

ALIMENTOS TRANSGÉNICOS Y DERECHO PENAL. APUNTES PARA UNA
REFLEXIÓN

Fernando Pérez Álvarez

Profesor titular de Derecho Penal. Universidad de Salamanca

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

ALIMENTOS TRANSGÉNICOS Y DERECHO PENAL. APUNTES PARA UNA REFLEXIÓN *

*Fernando Pérez Álvarez
Profesor titular de Derecho penal.
Universidad de Salamanca*

*Y no es para exagerar,
no me negarás que comemos pollo con todos sus genes
y no nos crecen pico ni plumas,
creo que estamos siendo muy alarmistas con este tema.
Y mientras hablaba, no pude menos de sonreír
cuando cruzó su mirada adornada de unas grandes patas de gallo.*

Introducción

La preocupación que preside estas líneas es la de ilustrar sobre la repercusión que en el ámbito jurídico penal puedan presentar los llamados alimentos transgénicos¹. Y tal reflexión parte del telón de fondo de una viva discusión en la que científicos, juristas, grupos ecologistas, asociaciones de consumidores, empresas, etc. vienen protagonizando sobre la conveniencia y los riesgos de tales productos. La aplicación de la biotecnología, en la producción e industrialización de productos y alimentos, plantea importantes dudas a cerca de su perti-

* Publicado en ROMEO CASABONA (Ed.) et alt., *Genética y derecho penal*, Cátedra Interuniversitaria Fundación BBV- Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, 2000.

¹ Alimento o producto transgénico es el obtenido por ingeniería genética mediante la introducción de genes ajenos al material genético del alimento o producto, mientras que la modificación genética se daría cuando se modula tan solo la expresión de un determinado gen del producto o alimento. Así lo define <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?3230> Universidad de Salamanca 01/04/00, p 2. Utilizaremos indistintamente ambas expresiones que se intercambian indebidamente en la literatura, dado que el interés de estas líneas es el de proponer el espacio de intervención penal ante las dudas de seguridad que plantean ambos productos (transgénicos o modificados genéticamente).

nencia, donde se mezclan cuestiones relativas a seguridad, avances tecnológicos y valoraciones éticas, contradicciones científicas e intereses económicos.

Tales productos, por plantear dudas discutibles respecto de las ventajas y riesgos, se hacen acreedores de respuestas que regulen su presencia y alcance social, en las que el ordenamiento jurídico desarrolla un evidente protagonismo.

El derecho penal, sin embargo, y sin que ello signifique un alejamiento de los problemas sociales que le sirven de base, no puede ni debe protagonizar todo problema social, no es su papel erigirse como arma de control de conflictos cuando no se superan los límites inherentes a tal control. Nos referimos, no puede ser de otro modo, a la función protectora de bienes jurídicos y a la naturaleza subsidiaria del derecho penal, como expresión de su *ultima ratio*. Por ello, y en la toma de decisión sobre el papel que pudiera corresponderle al derecho penal ante los alimentos transgénicos, habremos de verificar que tales productos, y dada su entidad, ameritan una intervención necesaria y posible por comprometer determinados bienes jurídicos.

Inicialmente, habrá de definirse el merecimiento y la necesidad de protección penal para, posteriormente, decidir, en sede de análisis dogmático, la capacidad del derecho penal para operar en tales ámbitos, porque éstos se muestren susceptibles de intervención penal.

En este punto, la toma de postura en el ámbito penal se dificulta cuando la discusión no ofrece datos objetivos (indiscutidos) que decidan cómo los productos transgénicos, en general, pueden significar riesgos para los bienes jurídicos penales (merecimiento de intervención) y cómo los controles previos de esos hipotéticos riesgos son insuficientes y reclaman la intervención penal (necesidad de intervención). Y ello es así, porque el núcleo de la discusión sobre alimentos transgénicos es, precisamente, dilucidar si hay o no riesgos para los bienes jurídicos importantes, riesgos sobre los cuáles se hayan de organizar controles previos al derecho penal.

2. Riesgos y bienes jurídicos

La actuación del derecho penal se legitima desde la afección a bienes jurídicos importantes y sobre la base de determinadas modalidades de ataque. Ello no impide que los riesgos, de haberlos, no lleguen a interesar al derecho penal, propiciando márgenes de permisión, porque tales peligros sean inherentes a prácticas que se estiman convenientes o beneficiosas socialmente.

¿Son necesarios o convenientes los alimentos transgénicos? ¿La experimentación alcanzada propicia adelantos o beneficios sociales?.

Si la modificación genética no implicara beneficio alguno y se tratara de mera experimentación sin logros sociales, aquella sería desacreditada, en el

caso de constatarse riesgos para la sociedad en su conjunto. Si, por el contrario, los alimentos transgénicos no determinasen riesgos, la prohibición carecería de sentido en todo el ordenamiento jurídico, incluido el penal.

El núcleo de la discusión es el referido a los efectos relativos a los bienes jurídicos y la entidad de los mismos. Cuestión distinta es el uso de esos productos que, por elementos externos a tales previsiones, hayan sido canalizados por mediación de empresas o grupos que patentan tales prácticas y frustren en alguna medida el alcance social de posibles beneficios. Nos referimos a que asépticamente, sin introducir el dato de nocividad de tales productos, la discusión en este punto no debiera plantearse: que el problema del hambre en el mundo tenga otras soluciones, por ejemplo, no invalida el dato de que la mayor producción resulte beneficiosa también a este propósito.

En esta línea se propone el decálogo elaborado por la Unión de Consumidores de España (UCE) que mantiene la autorización y notificación de tales productos cuando el único rendimiento de los mismos lo sea de carácter económico siempre que se demuestre la inexistencia de riesgos o efectos perjudiciales en la salud de los consumidores y en el medio ambiente².

Sin constatar el dato de la nocividad de los productos transgénicos, el derecho penal nunca debiera intervenir, por encontrarse deslegitimada su intervención, respondiendo a un criticable derecho penal simbólico con fines y funciones distintos a los que sirven de base al *ius puniendi* estatal.

¿Se compromete el espacio de protección de bienes jurídicos con los alimentos transgénicos?

Sobre este particular, encontramos diferentes posturas que podemos desglosar en dos frentes de opinión. La revolución que operaría la producción transgénica ha sido objeto de atención por importantes colectivos donde se advierte, a grandes rasgos, que gran parte de los científicos y empresarios abanderan la inocuidad de los mismos, frente a los colectivos ecologista y de consumidores que alertan sobre la nocividad de los organismos modificados genéticamente (en adelante OMGs).

A mi juicio, la discusión debe centrarse esencialmente en este punto, donde la investigación juega un papel primordial y no debieran plantearse cuestiones ajenas a la inocuidad/nocividad. Porque se denuncian con idéntico propósito argumental las estrategias de las empresas en favorecer este tipo de productos para obtener ganancias o la ingenuidad relativa a los programas operables para paliar el hambre en el mundo, que no es un efecto de la producción, sino de la mala repartición de los bienes, etc.

² Citado en URRIALDE de ANDRES, "Ponencia sobre alimentos Transgénicos", en las *V Jornadas sobre Calidad en la Industria Alimentaria*, Vitoria, mayo de 1999, p. 16 (ejemplar ciclostilado) También puede consultarse en <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?3230>

a) Para algunos científicos, los OMGs son fruto de la selección de organismos que viene posibilitada por los adelantos en la investigación, una selección que ha sido operada de manera más rudimentaria a lo largo de la historia de la humanidad y que ahora pudiera ser más eficaz, certera y limpia. En esta línea, los defensores de los productos transgénicos proponen no ya la inocuidad³ sino la conveniencia de los mismos por arrojar importantes beneficios sociales⁴. Una producción transgénica favorecería la producción agrícola y ganadera (cosechas resistentes a plagas o a condiciones climatológicas adversas, multiplicación de cosechas, incremento notable de productos alimenticios que pudieran paliar el hambre y la carestía, etc.), la posibilidad de medicamentos y productos médicos, xenotrasplantes, selección de razas más productivas y resistentes, etc.

Sin embargo, esa defendida inocuidad se enturbia cuando constatamos que el principio de cautela⁵ opera con efectos normativos en la propia Unión Europea. La desconfianza existe y reviste el carácter de norma que limita la presencia de los OGMs, reglando la indicación obligatoria de etiquetado de los productos transgénicos y procurando control, transparencia seguridad e información a los consumidores. Manifestaciones de estas reservas y cautelas se advierten en la diferente reglamentación que tendremos ocasión de referir, en la creación de la Oficina Alimentaria y Veterinaria (abril de 1997) en la reciente presentación por la Comisión del Libro Blanco sobre seguridad alimentaria (Bruselas, 12. 1. 2000), así como en la creación de la Agencia Europea para la seguridad Alimentaria en octubre de 2000 (AESA).

b) Los detractores de los productos transgénicos identifican una serie de riesgos para bienes jurídicos tan importantes como lo son la salud (individual y colectiva) el medio ambiente y la biodiversidad. La ingeniería genética alteraría todas las limitaciones que la propia naturaleza pone para la relación entre organismos de especies alejadas o no emparentadas. Se argumenta que la manipulación operada en un producto transgénico no sólo puede afectar a la salud del ser humano que los usa o consume (provocación de alergias –ej:

³ Vid., entre otros, BELTRAN/ CAÑAS, “La contribución de la biotecnología a la agricultura del futuro” en *Biotecnología y Agricultura: Las plantas del futuro*, Fundació Bancaixa, 1997, pp. 157 y ss.; GALUN/BREIMAN, “Benefits and Risks of Producing transgenic Plants”, en *Transgenic plants*, Imperial College Press, 1997, pp. 249 y ss.; GASSER/FRALEY, “Cultivos transgénicos”, en *Investigación y Ciencia*, agosto 1992, pp. 64 y ss.; FREWER, “Bioenhancement or playng God? Biotechnology and the future of food” en *Tibtech*, mayo de 1999, p.182 y ss.; ZECHENDORF, “Sustainable development: how can biotechnology contribute?” en *Tibtech*, junio de 1999, p 2219 y ss.; EVERETT/DICKMAN, “Capitalizing on the agricultural biotechnology”, en *Tibtech*, noviembre 1999, p. 425 y ss.

⁴ Norman Borlaug, quien fue Premio Nobel de la Paz en 1970, se ha significado como defensor de estas nuevas tecnologías, desarrollando los programas que fueron bautizados como la “revolución verde”. La alimentación transgénica para Borlaug se erige en un instrumento indispensable para salvar la sobreproducción, el hambre y las enfermedades mundiales.

⁵ Vid URRIALDE de ANDRES, op. cit. pp 2 y ss.

incorporación de genes de pescado a determinados alimentos, como fresas–, resistencia a antibióticos, modificación del sistema inmunológico, etc.) sino al medio ambiente (afectando a la flora cuando se trata de productos vegetales....) o a la biodiversidad (por eliminar especies o invadirlas)⁶. Se parte de la hipótesis por la cual la modificación genética operada en tales productos va más allá de la utilización del producto en sí, sospechándose, cuando no denunciándose, que la presencia de tales productos actuaría como una bomba de relojería por tener tal manipulación efectos aún desconocidos pero probables sobre bienes jurídicos importantes⁷.

2. Planteamiento

No es labor del dogmático el dirimir la cuestión de cuál de los lineamientos pueda ser el acertado. El dogmático desconoce el discurso científico que las ciencias de la naturaleza propician con la investigación relativa a los efectos y propiedades de los productos transgénicos. Evidentemente, tales extremos escapan a la labor de dogmático que ha de servirse de la discusión científica con exquisita cautela para decidir el papel que deba corresponder al derecho y, en nuestro caso, al derecho penal.

Pero ello no obsta para que al dogmático participe de las discusiones y no como ejercicio dialéctico que aporte mayor confusión a este estado de cosas. Nos cabe la posibilidad de adelantarnos a los acontecimientos, elaborando hipótesis, con imaginación, sobre las soluciones que corresponderían al derecho penal, de ser ciertas, por ejemplo, las sospechas que se apuntan sobre tales productos.

Vamos a partir de la *constatable* nocividad de los mismos, situación que se introduce como hipótesis aún no verificada de modo absoluto u objetivo⁸. Ello no significa adoptar un punto de partida controvertido, pues de lo que se trata es de averiguar si el derecho penal puede establecer una respuesta adecuada ante la hipótesis discutible de la nocividad de los alimentos transgénicos.

⁶ El desarrollo de las ventajas competitivas por parte de los OMGs, como mayor resistencia a la salinidad, a la sequía, a las bajas temperaturas, puede ocasionar la invasión por parte de estas especies de hábitats que no le son propias y cuyo equilibrio se vería entonces amenazado al desplazar a otras especies o favorecer su extinción. Ecosistemas especialmente frágiles que son el sustento de miles de personas, podían verse desplazados al reducirse la biodiversidad biológica.

⁷ Vid., por ejemplo la significación de las publicaciones y comentarios que alimentan las páginas de Internet <http://www.biodiversidadla.org/> de marcado signo detractor sobre los transgénicos. Se suman, a las críticas advertidas, cuestiones éticas relativas a la incorporación genética de derivados del cerdo en alimentos, por ejemplo, por lo que implica respecto de culturas o religiones que excluyen de su alimentación al cerdo y derivados.

⁸ Las damos como no verificadas pese a que se apunten trabajos e investigaciones en signo afirmativo, precisamente, porque la discusión sigue en pie.

De igual modo, no podemos decir que la inocuidad constatable a futuro de tales productos invalide estas líneas por partir de datos entonces rechazados. Tal es así, porque, abstrayéndonos de la transgénesis que ahora nos ocupa, el futuro, con seguridad, nos deparará diferentes frentes de producción en la que los alimentos y otros productos sean objeto de dudas sobre su inocuidad. Valga este ejercicio como marco de referencia del cual servirnos para tales reflexiones.

Vamos a preguntarnos sobre la idoneidad del sistema penal actual para hacer frente a una *constatable* nocividad de los productos transgénicos. Y vamos a acotar doblemente tal casuística, ciñéndonos, no sólo a la *realidad alimentaria*, sino también reduciendo la discusión posible de los bienes jurídicos implicados a la *salud pública* y no a otros (medio ambiente, biodiversidad, fe pública, seguridad, etc.).

Nos planteamos qué tipo de respuesta penal se otorga desde las normas penales ante *una real afección* a la salud pública propiciada desde los productos transgénicos. En sede de este análisis, jugamos con la hipótesis de la constatada afección, es decir, que sean ciertas las críticas que alertan sobre la utilización de productos transgénicos en el consumo humano, bien directa o indirectamente, por traducir sus efectos en la cadena alimenticia. La afección a la salud pública, propia de un delito colectivo, nos hará reflexionar sobre la misma salud individual, cuando se constaten perjudicados concretos por alimentos transgénicos, sujetos que pueden ser los exponentes de esa nocividad ya manifestada.

3. El diseño de intervención penal ante la afección de la salud pública por los alimentos transgénicos. La tipicidad de los supuestos

Pongamos, por ejemplo, que nos encontramos ante lesiones o muertes de un grupo de sujetos, afecciones actuales a bienes jurídicos importantes y, en la indagación de las causas, se demuestra el protagonismo de alimentos transgénicos consumidos o utilizados por los afectados. ¿Qué respuesta puede otorgarse desde el ordenamiento jurídico penal? Porque el recurso al derecho penal no es automático. Como expusimos, la intervención penal queda supeditada a la satisfacción de aquellas exigencias que imprimen al derecho penal ese carácter fragmentario y subsidiario en relación al resto de controles sociales. Es por ello que nos detendremos en la requisitoria que proponen las categorías de la teoría del delito y, especialmente, en la propia de la tipicidad que, de manera más acusada, decide el ámbito de intervención concreto, desarrollado en los tipos de la parte especial de nuestro código penal.

