

**LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES  
DE PRODUCTOS ALIMENTARIOS NOCIVOS**

**Manuel Jaén Vallejo**

*Profesor Titular de Derecho Penal.*

*Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.*

**SUMARIO:**

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LAS CONDUCTAS TÍPICAS: SU ESTRUCTURACIÓN TÉCNICA SOBRE LA BASE DE LEYES PENALES EN BLANCO
- III. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL DE ALIMENTOS COMO UN DERECHO PENAL DE RIESGOS
- IV. EL DERECHO PENAL DE ALIMENTOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PRUEBA DEL RIESGO O PELIGRO QUE SE GENERA

**I. INTRODUCCIÓN**

La sociedad actual es una sociedad de riesgos. En la vida cotidiana se admiten, evidentemente dentro de ciertos límites, los riesgos que derivan del tráfico rodado, ferroviario y aéreo, de la utilización de gases, de la existencia de centrales nucleares, necesarias para facilitar energía eléctrica, pero que amenazan parte de la civilización, pudiendo originar desastres como el de Chernovitz, cuyas consecuencias aún hoy se desconocen. Y también la producción y comercialización de productos de carácter alimenticio en grandes cantidades puede suponer un grave riesgo para los consumidores. En relación con todas estas actividades, desarrolladas muchas veces en el ámbito de la empresa, hay varios delitos dispersos en el Código penal: los delitos contra el medio ambiente (arts. 325 y ss.) y de riesgo catastrófico (arts. 341 y ss.) y en relación a productos alimenticios (arts. 363 y ss.), materia que tiene fundamento constitucional, pues el art. 43 de la Constitución (CE) reconoce el derecho a la protección de la salud, el art. 45 el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona y el 51 la defensa de los consumidores<sup>1</sup>; los delitos contra la seguridad en el trabajo (art. 316), que tienen también fundamento constitucional, pues el art. 40.2 CE establece que los poderes públicos velarán por la seguridad e higiene en el trabajo; los delitos fiscales y de contrabando (arts. 305 y ss.), estos últimos relativos a la evasión de impuestos que gravan la importación y exportación de mercancías, objeto de una nueva regulación en la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de Represión del Contrabando; los delitos de fraudes de subvenciones (art. 308), que tienen mucha similitud con el de estafa. Estos delitos, que tienen por lo general una extraordinaria trascendencia patrimonial, no son muy difíciles desde el punto de vista dogmático, pero presentan el problema de cómo llevarlos a la práctica, porque muchas veces hay que probar relaciones de causalidad muy complicadas, porque la omisión y la posición de garante (art. 11), así como la distinción entre el dolo y la imprudencia y la frontera entre el Derecho penal y el administrativo sancionador, cuestiones que se plantean a menudo en estos delitos, son igualmente pro-

<sup>1</sup> La Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, ha supuesto la adaptación del Derecho español a la Directiva 85/374/CEE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos.

blemáticas, y, por supuesto, en estos delitos no son de excluir los problemas de error de prohibición (art. 14.3), siempre difíciles. También es importante tener presente que son delitos que suelen tener múltiples víctimas. Otros delitos vinculados con las actividades de las empresas son los delitos contra la propiedad industrial (arts. 273 y ss.), los delitos contra la Seguridad Social (art. 307), los delitos de estafa con resultados lesivos de múltiples patrimonios (arts. 248 y ss.), las insolvencias punibles (arts. 257 y ss.), los delitos societarios (arts. 290 y ss.), que castigan determinadas conductas contrarias a los intereses económicos de los socios, los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (art. 284), que lesionan claramente las normas que reglan el mercado, como, por ejemplo, la que reconoce el principio de libre competencia, reconocido en el art. 38 CE, etc.

En este breve trabajo voy a centrar la atención en los delitos que protegen a los consumidores frente a conductas relacionadas con productos alimenticios nocivos, incluidos en el Código penal actual bajo la rúbrica general de “Delitos contra la salud pública” en los arts. 363 y ss.<sup>2</sup>.

## II. LAS CONDUCTAS TÍPICAS: SU ESTRUCTURACIÓN TÉCNICA SOBRE LA BASE DE LEYES PENALES EN BLANCO

El art. 363 contiene una primera hipótesis consistente en ofrecer en el mercado productos alimentarios, infringiendo los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición. Como puede verse, el resultado no es material, sino de peligro, *peligro para la salud de los consumidores*, bien sea un peligro de lesiones, bien de muerte. El art. 363, como el antiguo art. 346, sólo se refiere a los productores, distribuidores y comerciantes, entendiéndose por productor “a quien recoge, fabrica o elabora alimentos”, por distribuidor “el que importa, transporta o almacena el producto acabado” y por comerciante “el minorista que vende los alimentos al público”<sup>3</sup>.

Como es sabido, en los Códigos penales, entre ellos el nuestro, además de los delitos de resultado se encuentran los llamados *delitos de peligro*, que son aquellos en los que la acción realizada por el autor simplemente requiere que haya puesto en peligro determinados bienes o intereses fundamentales para la vida en sociedad, no ya individuales, sino colectivos, aunque evidentemente con trascendencia individual, como es el caso de la seguridad en el trabajo, los derechos de los consumidores, el medio ambiente, la Hacienda Pública y, en fin, la salud pública. Esto no es sino consecuencia del carácter “social” del Estado. La propia Constitución reconoce, entre otros, como principios rectores de la política social y económica, el derecho a la protección de la salud (art. 43.1) y la defensa de los consumidores (art. 51). Además, la protección del consumidor constituye una de las finalidades más importantes de la Unión Europea.

