶

Como se ve, en ninguno de estos casos cabe constatar la producción de un resultado de peligro concreto al que referir el desvalor subjetivo, pues el producto nocivo todavía no ha sido puesto a disposición del consumidor. El único supuesto de la jurisprudencia en que tal cosa podría ocurrir es el caso en que se descubren almacenadas en una cetárea 504 vieiras repartidas en cajas destinadas a la venta sin haber pasado los controles de evisceración.⁷⁷ Aquí podría (en su caso) afirmarse un peligro concreto si tales vieiras estaban en la cetárea a disposición de cualquiera que acudiera a comprarlas. Pero, precisamente, en esta resolución se castiga por delito consumado a los responsables de la cetárea, y en cambio se sanciona por delito intentado a otro sujeto que, en el momento de los hechos, se aproximaba a dicho establecimiento con un vehículo en el que portaba 244 unidades de molusco que (según recogen los hechos probados) “iba a vender a la cetárea”.

Esta solución, que es congruente con la comprensión del tipo como delito de peligro concreto, debería llevar a considerar todos los restantes supuestos anteriormente indicados, a lo sumo, como casos de tentativa (siempre que ello pudiera contemplarse, según el plan del autor, como principio de ejecución de una inmediata posterior venta o puesta a disposición de terceros, que aquél se proponga realizar a título personal).

No obstante, dejando ahora de lado las cuestiones relativas al *iter criminis* (que no podemos tratar aquí), la realización dolosa del tipo (consumado o intentado) en los casos de comercialización de vieiras con-

⁷¹ Luzón Peña, D.M., *Curso de Derecho penal. Parte general I*, 1996, p. 432.

⁷² Caso de la SAP Pontevedra 102/2006, de 13 septiembre.

⁷³ Caso de la SAP Pontevedra 79/2007, de 19 junio.

⁷⁴ Caso de la SAP Pontevedra 30/2008, de 8 febrero.

⁷⁵ Caso de la SAP Pontevedra 93/2005, de 17 junio.

⁷⁶ Caso de las SSAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio, (62/2004) de 21 de julio, (115/2005) de 9 de septiembre y 24/2008 de 7 de febrero.

⁷⁷ SAP Pontevedra 18/2006, de 16 de febrero (*vid. supra*, V. 3.).

Comercialización de vieiras contaminadas

taminadas exige que el *autor* abarque dolosamente la creación de un peligro concreto para la salud de los consumidores. Pensemos, por tanto, en los casos en que una persona pone directamente a disposición de los consumidores el producto nocivo; entendiendo que, por el contrario, quien colabora (extrayendo del mar, descargando, transportando, entregando, etc.) para que otro lo haga ha de responder como partícipe.

Así las cosas, y en cuanto al elemento cognoscitivo del dolo, el autor debe conocer o representarse primeramente las circunstancias que fundamentan la peligrosidad de la conducta. En los casos examinados (como ya se apuntó al hilo del análisis de los delitos de peligro abstracto) resultará relativamente sencillo afirmar este conocimiento, pues para ello bastaría con advertir que los procedimientos administrativos de control burlados han sido específicamente establecidos por razones de salud pública, extremo que ordinariamente conocen bien los mariscadores (y en general cualquier paisano) de las zonas de producción del molusco. Quien pone a la venta la vieira fresca (ilegalmente extraída) tal y como sale de su medio natural sabe que el producto en esas condiciones no es apto para su consumo. Aun cuando no esté al tanto de los niveles exactos de concentración de toxina, alcanza a comprender su nocividad.⁷⁸

Pero además de lo anterior (que bastaría para afirmar el dolo de peligro abstracto), es necesario que el autor conozca las circunstancias que dan lugar al estado de peligro concreto, advirtiendo la inseguridad sobre la capacidad de evitación de la lesión (probabilidad de lesión).⁷⁹ Y ésta es una exigencia adicional que habrá de probarse en cada caso.