3.1. Introducción. La relación de causalidad y el principio de mínima intervención

El tipo de injusto que se especifica en las normas penales propone *ab initio* los presupuestos de intervención, consagrando, de este modo, la garantía de legalidad. El recorrido de la tipicidad habrá de manifestar que esa nocividad alimentaria de los productos transgénicos se debe a los comportamientos que ocupan al legislador en la materia de prohibición, que la conducta o conductas vienen protagonizadas por los sujetos a los que se dirige la norma, que ésta, precisamente, contempla esa nocividad derivada de tales actividades respecto de los alimentos transgénicos y que se dan los requisitos subjetivos de intervención. Surgen, por ello, las categorías de comportamiento, resultado, relación de causalidad, imputación objetiva, sujetos activo y pasivo y objeto material como elementos objetivos del tipo penal que, junto con las modalidades subjetivas del comportamiento (dolo, error e imprudencia), nos determinarán el espacio de adecuación de este supuesto en el que (hipotéticamente) sabemos demostrada la nocividad de los alimentos transgénicos que afectan a bienes jurídicos importantes (salud, vida).

La relación de causalidad.- Si, como hacemos, partimos de la afección constatada de la salud pública debida al uso o consumo de los productos transgénicos, es porque damos por sentada la relación de causalidad.

La investigación empírica llega a demostrar la relación de causalidad existente. Aquellos recelos que el sector detractor de tales productos apuntaba, llegan a actualizarse y la comprobada relación causa efecto, ante bienes jurídicos tan importantes como la salud o la vida, exigen del derecho penal una responsabilidad para los implicados que propician ese uso y consumo de carácter nocivo constatado. Hay datos que verifican que los productos transgénicos concitan una serie de anomalías ante su producción y consumo: alergias, intoxicaciones, modificaciones del sistema inmunológico, resistencia a antibióticos, muerte, etc. Aquello que inicialmente era una sospecha, empieza a ser verificado y la prohibición y respuesta alcanza al sistema penal siempre que se verifiquen, de igual modo, los filtros garantistas de la intervención.

Inicialmente, afirmar la nocividad del producto transgénico equivale a decidir una *relación de causalidad objetiva*, constatada por la investigación y la experiencia. Pero no siempre ocurriría así.

Porque la nocividad del producto transgénico puede escapar del dato objetivo y pertenecer a la creencia *subjetiva* del juez, esto es, puede que tal relación de causalidad siga siendo discutida, como en la actualidad. Y ello porque la constatación de la relación de causalidad escapa en ocasiones del consenso investigador de los científicos. Puede que el juez, ante un caso de lesiones, o de muerte, venga a establecer esos efectos como causados por la

presencia (uso o consumo) de alimentos transgénicos, sin necesidad de que la nocividad de tales productos sea un dato compartido por toda la comunidad de investigadores. Tal es así porque la “prueba de la relación de causalidad” puede quedar en manos de la “creencia subjetiva del juez que se aleje de la mera sospecha”. Así resuelve la discutida relación de causalidad el Tribunal Supremo en el caso “Colza”⁹. Con independencia de las críticas garantistas que se puedan objetar a esta solución¹⁰, la práctica jurisprudencial ya tiene asideros que amparan, sin legitimar, ese subjetivismo que deja en manos del juez la solución de la duda, apartándose de un favorecimiento al reo¹¹. La explicación admitida por el Juez, su convencimiento de una causalidad general suple esa causalidad específica objetiva.

La diferencia entre ambos supuestos es precisamente la duda. En el primer caso (consenso científico) las ciencias demuestran la nocividad ante la que intervenir responsabilizando. No cabe duda al respecto por la presencia o demostración de la llamada Ley de cobertura de carácter naturalístico que ofrece el dato de nocividad. En el segundo supuesto (disenso científico), es el Juez el que propone la relación causal como probada frente a las divergencias que pone de manifiesto la duda científica.

Con independencia de la notable diferencia advertida entre ambas situaciones, relativa, precisamente, al dato “objetivo” de la nocividad, ambos supuestos tienen en común que pretenden establecer responsabilidades ante unas lesiones o muertes, esto es, afecciones a los bienes jurídicos individuales. Son tales afecciones, de naturaleza singular, las que han puesto en marcha el proceso de indagación causal. Es importante subrayar esta nota, pues las reflexiones abundarán no sólo sobre el bien jurídico colectivo, salud pública, sino sobre la salud individual, cuya afección acreditada nos insta a averiguar si se incumplen las normas de protección adelantada propias del bien jurídico salud pública. Con ello se pondrán de manifiesto las relaciones que entre ambos bienes jurídicos existen¹².

⁹ STS de 23 de abril de 1992. A. 6783. La jurisprudencia alemana, años antes, había favorecido esta interpretación. En el caso “Contergan”, la Audiencia Provincial de Aquisgrán estableció que era imposible establecer el juicio sobre la casualidad con una seguridad absoluta, excluyente de toda duda, siendo lo realmente importante no “la certeza objetiva, característica de las Ciencias naturales, sino la creencia subjetiva (del Juez)” Vid. HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*, Tirant lo blanch, 1995, pp. 129 y ss.

¹⁰ Por todos, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto...*, cit. ya que “supone para el inculpado una pérdida de sus garantías y de posibilidades de defensa...” pp. 144 y 155, “no es más que una hipótesis de causalidad que puede provocar errores contra reo”, p. 148.

¹¹ Todas las concepciones que defienden la existencia de una responsabilidad jurídico penal por el producto, coinciden en plantear menos exigencias a dicho conocimiento, de la relación causal considerando innecesarias cuestiones de detalle o incluso certezas científiconaturales, HASSEMER/MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto...*, cit. 1995, pp. 125 y ss.

¹² *Infra*, nos ocuparemos de las mismas, 3.2, D. a) Pluralidad de resultados.

Sin embargo, *no basta con “verificar” la nocividad* (relación causal) para establecer una atribución de responsabilidad penal. Las normas penales aplicables han de satisfacer una serie de requisitos específicos que traducen el sentido de constituirse en Carta Magna para el delincuente.

La subsidiaria y fragmentaria intervención penal - Decidir que el comportamiento que afecta a un bien jurídico sea objeto de atención penal no es del todo acertado. En ocasiones, los bienes jurídicos son afectados sin consecuencias penales. No es el caso de restar importancia, en este caso, al bien jurídico salud pública, sino de responder al principio de intervención mínima que limita la aplicación del derecho penal. El ataque lesivo o de peligro ha de tener cierta *entidad* que, respecto de la salud pública, se decide por el conjunto de condiciones que la sociedad puede soportar:

No todo ataque que comprometa al bien jurídico va a ser objeto de intervención. Quedan fuera de la protección penal no sólo los ataques *bagatelares* o de escasa afección para el bien jurídico, sino también otros ataques que puedan afectar gravemente a la salud pública pero que responden a *modalidades imprudentes de carácter leve*. Tal es así, que la imprudencia leve en los delitos alimentarios no es prevista en el código penal como infracción criminal, reservándose la punición de los comportamientos negligentes para los casos de imprudencia grave, como se deduce de la lectura de los arts. 367 y 12 CP¹³. En este mismo orden de ideas, con las reservas propias del cambio de bien jurídico, pero perfectamente imaginable en los márgenes de una producción agrícola de carácter transgénico, debemos apuntar el art. 332 CP de destrucción de la flora o el art. 333 CP de liberación de especies que perjudiquen el equilibrio biológico, supuestos en los que ni siquiera se prevé la modalidad de imprudencia grave.

De igual modo, no todo ataque de afección, que pudiera circunscribirse a alguna modalidad subjetiva contemplada, va a ser objeto de atención penal. Y tal es así, porque la faceta garantista que despliega la teoría del delito nos exige verificar que tales ataques constituyen un comportamiento típico, anti-jurídico y culpable. En este punto, advirtiendo la necesidad de verificación de estos extremos, y rescatando la idea de que los códigos penales son, como afirmamos, la Carta Magna de los infractores, como expresión también del principio de legalidad, podemos establecer aquellos supuestos de no intervención penal por faltar alguno de los requisitos que toda infracción criminal ha de contemplar.

Si el tipo penal consagra de manera directa el principio de legalidad, es aquí, en la categoría de la tipicidad, donde encontramos mayores requisitos

¹³ Referidos a la tipificación de las conductas de imprudencia grave en los delitos alimentarios y a la consagración del *numerus clausus* en materia de imprudencia.

que filtran la intervención penal y por tanto el mayor número de contextos que deciden o excluyen la respuesta penal.

La normativa inmediata de referencia no es otra que la que propone el legislador en los artículos 363 a 367 CPE, donde se especifican los requisitos de intervención penal ante la realidad alimentaria que compromete la salud pública¹⁴. A tales infracciones habremos de incorporar, en su caso, aquellas referidas a la salud individual (homicidio, lesiones) de los artículos 138 y ss. y 147 y ss. y las correlativas infracciones del libro de las faltas.

3.2. La tipicidad objetiva

El Código Penal no refiere directamente los contextos de transgénesis y modificación genética de alimentos que aporten nocividad. No existen tales previsiones, sino las genéricas relativas a la nocividad alimentaria. Sin embargo, no toda nocividad alimentaria, y por ende la hipotética derivada de la transgénesis o modificación genética de alimentos, es atendida por el legislador, por lo que interesa el recorrido de los requisitos típicos para decidir en qué casos alcanza la prohibición.

A. Los sujetos activos del delito

La primera restricción operada por la norma es la dedicada a los sujetos activos del delito. Estamos fundamentalmente ante un delito de naturaleza especial. Pese a contar con varias normas que contemplan las conductas prohibidas, atención especial merecen los distribuidores, comerciantes, productores (art. 363), propietarios o responsables de producción de productos alimentarios (art. 364).

¹⁴ Sobre tales fórmulas penales Vid. ARENAS RODRIGÁÑEZ, *Protección de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, 1992; CORCOY BIDASOLO, “Resultado de muerte y lesiones como consecuencia de un delito contra la salud pública”, en *ADPCP*, 1989; DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario, análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi, 1996; “Estructura de las conductas típicas, con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, monográfico *Intereses difusos y Derecho Penal*, Consejo General del Poder Judicial, 1995 pp. 23 a 71.; GARCIA ALBERO, “La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica” en *RJC*, 1990.; “Comentarios a los delitos contra la salud pública”, en QUINTERO OLIVARES, MORALES PRATS et al., *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 2º edición, 1999; LAURENZO COPELLO, “La regulación penal de los fraudes alimentarios nocivos” en *CJ*, 1995; PAREDES CASTAÑÓN/RODRÍGUEZ MONTAÑES, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Tirant monografías, 1995; PÉREZ ALVAREZ, *Protección penal del consumidor, salud pública y alimentación*, Barcelona, 1991; “La regulación del delito alimentario nocivo en el Proyecto de Código penal de 1992” en *ADPCP*, 1993; RODRÍGUEZ RAMOS, “Fraudes alimentarios nocivos” en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo V, Vol. 2, Madrid, 1985; “Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública” en *temas de derecho penal*, Madrid 1977; TORIO LOPEZ, “Reflexión sobre la protección penal de los consumidores” en *CORRIENTE et al.*, *Estudios sobre el derecho el consumo*, Bilbao, 1991.

Cierto es que se prevén fórmulas delictivas de naturaleza común (arts. 364 y 365) que, sin embargo, no se corresponden con los delitos especiales previstos. Esta falta de correspondencia plantea problemas para hacer responsables a terceros extraños a aquellos sujetos especiales.

¿A qué tipo de sujetos activos convoca la modificación y transgénesis alimentaria? Podemos imaginar que los sujetos implicados van a ser laboratorios productores, empresas, distribuidores, comerciantes, etc., con lo que las previsiones del código penal pudieran ser suficientes al dedicar específica atención a este grupo de sujetos. Pero no podemos desconocer la posibilidad de que otros sujetos no cualificados intervengan. En estos casos, si su comportamiento no puede circunscribirse a las modalidades previstas en los delitos comunes (adición de sustancias nocivas al alimento) resultará impune tal intervención¹⁵.

Así las cosas, conviene detenernos en las modalidades de comportamiento que el legislador propone, modalidades definidas desde el propio objeto del comportamiento.

De otra parte, tampoco podemos desconocer las dificultades de atribución de responsabilidad penal a los distintos sujetos que pudieran intervenir en estas modalidades de comportamiento. Nos referimos, por ejemplo, a cómo la alimentación transgénica convoca para su producción y presencia en el mercado a laboratorios o empresas, en definitiva personas jurídicas que, desde sus órganos, ponen de manifiesto las dificultades de individualizar responsabilidades penales. De tales pormenores no nos vamos a ocupar, dado que esta problemática específica en nada se diferencia de la planteada a través de otras figuras delictivas, alimentarias o no, que protagonizan agresiones a bienes jurídicos penales¹⁶.

B. El Objeto del comportamiento

Los comportamientos típicos reclaman, lógicamente, una acción u omisión sobre un objeto que esencializa la propia acción y permite, dada su entidad, comprometer la afección del bien jurídico. En este punto, y en sede de tipicidad, nos interesa indagar si las normas penales relativas a la salud pública

¹⁵ GARCÍA ALBERO, “Comentarios a los delitos contra la salud pública”, cit. p.1011. Ya en su día cuestionamos la improcedente mercantilización de las previsiones el legislador, PEREZ ALVAREZ, “La regulación del delito alimentario nocivo en el Proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pp. 1063 y 1074.

¹⁶ A la abundante literatura sobre estos intrincados temas habremos de referirnos, Vid. entre otros: ALONSO DE ESCAMILLA, *Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades*, Madrid, 1996; GARCÍA ARÁN, “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Homenaje a Torío*, Granada, 1999; GRACIA MARTIN, *El actuar en lugar de otro en el derecho penal*, vol. I y II, Zaragoza, 1985 y 1986; AAVV, *Hacia un derecho penal europeo*, Jornadas en honor del Prof. Tiedemann, Madrid, 1995. Específicamente PAREDES CASTAÑÓN, “El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos...”, cit. pp. 133 y ss.

contemplan, o no, a los alimentos transgénicos o modificados genéticamente como objeto material de las infracciones. Una respuesta negativa deslegitimaría cualquier pretensión de tipicidad en los contextos analizables, por lo que conviene saber si podemos responder afirmativamente a la cuestión de que el alimento o producto transgénico/modificado genéticamente puede verse comprometido en las expresiones que el tipo penal contempla.

La mención expresa a tales objetos no viene dada. Sin embargo, el código penal, en los artículos de referencia (arts. 363 y ss), realiza un despliegue tal de objetos materiales, que permite entender a los alimentos transgénicos o modificados genéticamente como comprendidos en las diversas expresiones sin tener que recurrir a una interpretación analógica. Tal se aprecia desde los términos que el legislador utiliza, relativos a productos alimentarios, bebidas o comestibles, géneros corrompidos, productos, efectos, alimentos, sustancias o bebidas, aguas potables o sustancias alimenticias.

El carácter transgénico/modificado genéticamente, en cualquier caso apunta a un adjetivo del alimento, sustancia, bebida, comestible, etc. de manera que no debieran plantearse dudas al respecto de su contemplación típica.

De cualquier modo, abundando en el significado de estos objetos, contamos con normas de obligado cumplimiento que ilustran sobre tal temática, perfilando el adjetivo de estos alimentos:

La Ley 15/94 de 3 de junio de 1994 (que establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medio ambiente¹⁷) y el Reglamento de desarrollo aprobado por Real Decreto 951/1997 de 20 de junio, dedican importantes normas a la definición de qué se entienda por organismo genéticamente modificado¹⁸, especificando, en el caso del Reglamento, las técnicas de modificación que dan lugar a tales organismos concretos¹⁹.

¹⁷ Desarrolla e incorpora a la legislación nacional las Directivas comunitarias 90/219/CEE y 90/220/CEE relativas a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente y sobre liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente, respectivamente.