<sup>2</sup> En el Código penal derogado en el art. 346.

<sup>3</sup> Rodríguez Ramos, Luis, “Fraudes alimentarios nocivos”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. V, p. 814.

Pues bien, esta técnica de los delitos de peligro es la que se utiliza en los delitos alimentarios, no siendo necesario esperar a que se pueda comprobar, a través de la ingestión y posterior lesión o muerte de las personas o de una intoxicación masiva, que los productos alimentarios resultaban perjudiciales para la salud individual; la simple puesta a la venta en el mercado puede constituir una conducta punible, luego se adelanta en estos delitos de peligro la protección penal del bien jurídico.

Una de las principales características de la hipótesis examinada (art. 363.1) es que se utiliza la técnica legislativa de los *tipos penales en blanco*, como en otros Estados miembros de la Unión Europea, especialmente Alemania, Italia y Portugal, pues hay en el texto legal una remisión a las “leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”, a las que habrá que acudir para conocer el presupuesto de hecho que da lugar a la aplicación de la pena (prisión de uno a cuatro años, multa e inhabilitación especial). Básicamente, habrá que tomar en consideración el *Código Alimentario*, de aplicación en todo el territorio nacional, aprobado por Decreto de 21-9-1967 y modificado por Real Decreto de 27-4-1983, así como las demás disposiciones que lo desarrollan, como, por ejemplo, la normativa sobre etiquetado (R.D. de 6-3-1992), en la que se establece la necesidad de que las etiquetas, adheridas a los envases de productos alimenticios, tengan la fecha de caducidad. En el Código Alimentario español se define lo que debe entenderse por alimento, condimento, etc., así como las condiciones mínimas que han de reunir y las condiciones básicas de los distintos procedimientos de preparación, conservación, envasado, distribución, transporte, etc.; sin embargo, normas sobre la composición no aparecen en el Código Alimentario.

La utilización de la técnica de la ley penal en blanco puede ofrecer *dudas de tipo constitucional*, pues en algunos casos supone dejar en manos de la Administración, las Comunidades Autónomas y los Municipios, que carecen de competencia en materia penal (art. 149.6<sup>a</sup> CE), la norma complementadora, luego la determinación de la prohibición o mandato de acción, con vulneración del art. 25.1 CE. Aunque en una primera etapa el Tribunal Constitucional no consideró totalmente necesaria la reserva de ley orgánica en materia penal (así, en Sentencia 25/84), con posterioridad el propio Tribunal Constitucional ha afirmado dicha reserva de ley orgánica (Sentencias 140 y 160 de 1986). Por consiguiente, la ley penal debe adoptar la forma de una ley orgánica; así se deduce del art. 81, n<sup>o</sup> 1 CE, según el cual deben revestir la forma de leyes orgánicas “las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. Como se sabe, las leyes orgánicas requieren para su aprobación, modificación o derogación, la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, en una votación final del conjunto del proyecto (art. 81.2 CE).

Ahora bien, la cuestión de si la norma complementadora de la norma penal en blanco debe tener también jerarquía de ley orgánica no fue tratada en aquellas Sentencias. De todos modos, en la medida en que las prohibiciones y mandatos limiten derechos fundamentales debe concluirse que no hay razón alguna para que no rijan respecto a la norma complementadora las mismas reglas. Evidentemente, si los

derechos no son fundamentales, pero forman parte del catálogo de derechos constitucionales (arts. 30 a 38 CE), su limitación en la norma complementadora estará sujeta a reserva de ley (art. 53.1 CE). Por consiguiente, las normas complementadoras de la ley penal en blanco estarán sometidas a *reserva de ley orgánica* (art. 81.1 CE) cuando mediante ellas se limiten derechos fundamentales (arts. 14-29 CE) y a *reserva de ley* (art. 53.1 CE) cuando se limiten derechos constitucionales (arts. 30-38 CE). Las normas dictadas por las Comunidades Autónomas y los Municipios, por lo tanto, sólo podrán complementar una ley penal en blanco, en principio, en la medida en que no limiten derechos ni libertades garantizados constitucionalmente. De todos modos, el Tribunal Constitucional, en la interpretación que ha realizado del art. 53 CE, ha reconocido que si bien la regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del Título I CE (arts. 14-38) requiere siempre una norma de rango legal, esta ley puede haber sido dictada por una Comunidad Autónoma cuando no afecte “a las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales” (STC 37/81, F.J. 2º), cuya regulación queda siempre reservada a la legislación del Estado (art. 149.1.1ª CE)<sup>4</sup>.

La norma complementadora de la norma penal en blanco contenida en el art. 363.1 del Código penal, esto es, las “leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”, puede ser tanto estatal y comunitaria, como de las Comunidades Autónomas y Municipios. Ahora bien, en la medida en que tales leyes de las Comunidades Autónomas y reglamentos de la Administración, de las Comunidades Autónomas y de los Municipios, afecten derechos constitucionalmente garantizados sin cumplir con las exigencias de la mencionada STC 37/81, serán contrarios a la Constitución y, por consiguiente, su protección mediante el art. 363 del Código penal vulneraría la reserva de ley y, en su caso, la reserva de ley orgánica. En resumen, la reserva de ley y, cuando corresponda, la reserva de ley orgánica, debe regir también en relación a las normas complementadoras de las leyes penales en blanco y no sólo para la consecuencia jurídica.

Además, en la doctrina se exige como requisito de legitimidad de la ley penal en blanco que la norma complementadora contenga una “*cláusula de remisión inversa*” (*Rückverweisungsklausel*), que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada con una sanción<sup>5</sup>. Sin embargo, ni el Tribunal Constitucional ni el Supremo se han pronunciado hasta el momento al respecto. Con razón se ha dicho que la necesidad de exigir la inclusión en la norma complementadora de una cláusula de remisión inversa “se debe deducir de la vinculación del principio de legalidad con el de seguridad jurídica” que ha establecido el Tribunal Constitucional para garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento “sin temor a inje-

4 V. Casabó Ruiz, José R., “La capacidad sancionadora de la Administración”, en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 273 y ss.; del mismo, “La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente”, en *Estudios Penales y criminológicos*, 1982, pp. 252 y ss.

5 Cfr. en este sentido, Bacigalupo, *Sanciones administrativas*, ed. Colex, Madrid, 1991, pp. 29 ss.; Tiedemann, Klaus, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, 1969, p. 267.

rencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado”<sup>6</sup>. En verdad, como advierte Bacigalupo, “tal programación no quedará libre de temores mientras se admitan remisiones genéricas a preceptos que se ignora dónde están y si los preceptos complementadores no son claramente determinados”<sup>7</sup>. Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional aún no ha exigido dicha cláusula de remisión, y, además, ha afirmado la constitucionalidad de las remisiones tácitas<sup>8</sup>, aunque posteriormente ha establecido para la validez de la técnica de la ley penal en blanco los siguientes requisitos: que exista un reenvío normativo expreso y justificado en razón del bien jurídico protegido; que la ley penal, además de señalar la pena, comprenda el núcleo esencial de la prohibición; y que se satisfaga la exigencia de certeza, debiéndose dar la suficiente concreción para que la conducta delictiva quede bien precisada<sup>9</sup>.

También la *legislación comunitaria* en esta materia es abundante e importante, pues no debe olvidarse que la protección del consumidor constituye una de las finalidades de la Unión Europea, así como los distintos pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, *Unión Europea* a partir del Tratado de Maastricht de 7 de febrero de 1992. No es que este Tribunal tenga competencia en materia de salud, sino que como el art. 30 del Tratado de la Comunidad Europea, que pretende la efectividad de la *libre circulación de mercancías*, la más efectiva y más realizada dentro de la Comunidad, prohíbe entre los Estados miembros las restricciones a la importación para facilitar aquella libre circulación de mercancías, salvo que estén justificadas por razones de orden político, moralidad y seguridad públicas, protección de la salud, etc. (art. 36 del T.C.E.), el Tribunal de Justicia, en muchas ocasiones, ha tenido oportunidad de dictar sentencias en torno a la compatibilidad de las medidas nacionales destinadas a proteger la salud de los consumidores, entre otros intereses, con el art. 30 T.C.E.; por ejemplo, en relación al problema de la producción, composición, empaquetamiento, etiquetado, caducidad, marcas, contaminación de alimentos, cuyas exigencias, si son desproporcionadas, pueden suponer una restricción a la importación. Por lo tanto, en la aplicación del art. 363 del Código penal no se puede dejar de considerar las disposiciones comunitarias y la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, aunque en relación a las directivas comunitarias no transpuestas<sup>10</sup> debe tenerse en cuenta que, según reiterada jurisprudencia de aquel Tribunal<sup>11</sup>, no pueden completar una ley penal en blanco.

Entre las otras hipótesis, sólo la contenida en el art. 363.4, que consiste en elaborar productos no autorizados y perjudiciales para la salud o comerciar con ellos y las del 364, como adulterar alimentos, sustancias o bebidas con aditivos u otros agentes no autorizados, así como administrar a los animales cuyas carnes o productos se des-

6 Bacigalupo, op. cit., p. 31, con referencia a la STC 133/87 (F.J. 7).

7 *Ibidem*.

8 Así, por ejemplo, en la Sentencia 122/87.

9 Cfr. Sentencias 127/1990 y 62/1994.

10 Las directivas pertenecen al llamado Derecho comunitario derivado, que obliga al Estado miembro destinatario “en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios” (art. 189 TCEE).

11 Cfr., por todas, Sentencia de 26-9-1996, recaída en el “caso Luciano Arcaro”, en *Boletín de actividades del TJCE*, núm. 2/1996, pp. 6 y 7.

tinen al consumo humano sustancias no permitidas riesgosas para la salud de las personas, requieren la contravención de una disposición legal o reglamentaria como ocurre en la hipótesis anterior del art. 363.1. Los otros supuestos no constituyen ya leyes penales en blanco<sup>12</sup>; basta que se fabriquen o vendan bebidas o comestibles que sean nocivos para la salud (art. 363.2), que se trafique con géneros corrompidos (art. 363.3), es decir, que no estén en condiciones de ser consumidos, o que se oculten o sustraigan efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados (art. 363.5). Como puede verse, algunas hipótesis se superponen a otras, resultando totalmente superfluas.

### III. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO PENAL DE ALIMENTOS COMO UN DERECHO PENAL DE RIESGOS

Como se dijo, los delitos de los arts. 363 y 364 constituyen delitos de peligro, no siendo necesario, pues, la lesión del bien jurídico, esto es, la salud pública, para la realización del tipo penal; *basta que se produzca un peligro para la producción de una lesión* de la salud pública y, por tanto, de la vida o salud individual (el autor “estuvo a punto de” producir la muerte o lesiones). Se adelanta, pues, la intervención del Derecho penal para una mejor garantía y protección del bien jurídico. Una vez conocida la naturaleza de estos delitos, cabe preguntarse: ¿qué clase de peligro debe ser? o ¿qué intensidad debe alcanzar ese peligro para que sirva de base a la punición?. Porque el legislador, siguiendo las pautas marcadas por la doctrina en esta materia, ha construido estos delitos refiriéndose a distintas intensidades de peligro: concreto y abstracto.

Basta que el peligro sea *abstracto*<sup>13</sup>, es decir, *no es necesario que se haya dado un peligro concreto de muerte o lesión, lo que significa que no es necesario que alguien haya comprado el producto nocivo; basta que se haya puesto a la venta, que se haya fabricado, adulterado, etc.*<sup>14</sup>. En realidad, se trata de distintas hipótesis de peligro de muerte o de lesiones, agravadas por la generalidad de personas que pueden resultar potencialmente afectadas; es decir, de riesgos de carácter masivo que justifican la gravedad de las penas previstas en el Código penal<sup>15</sup>.

Es frecuente que se incluyan todos estos delitos, contenidos ahora en los arts. 363 y 364 del Código penal<sup>16</sup>, bajo la rúbrica de *fraudes alimenta-*

12 Otra opinión, aunque en relación al texto del art. 346 del anterior Código penal: Arenas Rodrigañez, Paz, *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, 1992, pp. 136 y ss.

13 Otro punto de vista, favorable a la calificación como de peligro concreto de la hipótesis contenida en el art. 346, párr. 1º, hoy 363.1: Lorenzo Copello, Patricia, “La regulación penal de los fraudes alimentarios nocivos”, en *Revista Cuadernos Jurídicos*, nº 29/1995, p. 16.

14 A favor de la calificación de estos delitos como de peligro abstracto se pronuncia Bacigalupo cuando afirma en relación al derecho penal de alimentos que “se trata de tipos penales que incriminan comportamientos que la experiencia permite considerar como aptos para producir daños en la salud de las personas individuales”, en *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, ed. Akal, 2ª ed., Madrid, 1994, p. 407.

15 Bacigalupo, en *Estudios sobre la parte especial del derecho penal*, op. cit., llama la atención sobre la disparidad de consecuencias jurídicas en esta materia entre los Estados miembros de la Unión Europea, con clara incidencia sobre el derecho a la igualdad porque importa un tratamiento desigual de lo esencialmente igual (p. 408).

16 Arts. 346 y 347 del Código penal derogado.

rios<sup>17</sup>. Sin embargo, si lo que se protege, como se ha visto, es la salud de las personas, como base de la vida, creo que es mejor denominarlos delitos alimentarios. Ciertamente, los comportamientos típicos también producirán un peligro para el patrimonio de los consumidores en tanto pueden frustrar la finalidad económica individual del titular del patrimonio<sup>18</sup>, pero el aspecto más relevante es el que se refiere a la salud, no el patrimonial. Con aquella denominación, en cambio, de fraudes alimentarios, parece que es este último aspecto el más importante de estos delitos.

Por supuesto, hay otros delitos dispersos en el Código penal que también pueden estar relacionados con productos alimentarios y sus consumidores, en los que ya no resulta afectada la salud pública, siendo entonces aquella denominación más correcta por destacar el aspecto defraudatorio. Es el caso, por ejemplo, del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, previsto en el art. 284<sup>19</sup>; de los delitos relativos a la propiedad industrial (arts. 273-277)<sup>20</sup>, y, por supuesto, del delito de estafa del art. 248, que resulta agravado cuando “recaiga sobre cosas de primera necesidad” (art. 250.1º).

En el Código penal derogado se complementaba la regulación del delito alimentario y otros contra la salud pública, como el delito ecológico, con el art. 348, aunque de una manera innecesaria. Según este artículo, “siempre que por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultara muerte, incurrirá el culpable en la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los respectivos casos”. Pues bien, como por obvias razones derivadas del principio de proporcionalidad, que exige que la pena sea proporcionada a la culpabilidad del autor, no se podía admitir que la producción de un resultado no alcanzado por el dolo resultara sancionado con la misma pena prevista para su producción dolosa, el Tribunal Supremo entendió correctamente que dicho artículo sólo era aplicable cuando por lo menos el autor hubiera obrado con dolo eventual. Pero entonces, como es claro, el artículo era totalmente redundante, pues si había dolo respecto a la

17 Así, por ejemplo, Lorenzo Copello, Patricia, op. cit., Octavio de Toledo y Ubieta, Emilio, en “Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 57/1979, y RODRIGUEZ RAMOS, Luis, en “Fraudes alimentarios nocivos”, cit., aunque distinguen entre fraudes alimentarios **nocivos** y fraudes alimentarios **inocuos**. V., más recientemente, Doval País, Antonio, *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, 1996.

18 El concepto personal de patrimonio ha sido defendido y aplicado por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 23 de abril de 1992 en el “caso del aceite de colza” (F.J. 9).

19 A cuyo tenor, “se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años, o multa de seis a dieciocho meses, a los que, difundiendo noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o utilizando información privilegiada, intentaren alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponderles por otros delitos cometidos”; v, ampliamente sobre este delito, aunque en relación al art. 541.1 del anterior Código penal, que expresamente se refería a objetos de primera necesidad, como alimentos, González Rus, Juan José, *Los intereses económicos de los consumidores*, Madrid, 1986, pp. 235 y s.

20 V., ampliamente, Bacigalupo, “Problemas de la legislación y la jurisprudencia en los delitos contra la propiedad industrial: la protección penal de las marcas”, en *Justicia penal*, nº 0/1994 (noviembre), pp. 3 y ss., aunque en relación al art. 534 del anterior Código penal.



muerte podía aplicarse el art. 407, y si imprudencia, el mismo art. 407 en relación con el 565; lo mismo que si el resultado producido era de lesiones, en cuyo caso podía aplicarse el art. 420, en su caso en relación al art. 565<sup>21</sup>.

Con buen criterio, el legislador que ha elaborado el nuevo Código penal no incluye ya una disposición similar al anterior art. 348, luego si se llegan a producir aquellos resultados habrán de aplicarse los arts. 138 (homicidio doloso) y 142 (homicidio imprudente), o 147 (lesiones dolosas) y 152 (lesiones imprudentes), respectivamente, entrando en consideración las reglas del concurso de leyes y delitos (arts. 8 y 73)<sup>22</sup>, pues ningún impedimento hay para que puedan concurrir un delito de peligro, doloso o imprudente (arts. 363 y 376) y un delito de resultado, igualmente doloso o imprudente (arts. 138/142 y 147/152). “Nada impide que una acción sólo cree un peligro y que otra, independiente, produzca un resultado” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992, fundamento jurídico 6).

En los delitos alimentarios, como en los delitos contra el medio ambiente, hay una clara conexión entre el peligro (abstracto) y la legislación o reglamentación administrativa complementadora de la norma penal en blanco. En realidad, se podría afirmar que mientras que el tipo penal de los arts. 363 y 364 está integrado básicamente por la creación de un peligro jurídicamente desaprobado, el tipo penal del art. 138 (homicidio), lo mismo que el del art. 348 (supérfluo) o 407 del Código derogado está integrado no sólo por la creación del peligro jurídicamente desaprobado, sino también por la realización del peligro en el resultado concreto. El primer elemento, esto es, la desaprobación del riesgo, en ocasiones de difícil apreciación, tiene respuesta en los delitos que se examinan en el ordenamiento positivo, concretamente en el derecho administrativo. El derecho administrativo nos define cuándo hay un peligro jurídicamente desaprobado, si el alimento no es apto para el consumo, por estar, por ejemplo, contaminado<sup>23</sup>. Ahora bien, lo anterior no significa que sean las normas administrativas el objeto de protección penal. Lo que se protege, como se dijo, es la salud pública<sup>24</sup>.

21 En realidad, la regla contenida en el art. 348 del Código penal desplazaba por *especialidad* el art. 407 (*lex specialis derogat legem generalem*), pero es claro que con el tipo penal de este último artículo quedaban alcanzados perfectamente los supuestos subsumibles en el anterior.

22 En su caso con aplicación del llamado “efecto de cierre” o de “clausura” que rige en el ámbito del concurso para evitar beneficios improcedentes para el autor; cfr. al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de abril de 1988.

23 Según el Código Alimentario, los alimentos contaminados son aquellos que contienen “gérmenes patógenos, sustancias químicas o radiactivas, toxinas o parásitos, capaces de producir o transmitir enfermedades” (art. 1.02.11).

24 Punto de vista ampliamente defendido en la doctrina y en la jurisprudencia. En cuanto a su contenido, es frecuente el concepto amplio; así, Rodríguez Ramos, lo define “como un conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de todos los ciudadanos”, en *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, ed. Trivium, Madrid, 1987, p. 88; y Boix Reig, J., como “aquel nivel del bienestar físico y síquico que afecta a la colectividad, a la generalidad de los ciudadanos”, en *Derecho penal, PE, tirant lo blanch*, Valencia, 1993, p. 328. Otros autores defienden que hay otro bien jurídico protegido, la sanidad pública, entendida como “el conjunto de acciones o actividades desarrolladas por las Administraciones públicas (estatal, autonómica o municipal), que tiene por objeto la salvaguarda y el fomento de la salud pública” (Arenas Rodríguez, op. cit., p. 134). En relación ya al Código vigente, v. Vega Ruiz, José Augusto, *Los delitos contra el consumidor en el Código Penal de 1995*, Madrid, 1996.

#### IV. EL DERECHO PENAL DE ALIMENTOS DESDE EL PUNTO DE VISTA DE LA PRUEBA DEL RIESGO O PELIGRO QUE SE GENERA

En cualquier caso, es decir, entre en consideración el tipo penal de resultado de lesión o el de peligro, es muy importante en esta materia de derecho penal de alimentos la *relación de causalidad*; en el primer caso se tratará de una *causalidad actual* y en el segundo de una *causalidad potencial*.

La acción típica tiene que tener la *posibilidad de producir el resultado, aptitud causal*, aptitud para producir el resultado, luego este problema de la causalidad tiene mucha importancia, siendo el peligro *abstracto* porque no es inmediata la producción del resultado. El problema de la causalidad tiene una gran trascendencia, porque en esta materia de alimentos pueden presentarse *causalidades muy difíciles de establecer* desde el punto de vista natural, lo mismo que ocurre también en la criminalidad del medio ambiente. Así se puso de manifiesto en el “caso del aceite de colza”, resuelto primero por la Audiencia Nacional (Sentencia de 20 de mayo de 1989) y más tarde en casación por el Tribunal Supremo (Sentencia de 23 de abril de 1992). Precisamente, uno de los principales argumentos utilizado por los defensores de los acusados en este caso fue que no se había llegado a probar la causalidad entre la ingestión del aceite y los resultados producidos. Pero: *¿cómo se determina la causalidad?*, o, en su caso, *¿cómo se determina la aptitud causal de determinados productos en relación a la salud de los consumidores?*.

Desde luego, si conocemos la ley causal natural en abstracto aplicable al caso en particular no se presentarían problemas; por ejemplo, hay una ley causal natural según la cual si se da a la víctima unos gramos determinados de arsénico la víctima muere, luego, en un caso en el que el autor haya realizado esa conducta, partiendo de aquella ley causal natural (premisa mayor) la conclusión no ofrecerá ninguna duda. Es decir, la experiencia suele ser suficiente para establecer la causalidad. En otras ocasiones hay que acudir al conocimiento de los peritos (médicos, biólogos, químicos, físicos, etc.). El problema se presenta cuando no se sabe muy bien si la sustancia o producto causa o no las consecuencias producidas en las personas, como ocurrió en el “caso de la colza”. En otros casos, aunque no referidos a alimentos, se ha planteado una cuestión similar; así, por ejemplo, en el caso ocurrido en 1992 relacionado con una empresa textil de Valencia, que al parecer empleaba una sustancia para teñir telas, sufriendo algunas personas síntomas de intoxicación con problemas pulmonares.

Pues bien, cuando la experiencia cotidiana no alcanza para establecer la ley causal natural y, por tanto, la causalidad, y el asesoramiento científico tampoco explica satisfactoriamente el mecanismo causal, por no existir acuerdo entre los peritos, produciéndose entonces una *situación de “non liquet” de las ciencias naturales*, la causalidad adquiere una especial significación por su complejidad. *¿Cómo se resuelve esta falta de acuerdo de los peritos?*. *¿Qué debe hacer el órgano jurisdiccional en estos casos?*. El tema ha sido muy discutido en la doctrina, sobre todo a partir del conocido “caso de los laboratorios Contergan o de la Thalidomida”, resuelto por Auto de 10 de diciembre de 1970 del Tribunal Supremo de Aachen, y de la publica-

ción de un importante artículo sobre este caso de *Armin Kaufmann*, uno de los defensores de aquellos laboratorios<sup>25</sup>.

Según un primer punto de vista, sostenido por los defensores de los laboratorios alemanes Contergan, los tipos penales de los delitos de resultado constituyen como una especie de “ley penal en blanco”, que habría que completar con la ley causal natural; si ésta no existe o es discutida no sería posible la subsunción, luego no habría otra solución que la absolución.

Otro punto de vista sostiene que si las leyes naturales de causalidad fueran elementos del tipo penal, no se podría explicar entonces por qué razón los jueces deberían remitirse a la opinión de los peritos, pues al tratarse de componentes normativos estarían sometidos al principio “*iura novit curia*” (¡la aplicación del derecho corresponde al juez!). En cualquier caso, al no poder decidirse la cuestión de la causalidad por carecer de los conocimientos necesarios, esto es, dada la situación de “*non liquet*”, los jueces no alcanzarían la “convicción en conciencia” (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), necesaria para poder dictar sentencia, y no tendrían más remedio que absolver en base a la aplicación del principio “*in dubio pro reo*”.

Otra tesis (individualizadora) niega que los tipos penales de los delitos de resultado estén integrados por las leyes causales naturales, afirmando que, en realidad, lo que tales tipos penales requieren es la causalidad misma en el caso concreto. En definitiva, este punto de vista trata de convertir el problema de la causalidad en un problema de prueba, de tal modo que cuando en el proceso no se haya podido alcanzar por los peritos un consenso, pero el tribunal sí tenga la convicción de la existencia de la causalidad, no se producirá una vulneración del “*in dubio pro reo*”, pues este principio sólo exige que el Juez no haya tenido dudas. Consecuentemente, si el tribunal no ha tenido dudas será libre de aceptar la causalidad, en la medida en que ello no implique apartarse de las reglas de la lógica, así como de los principios de la experiencia y los conocimientos científicos, pues si así fuera incurriría en arbitrariedad. Pero es claro que al no existir en estos casos un criterio aceptado por los especialistas, el Juez que admita la causalidad en el caso concreto no se habrá apartado de los conocimientos científicos ni de principios generales de la experiencia. En resumen, según este punto de vista el tribunal puede afirmar la causalidad según su convicción, lo que dependerá en buena medida de la mayor o menor capacidad explicativa que tengan las diferentes propuestas de los especialistas. Ahora bien, ¿es realmente posible afirmar la causalidad en particular cuando no se puede alcanzar la ley causal general?. En algunos países, como en Italia (también en Francia y Bélgica) predomina el criterio de una determinación individualizada de la causalidad sobre la base de la experiencia general<sup>26</sup>, es decir, es el mismo criterio de la teoría de la cau-

25 “Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren. Folgerungen für das geltende Recht und für die Gesetzgebung” (Tipicidad y causación en el procedimiento Contergan. Consecuencias para el derecho y la legislación), en *Juristenzeitung* (JZ), núm. 18/71, pp. 569 y ss.

26 Cfr. Fiandaca/Musco, *Diritto Penale*, P.G., 1990, pp. 105 y ss.

salidad adecuada<sup>27</sup>, que debe enfrentarse, por consiguiente, a la misma crítica. Concretamente, a la dificultad que tiene para poder afirmar la causalidad allí donde no sea suficiente la experiencia general del lego sino que se precise una experiencia especial; en estos casos, el tribunal que aplicara aquel criterio, al menos si se trata de una aplicación coherente, no tendría más remedio que excluir la causalidad o determinarla intuitivamente<sup>28</sup>.

El Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en su Sentencia de 6 de julio de 1990<sup>29</sup>, confirmatoria del Tribunal de Mainz, en el “caso Erdal”, que había afirmado la responsabilidad penal, a pesar de no haberse aclarado la causalidad en particular entre la utilización del producto, un pulverizador de zapatos (*Lederspray*) y los graves ataques de asma que se produjeron en algunas personas, aceptó la tesis de la innecesariedad de aclarar el mecanismo causal preciso, defendida igualmente con anterioridad por el Tribunal de Aachen en el “caso de la Thalidomida”<sup>30</sup>. Por ello, afirma el Tribunal Supremo alemán que “si se ha comprobado de una manera jurídicamente inobjetable que la composición del contenido de un producto -aunque no sea posible una mayor aclaración- es causante de los daños, no será requisito para la prueba de la causalidad que además se compruebe por qué dicho producto pudo ser causal de los daños, es decir, cuál ha sido, según los conocimientos científico-naturales, el fundamento de esta causalidad”.

Ahora bien, el Tribunal Supremo alemán, en el “caso Erdal”, ha requerido que *cuando el nexo causal no se haya podido determinar científicamente, es preciso haber podido excluir toda otra causa que pudiera entrar en consideración* mediante una ponderación de la prueba jurídicamente inobjetable.

El Tribunal Supremo español, en su Sentencia de 23 de abril de 1992 (“caso de la colza”)<sup>31</sup> se ocupa con detenimiento de los *nexos causales de complejidad*, en ocasiones llamados “cursos causales no verificables” (así, en Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 1986), terminología inadecuada, porque lo que ocurre en estos casos es que la causalidad no es susceptible de demostración científico-natural, pero ello no quiere decir que no se vaya a poder afirmar la causalidad. Precisamente, uno de los principales motivos -desestimado- del recurso de casación interpuesto por los defensores fue que se había estimado probada por el órgano “a quo” la relación de causalidad entre la distri-

27 Propuesta por J. von Kries, en *Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung*, II, 1886. Según esta teoría, para el Derecho no todas las condiciones son causas, sino sólo aquellas que son adecuadas para la producción del resultado; y una condición es adecuada si, de acuerdo con la experiencia general, produce habitualmente el resultado concreto de que se trate.

28 Es significativa en este sentido la siguiente frase del *Tribunale de Rovereto*: “la realidad es que esto es un tribunal y no una comisión científica” (“caso de las manchas azules”, 17-1-1969; *Rev. Italiana di Dir. e Proc. Penale*, 1971).

29 BGHSt 37, 106 ss. (“caso Erdal o Lederspray”).

30 Este Tribunal (Auto de 10-12-1970), sobre la base de entender que la prueba de la causalidad en el proceso penal se rige por los principios del conocimiento propio de las ciencias del espíritu, luego que se debe apoyar, no en una certeza matemática, como requiere la prueba científico-natural, sino en una certeza subjetiva, siempre que la deducción realizada se mueva dentro de los parámetros epistemológicos de la razón y la lógica, concluyó que “para la prueba de la causalidad carece de influencia que el mecanismo causal de la thalidomida en particular no sea conocido”.

bución del aceite de colza con anilina al 2% y el síndrome tóxico, a pesar de no haber sido demostrada científicamente dicha causalidad (F.J. 2).