Aplicado a nuestros ejemplos, hay dos resoluciones de la Audiencia Provincial de Pontevedra donde

se plantea la posibilidad de poder (o no) confiar en la eliminación del peligro para la salud, mediante la evisceración del producto antes de su consumo, aunque sólo en una de ellas entra el Tribunal a conocer de esta cuestión.⁸⁰ En ella (sentencia 102/2006, de 13 de septiembre), sostiene el Tribunal al respecto que:

Insisten los recurrentes en que tras eviscerar manualmente dichos individuos (retirada de hígado y páncreas) los niveles de toxicidad podrían, con muchas probabilidades, quedar dentro de los límites de lo permitido para el consumo humano –20 µg de ácido domoico por gramo de materia– y ello porque tal posibilidad es sólo eso; es decir, ni ha quedado acreditado que tras la retirada de dicha materia se redujera hasta tales límites la toxina, en cuanto que la verificación de esos valores requiere necesariamente un análisis posterior de la parte comestible (músculo y gónada) sin aquellas zonas no aptas para el consumo, ni que fueran a comercializar las vieiras ya limpias y sin ellas, sino que se deduce todo lo contrario; es decir, su comercialización a cuerpo entero, fuera de los cauces reglamentariamente establecidos con el fin de determinar su aptitud para el consumo y sin que se pueda presuponer que el usuario final conozca el proceso manual de evisceración a realizar antes de su consumo, contraviniendo pues la reglamentación en la materia como el propio Código Alimentario.

Los argumentos aportados no pueden compartirse por varias razones. De entrada, aun cuando es innegable que no se ha comprobado *ex post* la inocuidad del producto eviscerado (y, por cierto, tampoco entonces se ha comprobado *ex post* el peligro concreto como resultado de la acción), el juicio subjetivo sobre el peligro típico debe realizarse desde una perspectiva

⁷⁸ Podrían plantearse supuestos de exclusión del dolo por desconocimiento ya de este extremo, pero serían casos verdaderamente extraños. Así, por ejemplo, un extranjero que llega a Galicia con intención de ganarse la vida y que, ignorando por completo la situación, decide extraer libremente el marisco y venderlo luego en un puesto.

⁷⁹ Rodríguez Montañés, T., *Delitos de peligro*, 1994, pp. 161 y ss.

⁸⁰ No lo hace, en cambio, en la SAP Pontevedra 30/2008, de 8 de febrero (conociendo en apelación contra sentencia condenatoria por imprudencia grave en primera instancia), donde el Ministerio Fiscal alega en el recurso que “la evisceración manual de las piezas antes de su comercialización, al no garantizar un límite de toxicidad por debajo del legal, supone un riesgo aceptado por los acusados que cometerían el delito por dolo eventual”. El Tribunal, sin embargo, desestima el recurso con una extraña argumentación, a saber: “en el mismo (*scil.* recurso) se plantea un supuesto de hecho que no resulta de la sentencia de instancia pues no señala que la condena de los acusados por imprudencia grave se fundamente en la posible evisceración manual que llevarían a cabo posteriormente antes de la comercialización de las piezas, hipótesis en la que cabría valorar la adecuada aplicación del tipo imprudente o doloso por dolo eventual como apunta el Ministerio Fiscal; pero aun entendiendo que la venta en las condiciones señaladas en la sentencia de instancia se realiza con infracción de las normas sanitarias relativas a la evisceración controlada, esta cuestión no ha sido valorada ni tampoco el posible conocimiento de la misma por parte de los acusados ni sus consecuencias en el ámbito de la imputación subjetiva, sin que proceda realizar interpretaciones extensivas en su perjuicio, siendo así que supondría una nueva valoración de la prueba practicada y la modificación de hechos probados que no han sido cuestionados y que no es posible realizar en esta segunda instancia”.

ex ante. Y por tanto si desde la perspectiva *ex ante* el autor, pese a conocer la peligrosidad general de la conducta, confía con un fundamento mínimamente racional en que no se producirá el resultado de peligro (porque confía en evitarlo él mismo o porque es evitable con una actuación esperada del propio consumidor), no está actuando dolosamente.

Tampoco puede aprobarse la concepción subyacente en la argumentación, de que el mero conocimiento (aun eventual) de la peligrosidad de la acción suponga ya una aceptación del resultado de peligro concreto.