¹⁸ Art. 2 de la Ley: “Definiciones. A los efectos de esta Ley, se entiende por: a) Organismo. Cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto a las entidades microbiológicas, sean o no celulares. b) Organismo modificado genéticamente. Cualquier organismo cuyo material genético ha sido modificado de una manera que no se produce de forma natural en el apareamiento o en la recombinación natural, siempre que se utilicen las técnicas que reglamentariamente se establezcan”.

¹⁹ Art. 3 del Reglamento. “Técnicas que dan lugar a una modificación genética. A efectos de lo establecido en el párrafo b) del artículo 2 de la Ley 15/94, se consideran técnicas que dan lugar a una modificación genética, las siguientes: a) Recombinación del ADN utilizando sistemas de vectores. De acuerdo con la Recomendación del Consejo, de 30 de junio de 1982 (82/472/CEE) relativa al registro de los trabajos en los que intervenga el ácido desoxirribonucleico (ADN) recombinante, se entienden por tales técnicas los trabajos de formación de nuevas combinaciones de materiales genéticos mediante la inserción de moléculas de ácido nucleico, producido de cualquier forma exterior a la célula, en el interior de cualquier virus, plás-

Igualmente ilustrativo, el Reglamento sobre “Nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios”²⁰ (Reglamento CE 258/97) establece una serie de categorías donde satisfacer el significado estos elementos normativos²¹ cuando propone, en su artículo 1.2 como los nuevos alimentos e ingredientes alimentarios los a) que contengan o consistan en organismos genéticamente modificados, b) productos a partir de organismos genéticamente modificados pero que no los contengan, c) de estructura molecular primaria nueva o modificada intencionadamente, d) consistentes en microorganismos, hongos o algas y obtenidos a partir de éstos, e) consistentes en vegetales, u obtenidos a partir de aquéllos, y los ingredientes alimentarios obtenidos a partir de animales, excepto los alimentos e ingredientes alimentarios obtenidos mediante prácticas tradicionales de multiplicación o de selección y cuyo historial de uso alimentario sea seguro, f) que se hayan sometido a un proceso de producción no utilizado habitualmente, que provoca en su composición o estructura cambios significativos de su valor nutritivo, de su metabolismo o de su contenido en sustancias indeseables.

Se observa de la lectura de las citadas normas, que el Reglamento comunitario propone, respecto del objeto material, una mayor amplitud, por cuanto abarca otros “nuevos alimentos” distintos de los organismos modificados genéticamente. El seguimiento de sus normas, sin embargo, se prevé a los solos efectos del comercio intracomunitario de tales “nuevos alimentos e ingredientes alimentarios”. Por ello, habremos de tener presente esta duplicidad normativa (Reglamento comunitario y normas no comunitarias) dependiendo de la requisitoria que los tipos organicen²², determinando el carácter de los objetos materiales de cada norma de delito alimentario contrario a la salud pública que establece nuestro código penal.

Por último, respecto de los objetos materiales que las distintas normas penales recogen, no podemos decidir, en todo caso, una intercambiabilidad de significados, dado que los tipos penales en concreto van a singularizarse, en ocasiones, atendiendo al objeto material diferenciado (objetos, géneros, productos, comestibles, bebidas, etc), por lo que conviene realizar el recorrido de los distintos tipos al hilo de las conductas allí contempladas.

mido bacteriano o cualquier otro sistema vectorial, con el fin de permitir su incorporación en un organismo hospedante en cuyo interior no se produzcan de modo natural pero donde puedan multiplicarse de modo continuo. b) Incorporación directa en un organismo de material genético o hereditario preparado fuera del organismo. En estas técnicas quedan incluidas la microinyección, la macroinyección y la microencapsulación. c) Fusión de células, incluida la fusión de protoplastos, o de hibridación en las que se forman células vivas con nuevas combinaciones de material genético hereditario mediante la fusión de dos o más células utilizando métodos que no se producen naturalmente”. Sobre el significado éstos y otros conceptos véase la página <http://www.geocities.com/Athens/Oracle/5284/datos9cuerpo.html>

²⁰ De hecho la expresión de alimentos transgénicos y/o modificados genéticamente se contempla en otras legislaciones de ámbito comunitario como “novel foods”, nuevos alimentos.

²¹ La naturaleza ejecutiva del Reglamento comunitario se refuerza por el art. 14 del mismo.

²² Vid infra, 3.2, C., a), 1.

C. El comportamiento típico

El comportamiento típico propone los márgenes legales de intervención. Al venir prohibida la interpretación extensiva y analógica, todo aquello que no venga previsto por el legislador, devendrá atípico y sin respuesta penal, aunque reconozcamos una conducta ligada a la creación de nocividad alimentaria de necesaria atención por el derecho penal. Tales extremos pertenecen al discurso reformista, a las propuestas de *lege ferenda*²³. Por ello, cobra sentido establecer los márgenes de tipicidad de los comportamientos que el legislador propone como merecedores de respuesta penal, que son los que siguen.

a) Las modalidades del artículo 363 CP

1. El art. 363.1 contempla la “*oferta en el mercado de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición*”. Se organiza por el legislador una conducta compleja propia de una norma penal en blanco: ofrecer productos desatendiendo determinadas normas higiénico sanitarias.

El favorecimiento en el mercado de los productos alimentarios transgénicos y/o modificados genéticamente sería una conducta típica de esta modalidad si se incumple, a su vez, la normativa de caducidad o composición que leyes y reglamentos proponen sobre tales alimentos. En este punto habremos de estar a la normativa pertinente sobre alimentos para ver si proponen o no cautelas relativas a caducidad o composición propia de la transgénesis en alimentos.

Las normas aplicables para los alimentos transgénicos, que incorporan exigencias añadidas por la naturaleza diferenciada del resto de los alimentos, se resumen en:

- la ya citada Ley 15/1994, de 3 de junio, que establece el régimen de utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana.
- el Real Decreto 951/1997 de 20 de junio, que articula el Reglamento de desarrollo de la citada Ley.
- El Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio que aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad.
- El Real Decreto 238/2000 de 18 de febrero que complementa la ley precedente.

²³ “En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal” art. 4.2 CP.

Y las normas comunitarias de directa aplicación, como son:

- el Reglamento (CE) 258/1997 de 27 de enero, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios,
- y el Reglamento (CE) 1139/1998 de 26 de mayo relativo a la indicación obligatoria, en el etiquetado, de determinados productos alimenticios fabricados a partir de organismos modificados genéticamente²⁴.

De la lectura de las normas apuntadas, no se advierte una reglamentación específica que proponga condiciones o requisitos atinentes a la composición o caducidad de los alimentos transgénicos. Y tal puede darse porque la composición de los alimentos se organiza de manera singularizada o propia para cada producto alimenticio, no constando listados de componentes excluidos con carácter general para los alimentos.

Pudiera pensarse que las técnicas de modificación genética reglamentariamente establecidas (art.3 del Reglamento 951/97) insistan en la composición del alimento, por cuanto deciden la combinación de materiales genéticos, o su incorporación. Desde este punto de vista, cabría hablar de modificaciones regladas (las que se ajustan a tales técnicas) frente a las no regladas (no contempladas) y extraer desde aquí una normativa de composición que habría de respetar. Sin embargo, estimamos que se trata en la citada norma de proponer definiciones explicativas de la generación “no natural” del alimento. Prueba de ello es que no se establecen sanciones relativas a la falta de seguimiento de tales técnicas y la aplicación de otras distintas.

Se trata de normas que diseñan el régimen jurídico de la fabricación (utilización confinada) y comercio de los organismos genéticamente modificados, contemplando las preceptivas autorizaciones y sanciones, los controles administrativos, etc.

Así, la preocupación relativa al impacto sobre la salud o el medioambiente de los mismos ha establecido medidas sobre la evaluación de seguridad que permita la comercialización en la Comunidad (arts. 3 y concordantes del Reglamento CE 258/97) sin establecer normas de caducidad o composición específicas de los alimentos transgénicos. A tales fines, el citado Reglamento CE apunta a una preceptiva evaluación de equivalencia entre el nuevo alimento y el homólogo tradicional, sin desconocer que la composición y efectos (también en la caducidad) es diferenciada, pero sin proponer una regulación de tales extremos.

²⁴ A este elenco normativo, han de sumarse otras disposiciones como el Acuerdo europeo sobre Transporte Internacional de mercancías peligrosas, donde llama la atención que los organismos modificados genéticamente sean clasificados como “materias infecciosas” Vid. por ejemplo, RCL 2919/1998 sobre transporte internacional de mercancías por carretera y la clasificaciones que propone para esta clase de productos.

Por ello, *cuando un alimento* sometido a esa evaluación de equivalencia *no pueda coincidir con su homólogo* en las características o propiedades (composición, valor nutricional o uso de destino), el art. 8 del Reglamento no desestima tal producto para el mercado comunitario, sino que se limita a exigir para ese nuevo producto un etiquetado específico que recoja tales características modificadas. De manera que la presencia en el nuevo alimento de materias que no estén presentes en el producto alimenticio equivalente, que planteen reservas éticas (materias derivadas del cerdo, por ejemplo) o de materias que puedan tener consecuencias para la salud de determinados grupos de población, no decide sino un etiquetado de requisitos suplementarios que informe de tales presencias al consumidor final²⁵. Es decir, aunque se parte de la composición diferenciada, por ejemplo, se propone un régimen de etiquetado diferente pero no unas normas que determinen que tal composición se ajuste a un régimen específico²⁶.

En resumen, para los alimentos transgénicos *no hay una normativa específica* de caducidad o composición que competa respetar. El alimento transgénico o modificado nace ya alterado en su composición (maíz resistente a determinados insectos) o en su caducidad (tomates que se mantienen frescos más tiempo, retardando su maduración y aumentando su vida útil). Esa alteración es, precisamente, la que está siendo cuestionada por la doctrina científica por razones de seguridad. De la falta de acuerdo que preside la discusión, no se deduce una reglamentación administrativa que regule tal composición o caducidad, porque los extremos de esa reglamentación son discutidos hasta el punto de si sean o no necesarias unas reglas diferenciadas para este tipo de alimentos.

La posibilidad de reconducir las conductas con alimentos transgénicos a este primer articulado en concreto no se diferencia de las posibilidades predicables de cualquier otro alimento no modificado genéticamente. No hemos de entender que las normas de autorización de fabricación y comercialización de estos alimentos, por insistir en los efectos y características de los mismos, dejen entrever una normativa de caducidad o composición aplicable y diferenciada.

²⁵ Art. 8 Reglamento CE.

²⁶ El informe conjunto FAO/OMS sobre Biotecnología y Seguridad de los alimentos (informe sobre alimentación y nutrición de 2 de junio de 2000) también se ocupa de la evaluación de equivalencia entre alimentos. La autorización de los alimentos modificados genéticamente, exige de la “equivalencia sustancial” con los alimentos homólogos no modificados genéticamente con los que se realiza la comparación. Los principios básicos de evaluación de seguridad insisten también en el estudio de la composición (Vid. p. 4 del informe punto 42, Safety assessment), lo que conllevaría, caso de que el informe decida los lineamientos del Codex Alimentarius, a la ausencia de normas específicas o diferenciadas del resto de los alimentos no modificados genéticamente. Vid más extensamente infra, 3.2., E. a) El incremento del riesgo. Críticamente con el citado informe se manifiestan WAN HO y STEINBRECHER, *Fallos fatales en la evaluación de seguridad de los alimentos, respuesta crítica al informe FAO/OMS*, preparado para la Red del Tercer Mundo, traducido por Isabel Bermejo, en http://members.es.tripod.de/CEA_Mavea/Evomag.htm

De otra parte, caso que el consenso científico acuerde normas de cautela extrapenales relativas a los alimentos transgénicos, habremos de estar al significado de las mismas para ver si su transgresión integra el supuesto típico en concreto, pues puede que no tengan nada que ver con la caducidad o la composición de los alimentos²⁷.

2. La cuestión “cambia” con el numeral segundo del citado artículo 363 CPE. En este caso, la conducta típica es la de fabricar o vender bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.

La diferencia con el literal anterior radica no sólo en el objeto material de la conducta (bebidas y comestibles, frente a los más amplios productos alimentarios) sino en que los actuales verbos rectores (vender o fabricar) traducen unas conductas sin remisiones extrapenales (leyes penales en blanco). Por ello, decae la necesidad de comprobar si el sujeto activo fabrica o vende ajustándose, o no, a las normas relativas a la caducidad o a la composición alimentaria.

El tenor literal del artículo, sin expresas referencias a normas extrapenales, declara un amplio conjunto de contextos punibles con tan sólo constatar que se venden o fabrican alimentos o bebidas destinados al consumo público que resultan nocivos para la salud. Así las cosas, la fabricación o la venta de alimentos transgénicos nocivos para la salud estaría contemplada por el derecho penal, conminada con una pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años siempre que el sujeto activo fuera un productor, distribuidor o comerciante.

Dada la amplitud del supuesto típico, parece compendiarse aquí todo delito alimentario²⁸, también el de alimentos transgénicos y /o modificado genéticamente.

El numeral segundo del artículo 363 posibilita, cubiertas las demás exigencias típicas, una respuesta penal, en sede del bien jurídico colectivo salud pública, frente a las prácticas nocivas que derivasen de la fabricación o comercialización de alimentos transgénicos.

Inicialmente, podemos congratularnos de que las previsiones del código penal otorguen una respuesta penal a la nocividad de los alimentos transgénicos. Sin embargo, no es menos cierto que esta posibilidad merece una

²⁷ En la reunión de la OMS en 1995 se concluyó que no existía ninguna diferencia entre la composición de los productos alimenticios derivados de plantas transgénicas y la de los obtenidos por métodos tradicionales. Vid. NIETO JACOBO, GUEVARA GARCIA, HERRERA ESTRELLA, “Plantas transgénicas”, en *Investigación y Ciencia*, enero de 1999. p. 70 y ss. También en <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?3231>

²⁸ GARCÍA ALBERO, *Comentarios.....*, cit. p. 1016.

reflexión sobre su pertinencia, lo que nos ocupa a renglón seguido. Tal pertinencia se cuestiona, precisamente, por el dato que diferencia este supuesto del numeral anterior: la ausencia de remisión extrapenal.

Excursus: delitos alimentarios y leyes penales en blanco

Ya expusimos en su día que una interpretación garantista debiera incorporar los requisitos del reenvío extrapenal en todas las modalidades del art. 363²⁹. Tal propuesta evitaría hacer igualmente responsables a quienes respetando una normativa extrapenal inadecuada pongan, sin embargo, en peligro la salud de los consumidores. De establecerse la formulación de ley penal en blanco, estos sujetos no serían responsables por realizar, tan sólo, una parte de la conducta típica, ya que el requisito de infringir las normas alimentarias no se daría.

Sin embargo, este pretendido carácter garantista de las leyes penales en blanco ha sido cuestionado. La técnica de las leyes penales en blanco es objeto de severas críticas que denuncian, en mayor o menor grado, su incompatibilidad con el principio de legalidad³⁰.

Nuestra intención, en este punto, es la de rescatar la pertinencia posible de estas formulaciones, reconociendo en esta técnica de tipificación no sólo la necesaria flexibilidad que adecua las normas penales al dinamismo social de las prohibiciones, sino un posible efecto benéfico revelador de garantías.

Al integrarse la omisión del cumplimiento de normas extrapenales en la conducta penal como parte del hecho punible, no hay duda que se incrementa la requisitoria penal que decide la misma prohibición. A mayores requisitos, menores posibilidades de aplicación de pena. Y si tal requisitoria obedece a los controles previos que dan sentido al carácter subsidiario del derecho penal, la “peiorización” absoluta que se produce de las leyes penales en blanco debiera ser matizada³¹. El ejemplo se nos muestra en los dos primeros párrafos del artículo 363. El primero de ellos hace depender su aplicación de la infracción de normas extrapenales, el segundo no, con lo que éste último expande su ámbito de aplicación. Y nos surge la duda:

¿Debe responder de un delito alimentario quien respeta la normativa alimentaria administrativa?, ¿Acaso tales normas no se declaran como pre-

²⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal del consumidor...*, cit. p. 255 y ss; “La regulación del delito alimentario nocivo“..., cit. p. 1075 y ss.

³⁰ Por todos DOVAL PAIS, *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, Tirant lo blanch, 1999.

³¹ En sentido “indulgente” con las normas penales en blanco, CARBONELL MATEU, *Derecho Penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Valencia, 1996, pp. 119 y ss., para quien “cuando la alusión a las normas de rango inferior sea para restringir el ámbito de lo prohibido no puede considerarse que sean contrarias al principio de legalidad ni de reserva de ley”.

ventivas (previas) a la intervención penal? ¿Responderá por igual quien respeta una normativa equivocada que el que desatiende la normativa adecuada? ¿El respeto a la norma administrativa previa no debe decidir consecuencias en sede penal?

Para García Albero³² no es necesaria la reformulación del numeral segundo del art. 363. Entiende este autor que la configurable o hipotética ley en blanco impediría responsabilidades exigibles: cuando *el sujeto conoce* de la nocividad material de sus productos, pese a que se adecúen a la normativa administrativa, ha de responder de un delito doloso. Denuncia García Albero que tal supuesto acontece en muchos casos cuando el sector alimentario cuenta con ingentes medios, superiores a los de la Administración y puede conocer, por análisis propios, de la nocividad de los productos. Y tal es perfectamente pensable en la modificación genética de los alimentos, donde importantes firmas multinacionales cuentan con laboratorios especializados que superan, yendo por delante en sus investigaciones, los resultados de la Administración.

Para García Albero el tenor del art. 363,2 le permite castigar al que sabe que pone en peligro la salud pública, conocedor de que las normas sanitarias son inadecuadas. Se constata un dolo respecto del resultado (poner en peligro la salud de los consumidores) y de la acción (vender o fabricar bebidas y comestibles).

De igual modo, caso de desconocerse la nocividad, ya en los parámetros de la imprudencia, sólo cabría responsabilidad ante la infracción de normas de cuidado, que García Albero une a la infracción de esa normativa alimentaria, con lo que no habría responsabilidad si se respetan tales mandatos normativos que esencializarían el deber de cuidado.

En este punto, las preguntas que debemos hacernos pasan por revisar las consecuencias de responsabilidad que propone García Albero.

a) ¿Podemos siempre exonerar de la responsabilidad a título de imprudencia a quien desconoce la nocividad de las normas alimentarias extrapenales?

b) ¿Podemos hacer responsable de un delito contra la salud pública, a título de dolo, al conocedor de la nocividad de los productos que vende o fabrica?

a) La formulación del delito alimentario sin una remisión a normas extrapenales no garantiza la impunidad del delito imprudente. Si la conducta típica del delito imprudente se ha de colmar con este reenvío, es pertinente que

³² *Comentarios...*, cit. p. 1016.

³³ *Deber de cuidado y delito imprudente*, Bosch, 1998, p. 93.

tal sea una exigencia típica y no dejada a la apreciación del juez. Porque no todas las teorías relativas al deber de cuidado acuerdan que el respeto formal a las normas preventivas de cuidado determine la ausencia de desvalor de acción en el delito imprudente. “En realidad, las reglas establecidas con carácter particular, concebidas para situaciones de normalidad, pueden ceder ante la regla más general que impone adaptar el cuidado a las circunstancias especiales concomitantes en cada caso” nos dice Choclán Montalvo³³. En resumen, si la conformación típica del supuesto no integra en su comportamiento la infracción de reglas higiénico sanitarias, no hay garantía de impunidad para el delito imprudente, para aquél que respeta tales normas confiando en la adecuación de las mismas.

b) La responsabilidad por dolo plantea mayores problemas. Además de que el reconocimiento de responsabilidad por imprudencia implica la lógica responsabilidad por dolo³⁴, el que *sabe* que aquello que vende o fabrica es *materialmente* nocivo, que no *formalmente*, nos reclama, lógicamente, un tipo de respuesta penal, ya que revela esa disposición de afección a un bien jurídico que consigue y en cuya evitación se propone la norma penal. Ahora bien, si esa responsabilidad es penal y decidida sobre la base de un delito alimentario, habremos de reflexionar sobre lo que sigue:

1.- De apreciar tal responsabilidad, se está cuestionando o “deslegitimando” toda la irresponsabilidad acontecida por el juego de otras leyes penales en blanco en supuestos similares: si sé que mis vertidos son nocivos aunque la Administración no los vea como tales, habría de responder del delito contra el medioambiente, lo que se imposibilita al tenor del articulado mismo que conforma la exigencia típica de infringir esas normas de la Administración³⁵.

Siempre que las normas extrapenales no adecúen su tenor a la protección anticipada, estaríamos legitimando la intervención penal, bien por dolo, bien por imprudencia, de aquel sujeto que conocía inadecuación de aquellas normas o pudo conocerla, pese a que las haya respetado. De manera que, por ejemplo, la formulación de la protección del medioambiente debiera de separarse de la técnica de las leyes penales en blanco como propuesta de lege ferenda, cuando parece haber un consenso en admitir como “inevitable

³⁴ No existe en el Código penal un delito imprudente que no se corresponda a un delito doloso. Una “discontinua” excepción pudiera verse en los delitos de manipulación genética, art. 159, párrafo 2º. que para MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL/CARMONA SALGADO/ GONZÁLEZ RUS/POLAINO NAVARRETE/MORILLAS CUEVA/PORTILLA CONTRERAS, Curso de Derecho Penal Español, Parte especial, I, Marcial Pons, 1996, p. 184.

³⁵ El art. 325 CP propone una ley penal en blanco que no admite la punición ante el respeto de las normas que dicta al administración sobre vertidos, por ejemplo.

el recurso a normas extrapenales para ejercitar una adecuada función preventiva” en la protección del medioambiente³⁶.

Se produce, por ello, una especie de “agravio comparativo” con otras normas penales (en blanco) que, ante similares supuestos, deciden la atipicidad de los hechos por no darse el requisito del incumplimiento de normas que requiere el tipo. Y tal agravio se propone, también en este caso, ante idéntico bien jurídico y similares contextos, como se deduce de la diferencia establecida en el mismo artículo 363 respecto de los requisitos para los párrafos comentados.

2.- Una posibilidad de reconducir la norma al incumplimiento de normas extrapenales puede servirse del requisito de *nocividad* que sí exige el tipo penal en el art. 363,2 CP. La nocividad típica de este delito pudiera ser entendida en toda su vertiente para satisfacer el tipo. Esto es, que la nota de nocividad venga referida tanto a su aspecto material, que abunda en el desvalor de resultado, como a su vertiente formal³⁷. La nocividad, como concepto normativo, pudiera significar aquello peligroso para la salud pública (material), que contradice las previsiones de la Administración (formal), y no quedarse en aquel mero significado.

3.- Negar la responsabilidad en el delito alimentario no conlleva ausencia de respuesta penal. Siempre cabría la respuesta ante el bien jurídico individual lesionado. Pese a que la responsabilidad penal sea negada en sede de delito colectivo (porque debiera entenderse el reenvío de ley penal en blanco), cosa distinta es negar la responsabilidad por las lesiones o muertes producidas, ya que estos tipos penales, de homicidio o lesiones, no se configuran como leyes penales en blanco. Se pone de manifiesto cómo la barrera de adelantada protección, propia del delito colectivo de peligro, no es atendible sin que se pierda la posibilidad de atribuir responsabilidades por el delito individual de lesión.

Y tal ocurre en el caso de inaplicación del art. 363,1 que no impide que se exijan responsabilidades penales por lesiones u homicidio en supuestos como el que sigue: el comerciante conoce de la nocividad de sus prácticas alimentarias, pese a que se ajustan a las normas de reenvío. De resultas de tan nocivas prácticas se produce la muerte y lesiones de varios clientes.

De igual forma, no queda en suspenso la aplicación de responsabilidades a título de imprudencia, por muerte o lesiones, caso de que el sujeto cumpla las normas de reenvío confiando en su adecuación.

³⁶ PRATS CANUTS, *Comentarios a la Parte Especial...* cit., p.904.

³⁷ El tipo penal añade que el objeto material del delito es la bebida o comestible *nocivo* para la salud. El concepto de nocividad que maneja García Albero es el de nocividad material y no el de nocividad formal. ¿Podemos mantener la dicotomía?, porque más tarde, en *Comentarios...* cit., p. 1016 habla de la *nocividad* de la bebida o comestible que puede venir dada *por cualquier incumplimiento de la normativa alimentaria*. (Subrayado añadido)

4.- De participar de la solución que proponemos, se evitaría el sin sentido de tener que responder por lo más (infracción penal) y no responder por lo menos (infracción administrativa). La unidad del ordenamiento jurídico, las teorías cuantitativas que diferencian el ilícito administrativo y el penal o el carácter preventivo y de *ultima ratio* que se asigna al derecho administrativo y penal, respectivamente, se verían cuestionados.

5.- La norma administrativa está legitimando, autorizando la acción desde un punto de vista objetivo que no debemos perder de vista. Si no lo entendemos así, la autorización decae por cuestiones subjetivas (lo que el sujeto conoce o puede conocer siempre que sea cauto). Quede claro que la autorización legitima a los efectos del delito colectivo.

6.- Si no integramos en el comportamiento típico la infracción de normas de reenvío, cabría la tentativa imposible de delito cuando la normativa está adecuada pero el sujeto cree, de manera inexacta, en la nocividad de los productos. Con independencia de que la punición de la tentativa imposible sea discutida, tales extremos habrían de sustanciarse en un proceso abierto donde discutir estas cuestiones, lo que se evita al conformar una conducta compleja de infracción de normas extrapenales.

7.- Igualmente, no podemos olvidar que las normas extrapenales de carácter preventivo en los ámbitos de salud pública, medio ambiente, seguridad e higiene en el trabajo, etc., van a ser objeto de modificación, revisión y discusión, dependiendo de los niveles de tolerancia que la Administración propone. Ello significa que tales medidas no van a estar siempre consensuadas. El papel, alarmista o no, de colectivos ecologistas, posibles afectados, etc., va a generar una duda o desconfianza en la inocuidad de las propuestas que hace la Administración, dejando al destinatario de la norma con la inseguridad respecto de la posible reacción penal. Con lo que, no cabe duda, se impide, precisamente, el sentido garantista del principio de legalidad que tanto se invoca para evitar la formulación de las normas penales en blanco. La norma de reenvío, que mantiene un carácter informativo garantista de determinación del espacio punible, caso de ser cuestionada, perdería su sentido.

8.- Por último, la interpretación que se propone es favorable al reo. Al sumarse como exigencia típica el requisito de infracción de normas extrapenales, la aplicación del articulado viene condicionada, favoreciendo al reo que respeta tales normas, conozca o no la adecuación de las mismas a los contextos de nocividad.

En resumen, el carácter subsidiario de las normas penales no debiera quedarse en una petición de principio, para plasmarse en la misma tipicidad de los supuestos. Las prohibiciones relativas a la salud pública desde el ámbito penal, han de consagrar la vulneración de mecanismos previos de control que, en sede administrativa, ya ha previsto el legislador y que debieran integrar

el comportamiento típico de la infracción penal. Cuando el legislador, en los arts. 363 y ss. del CP prohíbe conductas como fabricar, vender, ofrecer en el mercado, traficar, elaborar, destinar al consumo público, etc., no sólo debe preocuparse de que tales prácticas pongan en peligro la salud pública por tratarse de objetos nocivos. Le debe interesar al legislador, también, que esa nocividad material de los objetos venga acompañada de una nocividad formal, esto es, que tales prácticas contravengan los requisitos establecidos en las leyes o en los reglamentos sobre alimentación.

Tal exigencia decide ese sentido subsidiario, reforzador y a la vez garantista, que propone la técnica legislativa de las leyes penales en blanco, para evitar que quien respete la normativa administrativa higiénico alimentaria venga sancionado de igual manera que aquel que no la respeta, y para, de tal manera, propiciar que la requisitoria de esa nocividad formal se adecúe a la nocividad material, lo que, en últimas, depende de la sensibilidad y celo de los laboratorios de la Administración en la coordinación de esas medidas que define su investigación.

De esta manera, la acción delictiva en los delitos alimentarios devendría en una acción compleja: realizar unas prácticas de aproximación de productos nocivos a la comunidad y hacerlo vulnerando los requisitos administrativos de higiene alimentaria.

Tal planteamiento parte de un *desideratum* a la hora del diseño de las normas penales o, todo lo más, de una interpretación favorable al reo, porque las normas vigentes en el Código penal Español no deciden este tenor.

Así, constatamos que esta exigencia aparece doblemente recortada:

En primer lugar, porque la inobservancia de normas extrapenales sólo se exige para un grupo reducido de casos: art. 363,1, omisión o alteración de los requisitos establecidos en leyes o reglamentos; art. 363,4, elaborar o comerciar productos cuyo uso no venga autorizado; art. 364, 1, adulterar con aditivos o agentes no autorizados; art. 364, 2,1, administrar sustancias no permitidas y art. 367, anteriores conductas realizadas por imprudencia grave.

En segundo lugar, porque el reenvío normativo lo es tan sólo para determinados casos: art. 363,1, a los solos efectos de caducidad o composición; art. 363,4 y modalidades del art. 364, autorización o permisón de productos, agentes, aditivos o sustancias.

Desde hace tiempo, se viene reclamando un reenvío más acorde que contenga otros espacios determinantes de una posible nocividad: transporte, conservación, mantenimiento, envasado, higiene etc.³⁸

En este espacio de propuestas, hemos de preguntarnos el diseño de ese reenvío para los alimentos transgénicos. Lógicamente, la normativa ha de

³⁸ Una relación de las mismas en GARCÍA ALBERO, *Comentarios...*, cit. pp. 1014.

insistir en los aspectos de seguridad alimentaria, que no sólo se definen por un etiquetado específico que informe al consumidor. La norma debiera contemplar las modificaciones genéticas admisibles, estableciendo un marco de prohibiciones claro y atinente a los criterios de salud pública.

3. La modalidad del numeral tercero del art. 363 no ofrece particularidades referibles a la alimentación transgénica en cuanto tal. La previsión del tráfico de los géneros corrompidos puede verse ya abarcada por otras modalidades del precepto³⁹. Las posibles especificidades del supuesto⁴⁰ no sugieren una temática aproximable a los alimentos transgénicos en donde percibir mayores requisitos típicos. Únicamente, la expresión “traficar” expande el universo de conductas hacia el intercambio de sustancias, donaciones, etc., situaciones pensables en la implementación de sustancias transgénicas para la agricultura, por ejemplo: las semillas transgénicas (de conformarse como géneros corrompidos) pueden ser objeto de estas prácticas como estrategia de empresas para adquirir mercado y clientela.

4. El párrafo 4 del artículo 363 tipifica las conductas de “elaborar o comerciar productos de uso no autorizado”. La posibilidad de incardinar aquí las prácticas nocivas con alimentación transgénica ha de respetar la exigencia de “uso no autorizado” que reclama una norma extrapenal que se centre en ese tipo de autorizaciones.

¿Contamos con tal reglamentación que autorice o desautorice la elaboración o el comercio de los alimentos transgénicos que pudiera proponer una hipotética responsabilidad penal?

En tal sentido, la Ley 15/94 y el Real Decreto 951/97 establecen el régimen específico de autorizaciones para los organismos genéticamente modificados, posibilitando una obligada referencia donde reconducir ambas conductas de elaboración y comercio.

De tal modo que la “elaboración” del producto se verá comprometida por la “utilización confinada de organismos modificados genéticamente”: el artículo 4 de la citada Ley y su correlativo art. 5 del Real Decreto conceptúan la utilización confinada de OMG como “cualquier actividad por la que se modifique el material genético de un organismo o por la que éste así modificado, se cultive.....”⁴¹

De otra parte, la “comercialización” contemplada en el Código, tiene su referente en los arts. 17 de la Ley y 28 del Reglamento de desarrollo, que

³⁹ GARCÍA ALBERO, *Comentarios...cit.*, p. 1017..

⁴⁰ Comenta GARCÍA ALBERO, *ibidem*, que aquí sí pueden cobijarse los supuestos de nocividad por almacenaje o conservación que no caben en el numeral 1 del artículo.

⁴¹ Se excluyen las producciones de manera natural (vid art. 4,2 y 5,2 de ambas normas, respectivamente). Y sobre el significado de “modificación genética” vid arts. 2 b) de la Ley y art. 3 del Reglamento. Ver nota 19 del presente texto.

amplían el concepto de comercio a “todo acto que suponga una entrega a terceros de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan”.

En este punto, sin embargo, varias son las cuestiones que suscita la aplicación de estas normas a la hora de satisfacer el mentado reenvío.

En primer lugar, es dudoso que este concepto de comercio pueda ser incorporado a la norma penal, dado que supondría una interpretación extensiva contra reo, que aumentaría las dudas acerca de la satisfacción obligada del contenido de los elementos normativos sobre la base de otras normas del ordenamiento jurídico⁴².

En segundo lugar, la Ley y el Reglamento excluyen, parcial y expresamente, de su aplicación, y por tanto del régimen de autorización en comento, a los alimentos transgénicos. La exclusión es parcial, porque se dicta a los efectos de comercialización de tales productos, manteniéndose el régimen de autorizaciones para la fabricación (utilización confinada). La Ley, en su art. 17, con el que principia el capítulo dedicado a la comercialización de organismos modificados genéticamente o de productos que los contengan, establece que “Lo dispuesto en este capítulo no será de aplicación..... a los productos regulados por normas comunitarias distintas a las incorporadas por esta Ley o por la legislación española dictada en su cumplimiento, siempre que éstas exijan una evaluación específica de los riesgos para el medio ambiente, similar a la regulada en esta Ley y en sus normas de desarrollo”. Y en tal sentido, el Reglamento de desarrollo (art. 28.2 del Real Decreto) añade que “En especial, no se aplicará a los nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios incluidos en el ámbito del Reglamento (CE) número 258/97, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de enero de 1997 (LCEur 1997/333)”.

La exclusión es, por tanto, a los efectos del comercio intracomunitario de los OMG, manteniéndose el régimen de autorizaciones y sanciones de la Ley y Reglamento para los casos de utilización confinada (elaboración).

La duplicidad normativa se justifica por la requisitoria añadida que propone el Reglamento comunitario en las autorizaciones, y que se significan en una evaluación de riesgo ambiental a fin de garantizar la seguridad para el medio ambiente que se discute como riesgo asociado a los “nuevos alimentos”⁴³.

⁴² Es discutible que la unidad del ordenamiento exija que los elementos normativos que la norma penal propone, hayan de satisfacerse por el contenido de otras normas y no puedan mantener una significación propia en el ámbito penal. Ya nos pronunciamos al respecto sobre el carácter vinculante del Código Alimentario para las normas penales, en *Protección penal del consumidor...*, cit. p. 115.

⁴³ No deja de sorprender que la evaluación de los productos modificados genéticamente respecto de su incidencia en la salud, se haga depender del impacto sobre otro bien jurídico: el medio ambiente. Así URRIALDE de ANDRES, “Ponencia...”, cit. p. 8.

De este modo, a efectos de aplicar lo preceptuado en el art. 363,4, las autorizaciones variarán según se trate de fabricar tales OMG o de comerciar con ellos, tomando como referencia la Ley española con su Reglamento de desarrollo y el Reglamento comunitario, respectivamente⁴⁴.

El diferente régimen de autorizaciones proyecta diferentes consecuencias en el modelo sancionador. Las normas españolas explicitan un capítulo de infracciones y sanciones en las que la responsabilidad penal queda prevista y se toman medidas para evitar incurrir en el *ne bis in idem* (art. 29 de la ley y 43 del Reglamento⁴⁵). Entre las infracciones, lógicamente, está el actuar sin la autorización pertinente y prevista en tales normas como infracción grave que conlleva importantes multas, cese temporal, multas coercitivas, indemnización de daños y perjuicios, etc. (Capítulo VI de la ley y Capítulo VI del Reglamento).

De otra parte, no contamos con normas sancionadoras en el Reglamento comunitario, ni podemos establecer que las sanciones de las normas españolas sean de aplicación porque el art. 26 de la Ley 15/94 preceptúa el régimen sancionador para “el incumplimiento de lo establecido en esta Ley”, que excluye, como sabemos del régimen de autorizaciones para la comercialización a los “nuevos alimentos”.

De cualquier modo, a los efectos penales que interesan, la inexistencia o previsión de un régimen sancionador administrativo para este supuesto, no obstaculiza la respuesta penal que ha de verificar tan sólo que se conculca la norma de autorización⁴⁶, si bien se cuestiona el significado subsidiario y

⁴⁴ Conviene matizar como el Reglamento comunitario excluye de su aplicación a los aditivos alimentarios, los aromas para productos alimentarios y los disolventes de extracción que están incluidos en otras disposiciones comunitarias. Vid infra, 3.2. C), b), 1.

⁴⁵ Ambas normas tienen idéntico tenor: “En el supuesto de que los actos cometidos pudieran ser constitutivos de delito o falta, la Administración dará traslado del tanto de culpa al Ministerio Fiscal, y suspenderá la tramitación del expediente sancionador hasta la resolución judicial. La sanción penal excluirá la imposición de sanción administrativa en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento. De no haberse estimado la existencia de delito o falta, la Administración podrá proseguir, en su caso, el expediente sancionador con fundamento en los hechos declarados probados por resoluciones judiciales firmes”.

⁴⁶ La presencia del Reglamento comunitario con otras normas (Directivas en este caso que han sido materializadas en el derecho español por la citada Ley 15/94) ha provocado más de una consulta a los órganos comunitarios sobre el ámbito y aplicación de cada norma. Vid. pregunta escrita E-1027/97 de Hiltrud Breyer (V) al Consejo, referencia (97/C 391/73), sobre el fundamento jurídico para la comercialización de productos manipulados genéticamente. Igualmente, la misma pregunta escrita dirigida a la Comisión E-1028/97 (97/C 373/76) publicadas en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas.

En lo que respecta a la aplicación del Reglamento comunitario y las leyes españolas, pudieran plantearse dudas respecto del propio ámbito de aplicación, dado que el Reglamento CE define el ámbito de aplicación para la comercialización de los productos “que, hasta el momento, no hayan sido utilizados en una medida importante para el consumo humano en la Comunidad...” art. 1.2 Reglamento 258/97. Si la legislación española decae ante la regulación de los productos que realiza el Reglamento comunitario, ¿que normas se aplican para los productos que sí han sido utilizados en medida importante para el consumo humano en la Comunidad?, ¿qué es medida importante? La norma española no ofrece tal regulación, dado

complementador del derecho penal, que exige, en estos casos, de normas y sanciones preventivas.

¿Cuál ha sido el alcance de estas autorizaciones?

El alcance de las autorizaciones de fabricación o comercio de transgénicos viene definido por el *principio de cautela* que diferencia a la Unión Europea de otros países productores o comerciantes de transgénicos. La requisitoria de autorizaciones, las reservas de otros países comunitarios y la posibilidad de revisar las autorizaciones de producto ante nuevos descubrimientos científicos⁴⁷ hace que el alcance de las autorizaciones sea definido como escaso, para los defensores de los OMG, o generoso para los detractores.

Respecto de los cultivos transgénicos autorizados en España, contamos con una veintena de productos (alfalfa, remolacha, cereal, algodón, eucalipto, ciruela, remolacha dulce, maíz, melón, colza, álamo, pino, patata, soja, calabaza, fresa, girasol, naranja, tabaco, tomate, vid y trigo) que ofrecen distintas características (resistencia a virus, resistencia a insectos, estimulación de crecimiento, tolerancias a determinados productos, alteración en la maduración, etc). De igual modo, está autorizada la experimentación transgénica con animales (cerdo y lubina)⁴⁸.

Respecto de la comercialización de alimentos transgénicos, habida cuenta del diseño intracomunitario de tales productos, las autorizaciones realizadas por cualquier país miembro, son de aplicación al resto de los países de la Unión Europea. La comercialización ha de admitirse en tanto en cuanto no aparezcan evidencias científicas de incidencia en la salud o en el medio ambiente⁴⁹.

La autorización alcanza a determinados productos sobre los cuales la Comisión ha evaluado su pertinencia, evaluación que muchas de las veces se debe a las objeciones de comercialización realizadas por otros Estados miembros⁵⁰.

que la comercialización que recoge es aquella que se realizaría por primera vez (art. 18.1 de la Ley 15/94, que establece la solicitud de autorización) con lo que pudiera darse un vacío legislativo que convendría aclarar. Denuncia la ambigüedad de las definiciones del citado Reglamento URRIALDE de ANDRES, "Ponencia sobre alimentos transgénicos", cit. p. 7.

⁴⁷ Vid. art. 12 Reglamento 258/97 CE.

⁴⁸ Vid listado y características en <http://www.diariomedico.com/grandeshits/calidad/transgenicos1.html>. También véase <http://members.es.tripod.de/ouva/genetica/mapa.htm> donde se establecen los experimentos con cultivos y animales transgénicos en España, refiriendo la Comunidad autónoma donde se realizan y las empresas y entidades implicadas (NESTLE, ARGOS, Pioner, Monsanto, y un largo etcétera.)

⁴⁹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas C-6/99 que resuelve el asunto Asociación Greenpeace de Francia y otros contra el Ministerio de Agricultura y Pesca francés y otros.

⁵⁰ El Comité Científico de Alimentos se pronunció el 13 de septiembre del 2000, considerando injustificada la suspensión por el Gobierno Italiano de de cuatro tipos de maíz genéticamente modificado. La Comisión, que sometió al Comité Permanente de Alimentos de la UE tomó la decisión recientemente de confirmar esa suspensión. Vid "Prosigue la ambigüedad de la UE sobre los OMG" en <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?4032>.

De su lectura, observamos que está autorizada la comercialización de determinados productos modificados genéticamente mediante Decisiones de la Comisión: tabaco⁵¹, diferentes tipos de colza⁵² semillas de soja⁵³, achicoria⁵⁴ y diferentes tipos de maíz⁵⁵. A tales plantas de proyección alimentaria hay que sumar las autorizaciones de otros productos que no interesan a los efectos alimentarios⁵⁶.

Para terminar, en el interés de adelantar acontecimientos, habremos de subrayar cómo el citado Informe de la FAO/OMS sobre Biotecnología y seguridad de los alimentos, de ser aceptado, vendría a establecer los estándares de seguridad internacional de la Comisión Codex Alimentarius de la OMS, lo que determinará el comercio mundial de los alimentos modificados genéticamente, por lo que “ningún país podrá prohibir la importación de los alimentos MG si el Codex considera que son seguros”⁵⁷. Tal se justifica por la política de la Organización Mundial del Comercio que puede entender, en las posibles reservas, auténticos obstáculos a la libre comercialización de productos.

5. La capacidad de que las modalidades típicas del art. 363,5 CP aborden supuestos en los que se impliquen alimentos transgénicos, pasa por la condición de que estos alimentos hubieran sido destinados a ser inutilizados o desinfectados. Son pensables tales situaciones cuando se ponga de manifiesto, en su caso, la nocividad de los mismos que determine, por parte de la Administración, la inutilización de los mismos y se produzca, por terceros, esa sustracción u ocultamiento de los productos con ánimo de comercio. La propias normas relativas a las fabricación o comercio de OMGs prevén la revisión de la autorización y realización de nuevas evaluaciones⁵⁸. En tal sentido, la exigencia penal de que los productos sean destinados para su inutilización o desinfección, no contemplaría los supuestos en que los OMGs no lleven este destino sino otros, como pudiera ser el de retirarlos eventualmente del comercio a expensas de la nueva evaluación⁵⁹.

⁵¹ Decisión de la Comisión 94/385/CE, de 8 de junio de 1994.

⁵² Decisiones de la Comisión 96/158/CE, 97/392/CE, 97/393/CE, 98/291/CE.

⁵³ Decisión de la Comisión de 96/281/CE de 3 de abril de 1996, relativa a la comercialización de las semillas de soja (Glycine max L) modificada genéticamente

⁵⁴ Decisión de la Comisión 96/424/CE.

⁵⁵ Decisión 97/98/CE de la Comisión de 23 de enero de 1997, relativa a la comercialización del maíz (*Zea mays* L.) modificado genéticamente y de otras variedades, Decisiones 98/292/CE, 98/293/CE, 98/294/CE.

⁵⁶ Así la vacuna contra la enfermedad de Aujezsky, de administración vía intramuscular, y la misma vacuna de administración vía intradérmica, o la vacuna oral viva contra la rabia en zorros, un kit para la detección de antibióticos en leche y dos variedades de claveles.

⁵⁷ WAN HO/STEINBRECHER, cit. *Fallos fatales*.... p. 3. Vid., igualmente, nota 25 del presente texto.

⁵⁸ Art. 12 Reglamento 258/97 CE.

⁵⁹ Sobre el destino que propone el Código Vid LUZÓN PEÑA, “Ocultación y sustracción de efectos a ser destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª) de 12 de abril de 1989”, en *La Ley*, núm. 2281, 1989; GARCÍA ALBERO, *Comentarios*...., cit., p. 1021.

Pero el posible vacío normativo no se produce, porque la exigencia típica de ocultar o sustraer tales productos, requerirá, sin duda mayores exigencias que las contempladas en este numeral, habida cuenta de la también de la exigencia típica de la puesta en peligro de la salud de los consumidores, al completarse el tenor del artículo en comento con el párrafo primero con el que comienza el artículo 363⁶⁰. Es por ello que, caso de que el sujeto realice actos de comercio (esenciales para poder definir la puesta en peligro de la salud de los consumidores), ya nos moveríamos en los márgenes de comercio de productos de uso no autorizados, del anterior numeral que ya comentamos.

b) Las modalidades del artículo 364 CP

1.El artículo 364,1.

La modalidad típica de comportamiento se significa en este párrafo del art. 364 con la adulteración de alimentos con aditivos u otros agentes no autorizados que sean susceptibles de comprometer la salud de las personas. La implicación de estas conductas con los productos transgénicos se significaría desde el *modus operandi* de adulteración a través de OMGs que consistan en aditivos u otros agentes no autorizados.

En este punto, conviene destacar cómo los aditivos alimentarios, los aromas y los disolventes de extracción que se utilizan en la fabricación de alimentos e ingredientes alimentarios que consistan en OMGs participan de una regulación especial y diferenciada del régimen general previsto para el resto de OMGs. El Reglamento comunitario 258/97, en su artículo 2, expresamente los excluye, estableciendo las normas diferenciadas de referencia⁶¹ pero con-

⁶⁰ Así GARCÍA ALBERO, p. 1020.

⁶¹ La regulación comunitaria de aditivos se proponía en la Directiva 89/107 CEE del Consejo, de 21 de Diciembre de 1988 y Directiva 95/2/CEE relativa a aditivos alimentarios distintos de los colorantes y edulcorantes. La plasmación en derecho interno la encontramos en las siguientes normas: el Real Decreto 26 de noviembre de 1999, núm.1802/99, que modifica el Real Decreto 1917/1997 de 19 de diciembre de 1997, que establece las normas de identidad y pureza de los aditivos alimentarios distintos de colorantes y edulcorantes utilizados en los productos alimenticios; Real Decreto 27-3-1998 núm. 494/1998 que modifica el Real Decreto 145/1997 que aprueba la lista positiva de aditivos distintos de colorantes y edulcorantes para su uso en la elaboración de productos alimenticios, así como sus condiciones de utilización; Real Decreto 20-9-1996 núm. 2107/1996 que establece las normas de identidad y pureza de los colorantes utilizados en los productos alimenticios; Real Decreto 20-9-1996, núm. 2106/1996 que establece las normas de identidad y pureza de los edulcorantes utilizados en los productos alimenticios; Real Decreto 7-12-1995 núm. 2002/1995 que aprueba la lista positiva de aditivos edulcorantes autorizados para su uso en la elaboración de productos alimenticios, así como sus condiciones de utilización y el Real Decreto 12-7-1991, núm. 1111/1991 que modifica la Reglamentación técnico-sanitaria de los alimentarios, aprobada por Real decreto 3177/1983.

Por su parte, la reglamentación de aromas que se corresponde a la Directiva 88/388/CEE del Consejo de 22 de junio de 1988 se explicita en el Real Decreto 30-10-1992 núm. 1320/1992 que modifica el Real Decreto núm.1477/1990 de 2-11-1990 que aprueba la Reglamentación técnico sanitaria de los aromas que se utilizan en los productos alimenticios y de los materiales de base para su aplicación. Por último, y respecto

dicionando la aplicación a que mantengan idéntico nivel de seguridad del que propone el Reglamento.

La ya citada Ley 15/94 y su Reglamento de desarrollo proponen el marco de referencia para tales autorizaciones, por lo que, caso de que la utilización de los aditivos o agentes, modificados genéticamente, no se corresponda a las exigencias previstas se satisfaría este tipo de referencia.

De nuevo, la duplicidad sancionadora (norma penal/norma administrativa) se resolvería por el traslado al Ministerio Fiscal de las actuaciones y la suspensión de la tramitación del expediente sancionador hasta la resolución judicial (art. 29 de la Ley y 43 del Reglamento).

La identificación de los comportamientos, sin embargo, pone de manifiesto las críticas respecto de la pertinencia de este artículo: la simple adulteración es delito, sin exigirse una puesta a disposición del consumidor de tales productos ni preverse una puesta en peligro de su salud⁶², como sí se propone para el articulado anterior que comentamos. A ello se suma que la interpretación teleológica del tipo nos lleva a exigir que el producto final (el adulterado) sea el nocivo y no los componentes añadidos en el mismo como reza la literalidad del precepto⁶³.

2. El numeral segundo del artículo 364 propone la tipificación de múltiples conductas relacionadas con la alimentación, donde tienen cabida los productos modificados genéticamente que pueden comprometer el bien jurídico salud pública. Se trata de conductas relacionadas con el destino al mercado de animales a los que se administran sustancias no permitidas o en dosis superiores a las autorizadas, o sustancias terapéuticas sin esperar el periodo reglamentario de espera para su sacrificio, etc.

Con independencia de las críticas posibles al articulado⁶⁴, las conductas objeto de atención pueden mantener una correspondencia con la problemática de los productos transgénicos que nos ocupan. La presencia de aditivos transgénicos en la alimentación animal⁶⁵, los tratamientos con hormonas transgénici-

de los Disolventes de extracción utilizados en la fabricación de productos alimenticios o sus ingredientes, véase la Directiva 88/344 del Consejo de 13 de junio e 1988 y el Real decreto 11-12-98 núm. 2667/1998 que modifica el Real Decreto 472/1990 de 6 de 4 de 1990 que regula los disolventes de extracción utilizados en la elaboración de productos alimenticios y sus ingredientes; Real Decreto 11-2-94 núm. 226/1994 que modifica el Real Decreto 472/1990 de 6 de 4 de 1990 que regula los disolventes de extracción utilizados en la elaboración de productos alimenticios y sus ingredientes; Real Decreto 472/1990 de 6 de 4 de 1990 que regula los disolventes de extracción utilizados en la elaboración de productos alimenticios y sus ingredientes.

⁶² CARCÍA ALBERO, *Comentarios...*, cit., p. 1023.

⁶³ GARCÍA ALBERO, *Ibidem*; PÉREZ ÁLVAREZ, *La regulación...*, cit. p. 1080.

⁶⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, *La regulación...*, cit. p. 1082 y ss.

⁶⁵ Vid el Real Decreto 4-12-1998 núm. 2599 que regula los aditivos en la alimentación animal y en su artículo 6, relativo a la información adicional nos dice que cuando un aditivo contenga o esté constituido por organismos genéticamente modificados,.... se llevará un estudio específico de riesgos, análogo al de la Ley 15/94 (régimen de autorizaciones).

cas, la utilización de vacunas producto de modificación genética, etc. pueden ejemplificar suficientemente estas prácticas. De hecho, las medidas prioritarias que se significan en el Plan de acción sobre seguridad alimentaria traducen medidas globales que abarcan la alimentación animal ⁶⁶.

De nuevo, son importantes los reenvíos normativos relativos a las autorizaciones de las sustancias aplicadas, de los períodos de espera reglamentarios que convierten algunas de estas modalidades en leyes penales en blanco.

c) El art. 365 CP contempla el envenenamiento o adulteración de aguas o comestibles con sustancias infecciosas. La mención de esta norma, en el espacio reflexivo de los productos transgénicos, no viene dada por la calificación legal de sustancia infecciosa que realiza el legislador y que comprende a los organismos modificados genéticamente⁶⁷. Estamos pensando, más bien, en cómo la adulteración de aguas o de cultivos, por ejemplo, pudiera darse a través de los organismos genéticamente modificados: pesticidas, herbicidas u otros agentes nocivos derivados de la manipulación genética. La aplicación de esta norma, sin embargo, habrá de demostrar su pertinencia en el caso concreto, para separarse de los supuestos menos castigados del art. 364 que también recogen la adulteración de alimentos, sustancias o bebidas con aditivos o agentes susceptibles de causar daños a la salud. Tal discusión atrae consecuencias penales importantes, dado que éste es el único supuesto contemplado por el legislador que conlleva una pena diferenciada y más grave del resto (dos a cinco años frente a la común de uno a cuatro años).

En líneas precedentes hemos ilustrado sobre los comportamientos prohibidos que nuestro código penal propone para proteger la salud pública desde el ámbito alimentario. La aplicación a las prácticas de elaboración o tráfico de alimentos transgénicos se facilita porque la característica del alimento transgénico afecta a la sola condición de modificación genética del objeto de tales comportamientos. Las dudas que surgen, sin embargo, se ofrecen desde las remisiones extrapenales que deciden un panorama confuso que arroja, igualmente agravios comparativos entre las distintas modalidades, participando, igualmente, de las críticas que la doctrina viene proponiendo al delito alimentario nocivo en general.

Por último, las modalidades comportamentales, en la práctica, proponen fórmulas tanto activas como omisivas (mantener la oferta de alimentos

⁶⁶ Vid El libro Blanco sobre seguridad alimentaria presentado por al Comisión, en el que se explicitan estas medidas y su calendario de adopción. Entre otras, se propone la adopción de un Reglamento relativo a la alimentación animal, que debiera ser adoptado por la Comisión en diciembre del 2001 para someterlo a la aprobación del Consejo o el Parlamento en diciembre del 2002. En este tenor, la propuesta de modificación de la Directiva 95/69/CE por la que se establecen los requisitos y las normas aplicables a la autorización y el registro de determinados establecimientos e intermediarios del sector de la alimentación animal, que habrá de adoptarse en diciembre del año 2000.

⁶⁷ Vid nota 24 del presente texto.

nocivos, por ejemplo), siempre que se satisfagan las condiciones de garante, exigibles desde el art. 11 CP, y los verbos rectores no planteen problemas de equivalencia.

D. El resultado típico

a) El resultado no puede ser otro que la denunciada afección de la salud pública. Las exigencias típicas o la interpretación teleológica de los tipos insiste en ese resultado que legitima la intervención del derecho penal.

Las peculiaridades de la alimentación transgénica comprometedoras de resultados penales se cifran en las dificultades de establecer la prueba de la causalidad para lo cual, los efectos en la salud individual, como vimos, se sugieren como indicadores o detonantes de la nocividad en que consiste el resultado.

No podemos desconocer cómo la prueba de nocividad de un producto que definimos atentatorio a la salud pública, se corresponde, generalmente, con la comprobación de una aptitud causal por haber afectado a uno o varios concretos sujetos individuales. Tal “correspondencia” se hace patente en la misma discusión relativa a la inocuidad/nocividad de los productos transgénicos. La prueba de relación causal habrá de aportar datos de afección a concretos individuos que ponga de manifiesto la necesidad de adelantar la barrera de protección de la colectividad mediante el recurso al bien jurídico “salud pública”. Es por ello que se ve necesario establecer los márgenes de respuesta penal ante esos dos resultados diferenciados: el acontecido sobre los concretos sujetos y el general sobre la colectividad:

¿Cómo y de qué responde el que atenta contra la salud pública por la creación o comercio de alimentos o ingredientes alimentarios modificados genéticamente si se verifican lesiones a concretos perjudicados?

La solución a esta pregunta pasa por analizar varias opciones y evaluar el sentido de cada una de ellas organizadas en los siguientes frentes⁶⁸:

- *Responsabilidad única* y por el atentado del bien jurídico colectivo. Desde este punto de vista, los efectos en los concretos consumidores pasan a un plano de irrelevancia. Un argumento en esta solución radicaliza la fundamentación subjetivista del injusto. Castigar tan sólo por el delito colectivo equivale a otorgar idéntico tratamiento a sujetos que han realizado idénticas conductas: pensemos en dos comerciantes que venden, por separado, alimentos transgénicos y sólo uno de ellos causa lesiones a concretos consumidores. Diferenciar el trato penal en atención a los resultados distintos no tendría sentido para quienes parten de esa fundamentación subjetivista del injusto: si

⁶⁸ Otras soluciones que implican diversas técnicas legislativas de las aquí estudiadas en HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado: ¿concurso de leyes?” en *ADPCP*. 1994, pp. 121 y ss.

ambos han realizado idénticos comportamientos, habrán de recibir idéntica respuesta. Tal es compatible también con un derecho penal de corte motivacional, que habrá de informar al sujeto sobre la respuesta otorgable por su comportamientos y no dejarla al azar de resultados sobrevenidos que en casos no se dan o manifiestan, como lo demuestra el ejemplo.

- Sin embargo, tal postura desconoce varias consideraciones. No ya sólo que las lesiones de los concretos perjudicados no se deben al azar, sino a la relación causal puesta en marcha por los alimentos nocivos y que el derecho penal no desvalora sólo acciones sino resultados y éstos pueden individualizarse como diferenciados: el resultado de lesiones a concretos sujetos y el de peligro para el resto de los hipotéticos consumidores de alimentos transgénicos que han visto en peligro su salud al poder acceder a ellos. La calificación punitiva que atiende a ambos resultados pasa por *establecer un concurso (ideal)* entre ambas figuras: delito contra la salud pública y delito(s) contra la salud/vida individual.

- Desde la fundamentación dualista del injusto, sin embargo, no necesariamente se propone un lógico concurso de delitos.

Siendo que estos delitos de peligro son o constituyen una barrera de protección adelantada de bienes jurídicos individuales, *la lesión a los mismos absorbe el peligro*. La probabilidad de lesión desaparece cuando la lesión se virtualiza⁶⁹. Esa potencialidad se convierte en acto y no tiene sentido castigar por la lesión y el precedente peligro, como no tiene sentido articular un concurso ideal entre tentativa y delito consumado del mismo delito, dado que la consumación absorbe la tentativa.

Pero, las críticas a esta toma de postura se sugieren cuando se demuestra la incapacidad de la lesión concreta para absorber todo el peligro. Está claro que para el concreto perjudicado, la lesión acontecida sobre él, ya absorbe el peligro a su salud que se proponía como objeto de protección por el delito colectivo, pero ¿qué decir del resto de destinatarios de los alimentos transgénicos? Castigando por la(s) lesión(es) de un perjudicado o de varios no respondemos frente a todo el desvalor de resultado.

En este punto, proponen DOVAL y MAQUEDA⁷⁰ que si todos los hipotéticos sujetos puestos en peligro son lesionados efectivamente, entonces sí cabe hablar de absorción del peligro y de poder deshacer ese concurso

⁶⁹ Así HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado...”, cit., pp.111 y ss.; MATA Y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro. Aproximación a los Presupuestos de la técnica de peligro para los delitos que protegen bienes jurídicos intermedios (- tutela penal del medio ambiente, delitos económicos, seguridad del tráfico-)*, Comares, Granada, 1977, p.62.

⁷⁰ DOVAL PAÍS, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios” en *Cuadernos de derecho Judicial*, cit. p. 68 y 69; MAQUEDA ABREU, “La idea de peligro en el moderno derecho penal, Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, *Actualidad penal*, núm. 26, 1994, p. 497.

ideal entre el delito colectivo y las lesiones, para atender tan sólo a éstas últimas.

Sin embargo, podemos cuestionar tal solución por lo que sigue:

Cuando las lesiones efectivas fueran de escasa entidad (constitutivas de falta) encontraríamos que la pena a imponer sería menor que la aplicable para el delito colectivo, caso de que no se dieran lesiones. Siguiendo con el ejemplo inicialmente propuesto, el comerciante A, que pone en peligro la salud pública y lesiona la salud individual, sería “mejor tratado” que el comerciante B, que no lesiona las saludes individuales. El agravio comparativo de penas no nos debiera aconsejar esta medida⁷¹. A este argumento penológico, habremos de añadir que “la lesión propia no absorbe todo el peligro propio”. El peligro a la salud que el alimento nocivo propone, lo es para todos los bienes jurídicos relacionados con la salud. Si todos los lesionables fueron lesionados levemente en su integridad corporal, habrá que atender al peligro de lesiones mayores a esa integridad corporal o a la propia vida, peligro que no se absorbe por la lesión leve acontecida⁷².

Es por ello que postulamos, en todo caso, el establecimiento de un concurso ideal entre el delito colectivo y los delitos individuales concretos.

Ahora bien, esa realidad concursal, que compartimos, puede matizarse por argumentos analógicos *in bonam partem*, tomando la solución que nuestro legislador otorga, por ejemplo, en los delitos contra la seguridad del tráfico, donde se explicita que “Cuando con los actos sancionados... se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarían *tan sólo la infracción más gravemente penada*, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado” (art. 383 CP). Ni que decir tiene que tal solución no está exenta de críticas, porque el artículo 383 pone de manifiesto que al legislador no le ha pasado inadvertida la situación de concurrencia entre peligro y lesión y que ha establecido esta solución para el caso que ha estimado conveniente. Porque, de igual modo, en otras ocasiones, el legislador ha establecido la solución contraria como se deduce de la lectura del art. 346 *in fine*⁷³.

⁷¹ Sin embargo, para HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado...”, cit. p. 126, no puede establecerse una diferencia entre el peligro concreto para la vida o la integridad y las leves lesiones acontecidas, por lo que no hay problema en establecer equivalencias de pena para el caso en el que no se den resultados lesivos.

⁷² Sólo cuando todos los mortales muriesen habríamos de entender que los argumentos apuntados decaen y la respuesta atendería a las lesiones homicidas, porque no cabe mayor progresión de resultados en los que encontrar un peligro añadido que justificase el concurso.

⁷³ De los estragos “... Si, además del peligro, se hubiere producido lesión para la vida, integridad física o salud de las personas, los hechos se castigarán separadamente con la pena correspondiente al delito cometido”.

b) Resultado tentado y resultado consumado

Centrados en los parámetros del resultado propio de estos delitos, cuyo significado se propone como barrera de adelantamiento de la salud individual⁷⁴, tiene sentido la discusión de qué grado de peligro puede ser objeto de respuesta penal. Nos referimos a si caben *las formas imperfectas de ejecución* para estos delitos.

La tentativa, concebida como un tipo independiente pero deudor del delito consumado, diferencia de éste su tipicidad en atención a la acción y al resultado. El carácter referencial que le imprime el delito consumado al delito tentado hace que reflexionemos sobre lo que sigue: ¿es admisible la tentativa en los delitos de peligro?

Cuando el comerciante de alimentos transgénicos, conocedor de la desautorización de sus productos, además nocivos, decide ponerlos en venta sin conseguir su propósito ¿ha de responder de un delito alimentario nocivo en grado de tentativa?

El ejemplo nos pone de manifiesto que dogmáticamente la tentativa es posible, pero cosa distinta es que tal posibilidad dogmática sea merecedora de intervención penal.

La tentativa, que ha de proponer un desvalor de resultado para legitimar la intervención penal, exige de la puesta en peligro del bien jurídico. Y esta puesta en peligro no puede coincidir con la puesta en peligro del resultado consumado⁷⁵, pues se confundiría con él. Sus señas de identidad, entre otras, han de significarse en un grado de peligro de que se virtualice el resultado “menor” al del delito consumado: la probabilidad de la consumación.

Así las cosas, habremos de renunciar a la tentativa como fórmula adelantada de protección para estos delitos colectivos de peligro. Porque el resultado consumativo ya es un resultado de peligro: de admitir la tentativa estaríamos castigando el peligro del peligro, la probabilidad del peligro, esto es, una fórmula de peligro abstracto donde la referencia al bien jurídico queda tan alejada que traiciona el sentido de *ultima ratio* del derecho penal⁷⁶.

⁷⁴ El delito colectivo contra la salud pública exige un resultado de peligro sobre la salud individual. Vid, entre otros, BUSTOS RAMÍREZ, “Los bienes jurídicos colectivos. (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código penal de 1932)” en *RFDUCM*, monográfico 11, Madrid, 1986, p. 160; GARCÍA ALBERO, *La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria*, cit. pp 112, 114; HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación de resultado...”, cit. p.119; LAURENZO COPELLO, *El resultado en derecho Penal*, Valencia 1992, pp. 121, 176; MAQUEDA ABREU, “La idea de peligro...”, cit. p. 492; PÉREZ ÁLVAREZ, *Protección penal el consumidor...*, cit. p. 63 y ss; DOVAL PAÍS, “Estructura de las conductas típicas...”, cit. p. 42 y ss.

⁷⁵ El dato de que el delito colectivo sea para algún autor (por todos DOVAL PAÍS, *Estructura de las conductas...*, cit. p. 45 y ss.) un delito de lesión respecto del bien jurídico supraindividual, no invalida la estructura de peligro diferida hacia los bienes jurídicos individuales, por lo que cobra sentido la discusión que proponemos sobre la admisibilidad de tentativa en estos delitos.

⁷⁶ Ya lo expusimos en su día, PÉREZ ÁLVAREZ, *La protección penal del consumidor...*, cit. p. 207 y ss.

La práctica judicial, sin embargo ha admitido la tentativa en estos delitos, e incluso acudiendo a la calificación de delito consumado cuando, dogmáticamente, se trataba de auténticas tentativas diferenciadas, en cuanto a formas de ejecución y resultados, del delito consumado previsto en los tipos.

De igual modo, nos encontramos con tipos penales que elevan a la categoría de consumación, auténticas modalidades de tentativa o actos preparatorios (por ejemplo, el sacrificio de animales nocivos destinados al consumo humano –art. 364 CP–), lo que debe hacernos reflexionar sobre la pertinencia de estas fórmulas tan adelantadas de protección para proponer, *de lege ferenda*, una revisión de los tipos que se significan como delitos de peligro abstracto⁷⁷.

En este tenor, las particularidades de la alimentación transgénica, sin duda, van a abonar el mantenimiento de esta cuestionable sobreprotección, habida cuenta de las exigencias de cautela de las que participan otras ramas el ordenamiento (reglamentación comunitaria, por ejemplo).

E. La imputación objetiva

Advertida la presencia de nocividad, derivada de la realización de las conductas que los tipos penales contemplan, es necesario responder afirmativamente a la cuestión de si ese resultado, ligado causalmente a la acción, puede imputarse objetivamente. No basta con verificar esa ley de cobertura (causalidad, objetiva o subjetivamente constatada) sino que es necesario recorrer los criterios correctores a la relación de causalidad que la teoría de la imputación objetiva propone. Puede que el concreto sujeto fuera consumidor de productos transgénicos, pero las lesiones que presenta no se deban a tal consumo, o que debiéndose, no se posibilite la imputación penal de ese resultado a las actividades de comercio de los productos nocivos.

Es por ello que surgen problemas añadidos de difícil solución y que, en cierto modo, enturbian el juicio de tipicidad de los comportamientos sobre alimentos transgénicos que concitasen afecciones a la salud.

La doctrina penal autorizada⁷⁸ añade a la verificación causal una suerte de “filtros” que afectan a la tipicidad de los comportamientos. Del recorrido de los mismos advertimos la dificultad apuntada:

⁷⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, “La regulación el delito alimentario nocivo...”, cit. p. 1085.

⁷⁸ Sobre la imputación objetiva contamos con abundante literatura en la que se manifiesta la sistemática que aporta tal teoría para la teoría del delito. Vid. entre otros: LESCH, *Intervención delictiva e imputación objetiva*, Universidad del Externado de Colombia, Bogotá, 1995; REYES ALVARADO, *Imputación objetiva*, Temis, 1994; AAVV, *Omisión e imputación objetiva en derecho penal, Jornadas Hispano-Alemanas en homenaje al Prof. Claus Roxin, con motivo de su investidura como Doctor "honoris causa" por la Universidad Complutense de Madrid*, Madrid, 1994; MARTÍNEZ ESCAMILLA, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992; LARRAURI PIJOAN, “Notas preliminares para una discusión sobre la imputación objetiva”, *ADPCP*. 1988, pp.715 y ss.

a) El incremento de riesgo derivado de la acción

Cuando afirmamos que el comportamiento que causa el resultado solo será punible si *ex ante* es objetivamente previsible la consecución del resultado, ¿podemos afirmar esa previsibilidad de resultados nocivos cuando la misma investigación científica no se pone de acuerdo en la nocividad de los productos transgénicos y/o modificados genéticamente?

Ya no se trata de que en el caso concreto se demuestre la nocividad, sino de si tal efecto era previsible para el sujeto activo de manera apriorística. Ciertamente que la avalada nocividad del caso concreto servirá para afirmar la previsibilidad respecto de otros futuros sujetos que intervengan en similares procesos causales, pero respecto del concreto sujeto que no cuenta con “antecedentes” de tal nocividad, difícilmente, podemos decidir tal apriorística previsibilidad.

Lo dicho cuenta tanto para la afirmación de responsabilidades en sede de delito colectivo como individual, pues en las lesiones o muertes acontecidas habremos de establecer también tal previsibilidad *ex ante* de esos resultados.

Previsibilidad. En este punto, la teoría de la imputación objetiva habrá de demostrar la adecuación del resultado (nocividad) al riesgo realizado con la acción (favorecimiento de alimentos transgénicos al consumo humano).

De la ausencia de resultados científicos incuestionados sobre la inocuidad/nocividad de las prácticas transgénicas de alimentos, la previsibilidad aparece como un dato de difícil (imposible) engarce que pueda servirnos de claro filtro para proyectar las exigencias de la imputación objetiva.

Muy importantes son los esfuerzos realizados en los que se plasma la discutible nocividad de los alimentos transgénicos. La cautela de la Unión Europea, frente a la permisividad de los Estados Unidos, preside tanto la normativa de referencia, como las propuestas de regulación⁷⁹.

La gran dificultad estriba a la hora de establecer la evaluación de riesgos de los alimentos transgénicos, una evaluación que debiera estar sujeta a regulaciones claras y precisas y que, lejos de aproximar criterios⁸⁰, traduce la discusión presente y obstaculiza la adopción de medidas. Tal es así que la eva-

⁷⁹ Entre estas últimas cabe citar el citado “Libro Blanco sobre Seguridad Alimentaria” de la Comisión de las Comunidades Europeas que trata de establecer la transparencia a todos los niveles de la política en materia de seguridad alimentaria, presentando más de 80 acciones independientes para los próximos años que implicarán también el control y seguimiento de los OMGs, presididas por el principio de precaución, con la atribución de responsabilidades a productores y proveedores de la alimentación. La propuesta se basa en el Libro Verde de la Comisión y en las diferentes consultas que desde 1997 se han realizado.

⁸⁰ Un intento de establecer criterios en esta necesaria evaluación de riesgos puede observarse también en el Protocolo de Cartagena sobre Seguridad de la Biotecnología del Convenio sobre la diversidad biológica, donde se facilita un Anexo (III) sobre principios generales y metodología en esa evaluación. Tal Protocolo, firmado por 77 países (incluido España) tan sólo ha sido ratificado por Bulgaria, el 13 de octubre de 2000, siendo necesaria, para su entrada en vigor, la ratificación de, al menos, 50 Estados.

luación de riesgos prevista en el Reglamento 258/97 CE, que debiera aparecer en diciembre del año 2000, será seguramente postpuesta.

Por su parte, la evaluación de seguridad de los alimentos transgénicos realizada por el Informe FAO/OMS propone que la evaluación de un producto modificado genéticamente habrá de indagar la “*equivalencia sustancial*”⁸¹ entre este producto y los no modificados genéticamente. La realización de las pruebas de equivalencia podría ayudarnos en la indagación de los efectos previsibles del alimento, dado que tales pruebas vienen presididas por razones de seguridad alimentaria.

Caso de que *se determine tal equivalencia*, el producto se considera seguro y apto para el consumo humano. La previsibilidad de que la manipulación genética operada en productos “equivalentes” concite afecciones respecto de la salud, es descartada por el citado informe FAO/OMS (igualmente el informe OECD de Edimburgo-28 de febrero a 1 de marzo de 2000-) o, mejor dicho, la previsibilidad de uso y consumo de ese producto no difiere del uso o consumo del otro producto equivalente y no modificado genéticamente.

Caso de que *no pueda demostrarse la equivalencia* entre productos modificados y no modificados genéticamente, habremos de entender que aquéllos habrán de desestimarse para el consumo y uso humanos. Cuando los alimentos no son equivalentes sustancialmente, el principio de cautela insiste en desestimar el producto, por tratarse de “otra cosa” de efectos potencialmente nocivos⁸².

Sin embargo la previsibilidad no es necesariamente determinada por esta prueba de equivalencia:

- En primer lugar, la no equivalencia sustancial no tiene porque referir la nocividad de uno u otro alimento en comparación. La divergencia puede señalar otros aspectos distintos del producto que nada tengan que ver con los posibles efectos en la salud.

El citado informe cuenta con detractores que cuestionan el diseño de esa evaluación de seguridad y enfrentan resultados que contradicen las propuestas. Se discute sobre la oportunidad de las pruebas de equivalencia que han sido contestadas de “poco definidas y nada discriminatorias”⁸³. Quiere

⁸¹ El concepto de “equivalencia sustancial” introducido por la OCDE en 1993, propone que si un alimento procedente de la nueva biotecnología se puede caracterizar como equivalente a su predecesor convencional, puede suponerse que no plantea nuevos riesgos y es aceptable su consumo.

⁸² Sin embargo, ya conocemos como la normativa comunitaria (Reglamento 258/97) no desestima el consumo humano de estos productos “no equivalentes”, previendo tan sólo un etiquetado específico, indicador de la falta de equivalencia (art.8 del Reglamento).

⁸³ Las contradicciones van desde afirmaciones sesgadas a favor de la tecnología, vacío de responsabilidades en aspectos de seguridad, exclusión de elementos de riesgo, afirmaciones erróneas acerca de la ingeniería genética, acientificidad y arbitrariedad en el principio postulado de equivalencia sustancial, desconocimiento de evidencias científicas, etc. Vid. WAN HO y STEINBRECHER, *Fallos fatales en la evaluación de seguridad de los alimentos, respuesta crítica al informe FAO/OMS*, cit.

decir ello que la inocuidad de los alimentos transgénicos equivalentes sigue estando en tela de juicio. La previsibilidad de efectos nocivos no puede descartarse.

- En segundo lugar, la evaluación de seguridad que se organiza desde el principio de equivalencia puede venir rebatida por los conocimientos o creencias del sujeto activo, lo que complica el dato mismo de la previsibilidad.

En los concretos parámetros del juicio de previsibilidad concreto, puede ocurrir que tales riesgos sí sean previsibles para el sujeto activo. Recordemos la nada desdeñable capacidad investigadora de determinados laboratorios de la industria alimentaria que pudiera arribar a resultados incuestionados sobre el riesgo de tales productos.

Porque para la doctrina mayoritaria, la previsibilidad de resultados con la que debe contar el sujeto activo se hace depender igualmente de sus conocimientos particulares. Es por ello que los conocimientos especiales que puede tener el concreto sujeto, habrán de añadirse a los del hombre medio ideal (en este caso representable por los conocimientos generales que define la investigación ajena y generalizada).

Quiere esto significar que la realización de pruebas de equivalencia que resulten afirmativas no descartan la previsibilidad de resultados nocivos.

- Por último, si se suma a ello que la previsibilidad exige un alto grado de posibilidad del resultado o de determinación según las reglas de “común experiencia”, la previsibilidad se diluye en un dato tan débil que difícilmente va a poder determinar respuestas afirmativas en este primer filtro que la imputación objetiva organiza.

En resumen, el juicio de previsibilidad de resultados nocivos derivados de la fabricación y destino de los alimentos transgénicos, que debiera organizar una respuesta afirmativa en sede de imputación objetiva es un dato que, caso de organizarse desde la propuesta equivalencia sustancial entre productos, no ofrece un criterio suficientemente seguro como para determinar la afirmación de este primer filtro de la imputación objetiva. Las consideraciones que arroja la “prueba de equivalencia sustancial” no son definitivas, dada la cuestionabilidad de la misma, los añadidos y diferentes conocimientos del autor y la falta de reglas de la común experiencia.

Ello no obsta para que la previsibilidad de efectos nocivos pueda asegurarse en el caso concreto. En este punto, tan sólo comentamos la dificultad de establecer tal dato mediante el recurso a la “equivalencia sustancial” de los alimentos modificados o no genéticamente.

Pero no acaba aquí la requisitoria propia de la teoría de la imputación. No basta con la creación o actualización de riesgos de previsible lesividad o afección conocidos o cognoscibles por el autor, lo que nos lleva a la naturaleza del riesgo propuesto por el comportamiento. Ni que decir tiene que si la previ-

sibilidad fuera nula, descartada o inexistente, no haría falta insistir en mayores reflexiones.

b) La naturaleza del riesgo (la desaprobación o permisión del mismo).

Para un amplio sector doctrinal, la imputación objetiva propone que el riesgo que acontece con la acción sea desaprobado jurídicamente. Los “riesgos permitidos”⁸⁴, pese a que convoquen previsibles resultados, no deciden responsabilidad penal. Es por ello que la fabricación o comercialización de los alimentos transgénicos se hace acreedora de interrogantes respecto de su aprobación, como expresión, también, de la existencia misma de riesgos incontrovertibles. Tales extremos concitan la idea de permisión o autorización de los riesgos en la ponderación de intereses que el derecho penal no puede desatender^{84a}.

Esta ponderación alcanza, también, a normas no estrictamente penales, que debieran definir el marco de la permisión de los productos transgénicos, de manera y modo que el derecho penal, en sede de la valoración típica del supuesto de hecho, pudiera determinar si se da o no la permisión de determinadas prácticas en armonía con el ordenamiento jurídico tomado en su conjunto. Tales consideraciones, se discute, pudieran pertenecer al ámbito de la antijuridicidad (o tipo negativo, en su caso)⁸⁵; si las abordamos en este lugar es por reconocer la importancia que, para la conformación del tipo imprudente, mantiene el ámbito del riesgo permitido con el deber de cuidado⁸⁶. En todo caso, el fundamento de la responsabilidad penal no puede darse cuando persisten autorizaciones a las conductas objeto de análisis que generan tales riesgos.

La legitimación material de los riesgos implica una valoración de consecuencias jurídicas, y en tal valoración entran en juego diferentes criterios como la utilidad social, la inevitabilidad del riesgo, la necesidad de determinadas actividades y la habitualidad general del peligro⁸⁷.

Si nos acercamos a estos criterios observamos cómo todos ellos son objeto de las contradicciones inherentes que dificultan la imputación objetiva al condicionar la naturaleza de “permisión” del riesgo.

⁸⁴ Vid. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido en Derecho penal (régimen jurídico penal de las actividades peligrosas)*, Madrid, 1995; del mismo: “El límite entre la imprudencia y el riesgo permitido en el Derecho Penal, ¿es posible determinarlo con criterios utilitarios?”, en *ADPCP*, 1996.

^{84a} La imputación objetiva propone, de igual modo, una valoración ex post, sobre la base de que ese incremento del riesgo desaprobado jurídicamente, se actualice en un resultado sobre el que valorar la imputación. Sino insistimos en la valoración ex post, es debido a que partimos de la hipótesis de trabajo que manifiesta la nocividad efectiva de los OMGs, en el intento de analizar si la respuesta penal, ante la hipotética nocividad, es adecuada.

⁸⁵ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal, parte General I*, Universitas, 1996, p. 392, para no confundir las funciones positivas y las negativas del tipo.

⁸⁶ MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal, Parte general*, Tirant lo blanch, 4º ed. Valencia, 2000, p. 337.

⁸⁷ PRITTWITZ, *Strafrecht und Risiko*, citado en LÓPEZ DÍAZ, *Introducción a la imputación objetiva*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 106.

Para los defensores de los OMG cabe hablar de *utilidad social* ante los efectos benéficos para los consumidores (mejoramiento de cosechas, eliminación de plagas, mayor vida útil de los productos, etc.) y para todo el conjunto de la sociedad (solución a las situaciones de hambre en el mundo). Tales “riesgos”, que en ocasiones no son advertidos como tales, serían necesarios e inevitables porque la prohibición paralizaría estos logros propios del desarrollo social. Respecto de la costumbre general de los mismos, cabría también alegar que la intervención genética se viene realizando desde antiguo mediante métodos menos precisos y que la modificación que permite la actual ciencia, en nada se separa de los “métodos de selección natural”, dado que la biotecnología no es ninguna ciencia nueva⁸⁸.

Por el contrario, los detractores de los OMG alegan la impertinencia de tales productos y de los riesgos que concitan. Su necesidad es cuestionada porque los logros sociales son más bien logros económicos para determinadas empresas. Los temidos efectos en bienes jurídicos tan importantes (salud, vida, medio ambiente, biodiversidad, etc) no pueden corresponderse a utilidad social alguna⁸⁹. De igual modo, la falta de evaluación clara del riesgo, que está siendo siempre objeto de discusión en cuanto a su alcance, imposibilitaría la adjetivación de “permitido”, por desconocerse el alcance real del mismo riesgo.

En el espacio de discusión, la Unión de consumidores ha elaborado un decálogo que se decanta por la desautorización de los riesgos para garantizar, en todo caso, la inocuidad de los productos. Así, el punto segundo de su “decálogo” contempla que “Cuando exista la más mínima duda de riesgo demostrado para la salud de los consumidores, ni se notificarán ni se autorizarán”. La autorización de los OMGs se hace derivar de la inexistencia del riesgo para la salud en los casos en que se consigan beneficios sociales, beneficios secundarios, mejoras nutricionales y a la par no se ponga en peligro el medio ambiente. En esa ponderación salud/medio ambiente, éste último puede ser puesto en peligro cuando existan beneficios demostrados para la salud de los consumidores⁹⁰.

⁸⁸ Sobre este tenor, vid la citada página <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?3230>

⁸⁹ Sobre todo en lo que respecta a alimentos modificados genéticamente. Respecto de otros productos como medicamentos, vacunas, etc. asistimos a una crítica menor, quizá debida a la administración más controlada de estos productos, a su insustituibilidad en casos y a su efecto benéfico indiscutible. Vid. URRIALDE de ANDRÉS, “Ponencia sobre alimentos transgénicos”, cit., p. 1.

⁹⁰ Puntos tres y siete del decálogo. “Cuando no exista riesgo demostrado para la salud de los consumidores y la modificación genética implique un beneficio social para los ciudadanos, como puede ser una determinada enfermedad, se notificarán y autorizarán.” (punto 3) y “Cuando no exista beneficio demostrado para la salud de los consumidores y sólo exista un mayor rendimiento económico y si exista y esté demostrado un riesgo para el medio ambiente, no se notificarán y no se autorizarán” (punto 7). Citados en URRIALDE de ANDRÉS, “Ponencia sobre alimentos transgénicos...”, cit. p. 14 y ss. También puede consultarse en <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?3230>

Aunque la utilidad social, que debiera legitimar el riesgo desde un punto de vista material, sea objeto de diferente valoración, el carácter permitido o no de los riesgos puede verse explicitado o concretado en las normas que regulan la actividad. Por ello, son de interés las normas que contemplan la presencia de los OMG en actividades de su creación y de puesta en el mercado. En este caso, la naturaleza permitida del riesgo es objeto preferente al plasmarse en normas que sí acreditan cierta permisión.

¿Cuál es el alcance de la permisión?

La permisión, cuestionada desde distintos frentes⁹¹, sí se ve comprometida en las normas que posibilitan determinadas prácticas de los OMGs y que ya fueron objeto de análisis cuando atendimos los extremos de autorización de comercio y fabricación de transgénicos, lo que nos ocupó en la reflexión del alcance del art. 363,4 CP⁹².

¿Se trata de actividades admitidas que encajan en los supuestos comunes de “riesgo permitido”⁹³? De responder en sentido afirmativo, y caso que se diera un efecto previsible de nocividad, que no es desconocido siquiera por la legislación comunitaria⁹⁴, no debiéramos afirmar responsabilidades penales, por tratarse de un riesgo autorizado.

Hemos de significar que las autorizaciones no se significan, realmente, como riesgos permitidos, sino más bien la autorización lo es de prácticas en las que se de una confianza sobre la inocuidad de las mismas. El carácter adjetivado del riesgo (permitido o no permitido), pasa por verificar ese mismo substantivo (riesgo) que es, precisamente, lo que se discute y que, de preverse, impediría la misma autorización.

No podemos afirmar que esa autorización respalde la elaboración o el comercio de muchos productos transgénicos. El alcance de la permisión de comercio se centra, primordialmente, en el algodón, maíz, soja y tabaco modificados genéticamente para propiciar la resistencia a herbicidas de amplio espectro o proteger tales variedades cultivadas frente a insectos y virus⁹⁵. El

⁹¹ Del régimen de autorizaciones cabe destacar las lógicas críticas lanzadas por los defensores de los productos transgénicos. Para el CSIC la moratoria que define la Unión Europea provoca que nos estamos quedando atrás, respecto de Japón o EEUU (Agencia EFE, 4 de mayo de 00) Vid. <http://www.biotechknowledge.com/showlid.php3?3380>

⁹² Vid supra, 3.2, C., a), 1.

⁹³ Así PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido...*, cit., p. 37 cuando ejemplifica las situaciones o casos que se contemplan unidos a esta expresión que más tarde dota de significación.

⁹⁴ El considerando 14 del citado Reglamento (CE) 1139/98 explicita: Considerando que no puede excluirse la posibilidad de que el ADN o la proteína derivados de la modificación genética contaminen accidentalmente productos alimenticios... “

⁹⁵ Vid. las permisiones de cultivo y comercialización apuntadas supra, 3.2, C., a), 1. y notas concordantes. Igualmente, FERNÁNDEZ ANERO y COSTA VILAMAJO, “Variedades genéticamente mejoradas para una Agricultura Sostenible: situación y perspectivas” en *V Jornadas sobre calidad en la Industria Alimentaria*, Vitoria, mayo de 1999. p 4 y ss.

alcance de las permisiones de los cultivos o creación de alimentos transgénicos (experimentación) debiera interesarnos en menor medida y siempre que tales prácticas incidan en la puesta en peligro de la salud de los consumidores, lo que exigiría un acto de puesta a disposición de los mismos.

Sin embargo, no es de extrañar que el futuro vea incrementadas las permisiones para otros distintos productos transgénicos. El Informe FAO/OMS, que nace con vocación internacionalista, caso de llegar a un acuerdo sobre seguridad de los alimentos manipulados genéticamente, establecería los estándares de seguridad de la comisión Codex Alimentarius de la OMS. Caso de apreciar la tan cuestionada seguridad, ningún país podrá prohibir la importación de alimentos MG siempre que el Códex los determine seguros.

c) El fin de la norma

Por último, las consideraciones relativas al fin de la norma, como criterio añadido de la imputación objetiva, responden a consideraciones teleológicas. Cabe recordar, en este punto, que la posibilidad de una interpretación teleológica del tipo ha de darse con garantías para el reo.

Tal comprobación finalística ha de darse secuencialmente a la comprobación de los anteriores criterios correctores. En nuestro caso, respecto del articulado de referencia que hemos analizado previamente, hemos de afirmar que sí nace con esa vocación de proteger la salud pública, a la par que, mediante ese recurso de adelantar la barrera de protección, garantizar la salud y la vida individuales, que son los extremos que nos ocupan. Los resultados de afecciones a la salud individual y a la salud pública, derivados de la puesta en contacto de alimentos nocivos con los consumidores caen dentro de las previsiones de las normas contempladas, que se dictaron, precisamente, para evitar esos procesos causales. No surgen, respecto de este criterio corrector, tantas dudas como las propias de los criterios anteriores.

En resumen, en lo que respecta a la imputación objetiva que hemos de verificar necesariamente para atribuir responsabilidades, el panorama que presentan los delitos alimentarios, instrumentados desde los alimentos transgénicos, concita una interesante problemática, deudora de las dudas respecto de la nocividad de los alimentos y productos transgénicos. Tal es así que el concepto de riesgo ex ante que propone la acción típica es objeto de discusión y dificulta la verificación de ese primer criterio de la imputación. Si a ello se suma que la discusión científica no viene ofreciendo datos sobre la inmediatez de resultados, ya que éstos también se hipotizan como previsibles a largo plazo, el panorama se complica aún más. Nos referimos a las dificultades de imputar las afecciones a la salud cuando media un lapso temporal entre tal resultado y la acción, lo que se significa en gran medida, de ser ciertas las opiniones de grupos ecologistas que denuncian el carácter de

“bomba de efectos retardados” respecto de la implementación y presencia de los alimentos transgénicos⁹⁶.

4. A modo de conclusiones.

Resulta difícil concluir un estudio inacabado, ceñido primordialmente a aspectos de la tipicidad objetiva de los delitos alimentarios. Como anunciamos, las reflexiones precedentes nacen con el propósito de advertir si el diseño de los tipos penales, de protección a la salud pública desde la realidad transgénica de los alimentos, se muestran o no idóneos a tales fines, respetando, igualmente, las garantías de intervención propias del derecho penal.

De la sucinta y precedente reflexión, advertimos que tales normas arrojan una suerte de deficiencias, porque a) Proponen una improcedente circunscripción al ámbito mercantilista, siendo que los alimentos transgénicos pueden desplegar sus efectos (caso de su discutida nocividad) fuera de los circuitos estrictos de las figuras mercantiles. b) Asistimos a la profusión de comportamientos muy similares con distinto tratamiento. Tal se advierte cuando la estructura de ley en blanco o el reenvío a normas no penales (vía autorizaciones) no se predica de todas las fórmulas penales. La crítica que proponemos no sólo se hace depender de la pertinencia de tal técnica legislativa (resaltando su aspecto garantista), sino de la necesidad de coordinar las normas de reenvío existentes donde se superponen normas nacionales y comunitarias. A ello se suma que las consideraciones de comercialización internacional van a exigir una armonización inexistente y de difícil factura c) Se mantienen figuras de delitos de peligro abstracto, concebidas como actos preparatorios o de escasa (nula) repercusión en la salud.

Pero igualmente se apuntan otros problemas que en nada dependen de la conformación de los tipos. El gran problema es otro: la discutida nocividad de los alimentos transgénicos obstaculiza los presupuestos de aplicación de las mismas normas, porque a) La prueba de equivalencia sustancial, que pudiera aportar un importante dato de partida en la indagación de la nocividad, no aparece bien definida, presentándose como algo a desarrollar en futuros programas o, cuando se define, es objeto de críticas. b) Tan discutible nocividad, que se plasma en el principio comunitario de cautela, plasmado en moratorias de autorizaciones, dificulta no sólo la apreciación de la relación de causalidad naturalística, sino que se muestra incapaz de organizar un concepto de previsibilidad que permita la imputación objetiva o capaz de ofrecer los datos de los riesgos permitidos. c) La contemplación de esa nocividad escapa a las meras

⁹⁶ Vid., por todos, extensamente, GÓMEZ RIVERO, *La imputación de los resultados producidos a largo plazo*, Tirant monografías, Valencia, 1998.

reflexiones sobre el bien jurídico colectivo, incidiendo en la aplicación de los tipos penales de naturaleza individual (lesiones, homicidio), previéndose distintas salidas dogmáticas a la desvaloración de los distintos resultados.

A este panorama inicial hay que añadir otras importantes reflexiones que no pueden ocuparnos sin exceder los márgenes de esta primera aproximación y que compromete la investigación en diversos frentes que enunciamos a título de ejemplo :

a) en los márgenes del *tipo objetivo*, hay que indagar el fenómeno de los resultados a largo plazo y las propuestas de imputación y atribución de responsabilidad. Igualmente, sobre la misma imputación objetiva, se ha de definir el papel del discutido etiquetado de alimentos transgénicos que pudiera arribar a las reflexiones de la autopuesta en peligro.

b) En los márgenes del *tipo subjetivo* cabe cuestionar el alcance de las prohibiciones que se ciñen a la imprudencia grave para el delito alimentario colectivo, mientras que ambas fórmulas de imprudencia (grave y leve) sí son previstas en los delitos de naturaleza individual (lesiones o muertes acontecidas). De igual modo, de nuevo, cobra sentido recuperar el concepto y alcance de la previsibilidad en estos delitos, estudiar las normas de cautela, los casos de error, y el dolo y la capacidad de éste para redefinir la atribución subjetiva ante resultados en los concretos sujetos individuales: si la admisión de un concurso ideal, que parte de una misma acción, decide o no un dolo respecto de ambos resultados.

c) En el ámbito de la *antijuridicidad*, debemos de revisar la afirmación por la que son sólo defendibles los bienes jurídicos individuales. ¿Por qué no hablar de “legítima” defensa de la salud pública? ¿qué respuesta otorgaremos a quienes, alertados por su nocividad, destruyen los alimentos transgénicos que va ser puestos a disposición de los consumidores?

d) Igualmente, la entidad de las *penas* debiera ser analizada, revisando las conexiones con otras figuras como las de manipulación genética del mismo código penal. Y la pena tanto en abstracto (análisis comparativo), como en concreto, definida desde la *realidad concursal* que pueda producirse (delitos contra el medio ambiente, delitos individuales, etc.), la responsabilidad civil (de particulares y de la Administración) y de la inevitable duplicidad sancionadora que proponen las normas administrativas.

En tales y otras reflexiones habremos de cuestionar el papel del derecho penal, el merecimiento y la necesidad de su intervención, en un trabajo de imaginación también de política criminal, que concilie, en la medida de lo posible el “in dubio pro securitas” con el carácter de mínima, pero garantista, intervención del *ius puniendi* estatal. Porque muchas son las tentaciones que acontecen en el diseño de intervención penal que, en ocasiones, cede a funciones meramente simbólicas, decididas por la necesidad de intervenir a toda

costa, asignando al derecho penal un papel de corte propagandista ante alarmismos, fundados o no, que la sociedad protagoniza. Valga este intento reflexivo como marco aproximativo que ha de comprometer la labor conjunta de especialistas ante el reto que los alimentos (y demás productos) transgénicos ofrecen a la sociedad.