El Tribunal Supremo dice que en estos supuestos en los que se plantean nexos causales complicados, las opiniones de los científicos suelen diferir porque en realidad no existe ni siquiera consenso científico sobre el concepto de ley causal natural ni sobre las condiciones de su formulación: ¿cuáles son los mínimos requeridos para que una sucesión temporal y reiterada de hechos similares pueda ser considerado como una ley causal natural?; en las ciencias naturales hay opiniones diversas. Sin embargo, es necesario un concepto abstracto de ley causal natural o ley general de causalidad para poder completar el tipo penal de los delitos de resultado y poder afirmar la causalidad en el caso concreto, requiriendo la determinación de ese concepto una operación hermenéutica. Por tanto, según el Tribunal Supremo español es preciso partir de una ley causal natural, que se debe establecer normativamente. En este sentido, el Tribunal Supremo considera que

“existe una ley causal natural cuando, comprobado un hecho en un número muy considerable de casos similares, sea posible descartar que el suceso haya sido producido por otras causas”. Tales condiciones garantizan -añade- “una decisión racional del caso desde el punto de vista del derecho penal”.

En el “caso de la Colza” resuelto en esta Sentencia, el Tribunal Supremo pudo subsumir en dicho concepto de ley causal natural el hecho concreto enjuiciado, afirmando, por consiguiente, la relación de causalidad. En efecto, a través de la prueba pericial efectuada ante la Audiencia Nacional se pudo comprobar un número importante de casos de caracteres similares (cientos de muertos y miles de afectados) en los que se constató la similitud de síntomas<sup>32</sup> y la ingestión del aceite, y se pudo descartar que los resultados típicos hubieran sido producidos por otras causas<sup>33</sup>. Es decir, los acusados, luego condenados y recurrentes en casación, no lograron proponer ninguna causa alternativa que explicara razonablemente el suceso.

Es cierto, como alegaban los recurrentes en casación, que no se logró demostrar la existencia de ninguna “molécula de significación toxicológica”, que los resultados

31 El aceite de colza era en origen un aceite industrial, importado de Francia, cuando España aún no formaba parte de la CEE, luego en un momento en el que España podía imponer medidas restrictivas, lo que hoy no es posible; aceite que sólo se podía importar para fines industriales, por lo que estaba desnaturalizado con una sustancia, anilina al 2%; varios aceiteros españoles concibieron entonces la idea de desviarlo al consumo humano sometiéndolo a altas temperaturas para darle un color más claro y eliminar el fuerte olor que tenía, vendiéndolo finalmente mediante vendedores ambulantes.

32 Entre otros: lesión de los vasos sanguíneos (arterias, venas y capilares); edema pulmonar; esclerodermatitis; afecciones del sistema nervioso; pérdida de peso; desnutrición, etc.

33 En un principio se manejó la hipótesis de que la enfermedad podía deberse a un accidente relacionado con armas bacteriológicas en la base norteamericana de Torrejón de Ardoz; luego que se trataba de una especie de neumonía atípica; e incluso se pensó que se trataba de una intoxicación alimenticia, relacionada con las hortalizas, luego con determinadas verduras, etc. Todas estas hipótesis se fueron descartando, quedando como única causa la ingestión del aceite.

de la reproducción experimental del fenómeno fueron negativos, y que, por consiguiente, no se conoce el mecanismo causal preciso, la prueba última del mecanismo causal; pero, como se dijo, para poder afirmar la existencia de una ley causal natural en el derecho penal, basta que se compruebe una correlación de los sucesos relevantes y la ausencia de otras causas que eventualmente hayan podido producir el resultado. A mayor abundancia, confirmaba la existencia de relación de causalidad en este caso el hecho de que tan pronto se retiró el aceite del mercado dejaron de producirse nuevos casos de enfermedad.

Si en el “caso de la colza” y otros similares puede ser complicada la causalidad, en aquel caso no planteaba ningún problema la *imputación objetiva*, pues es clara la conducta generadora de un riesgo jurídicamente desaprobado, desde el momento en que se introdujo en el mercado de consumo alimentario el aceite, regenerado por procedimientos no homologados y sustrayéndolo a los controles habituales establecidos, como, por ejemplo, la solicitud del Registro Sanitario del producto<sup>34</sup>.

Para terminar, sólo destacar que en el nuevo Código penal, como en el derogado a través de la cláusula general del art. 565, está prevista la responsabilidad penal por la realización imprudente de los tipos penales correspondientes a los delitos alimentarios a través de la disposición contenida en el art. 367:

“Si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado”.

Resulta adecuado político-criminalmente que se contemple la sanción para los comportamientos imprudentes, pues es claro que el bien jurídico afectado es de mucha importancia (la salud pública), y que a través de su puesta en peligro se amenaza la salud individual de las personas. El dolo consistirá en conocer el peligro jurídicamente desaprobado de la acción para los bienes jurídicos, es decir, del carácter nocivo para la salud de los alimentos destinados al consumo, mientras que la imprudencia, que no es sino un error de tipo evitable (art. 14.1 del nuevo Código penal), presupone un desconocimiento del peligro de la acción por una falta de previsión exigible al autor. Ningún obstáculo hay tampoco para sancionar el comportamiento omisivo, que, como el activo, puede ser igualmente doloso o imprudente, siempre que concorra una posición de garante en el omitente (art. 11)<sup>35</sup>.

34 Estas exigencias se contienen ahora en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de junio de 1984.

35 Sobre la configuración del dolo y la imprudencia en los delitos de omisión, v. Sentencias del Tribunal Supremo de 25-4-1988, 30-6-1988 y 24-10-1990.