En consecuencia, quien vende las vieiras a determinados consumidores a los que conoce, y de los que, a su vez, sabe que están al tanto de la nocividad de la vieira a cuerpo entero y de las posibilidades de saneamiento con una adecuada evisceración manual, no abarca dolosamente el resultado de peligro concreto. No resulta por ello admisible con carácter general el argumento de la Audiencia de Pontevedra de que “no se pueda presuponer que el usuario final conozca el proceso manual de evisceración a realizar antes de su consumo”, pues en cada caso habrá que analizar si era racionalmente posible contar con esa posibilidad y confiar en ella.

Tampoco actuaría dolosamente quien sirve en su restaurante las vieiras una vez evisceradas y confiando fundadamente en que de esa forma resultan salubres.

Por el contrario, quien vende las vieiras a cualquiera, con la esperanza de que éste ya se informará por su cuenta, o de que ya retirará las partes tóxicas por mera cuestión estética, organoléptica o de presentación del alimento, no tiene posibilidad alguna de confiar fundadamente en la no producción del peligro, y por tanto estaría actuando con dolo –al menos– eventual (aun cuando aquellas circunstancias hubiesen felizmente evitado la lesión, pues de no ser así el sujeto respondería por el delito consumado de lesión).

El error sobre la eficacia del factor de control del peligro (error sobre la capacidad de evitación del resultado) dará lugar a supuestos de imprudencia consciente. La confianza en la posibilidad razonable de evitar el resultado puede resultar equivocada. Por ejemplo, porque en el caso concreto la evisceración no puede ser totalmente efectiva. Ello puede ocurrir si, en lugar de consumirse las vieiras frescas, se congelan enteras y se evisceran tras la descongelación (supuestos en los que la evisceración no resulta tan eficaz).

Los casos de imprudencia inconsciente serían más extraños. Serían casos de imprudencia inconsciente

aquellos en los que el autor ni siquiera conoce la potencialidad lesiva del producto (igual que en los delitos de peligro abstracto) y otros en los que, pese a conocer este extremo, ignora que las vieiras que proporciona serán destinadas al consumo humano (por ejemplo, porque suministra las vieiras a una empresa que se dedica a análisis químicos, creyendo erróneamente que serán utilizadas en ensayos de investigación, cuando en realidad serán distribuidas entre los empleados para su consumo).

VII. Conclusión

La problemática de la interpretación y aplicación de los delitos de fraude alimentario nocivo deriva ya de su misma consideración como delitos contra la salud pública y de la consiguiente dificultad de definir el bien jurídico protegido (de carácter individual o supraindividual), pero fundamentalmente de su configuración en el CP como delitos de peligro (sin que la técnica legislativa empleada deje suficientemente claro si se trata de delitos de peligro abstracto o concreto).

Los desarrollos y debates doctrinales que al respecto han surgido –y que por la obligada concisión de este trabajo sólo hemos podido recoger someramente– dan buena cuenta de las dificultades de interpretación que, como hemos constatado en los ejemplos jurisprudenciales examinados, se trasladan inevitablemente a su aplicación práctica.

Los supuestos reales analizados, de comercialización de vieiras con biotoxinas marinas, nos han permitido llegar a la conclusión de que en muchos casos la fundamentación de la condena penal desde una perspectiva estrictamente formal (por incumplimiento de la normativa administrativa) no satisface las exigencias de lesividad de la conducta, especialmente si –como aquí entendemos– el delito del art. 363 CP debe considerarse como delito de peligro concreto.

A ello se une, en cuanto a la fundamentación del desvalor subjetivo del hecho (doloso o gravemente imprudente), una escasa ponderación de los indicios sobre los que asentar una u otra conclusión, de lo que derivan en ocasiones conclusiones apresuradas o escasamente razonadas.

Es para nosotros un honor y una gran satisfacción haber podido contribuir con esta aportación al libro homenaje al profesor Mir Puig con motivo de su doctorado *Honoris Causa* por la Universidad de Alcalá, a quien manifestamos nuestro mayor afecto y admiración.



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal