

PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR

Prof. Dr. Manuel Portero Henares

Facultad de Derecho. Universidad de Castilla – La Mancha

Manuel Portero Henares (2003)

Materiales didácticos de la asignatura Derecho penal económico

<http://www.cienciaspenales.net>

PROTECCIÓN PENAL DEL CONSUMIDOR*

Prof. Dr. Manuel Portero Henares

Facultad de Derecho. Universidad de Castilla la Mancha.

Bibliografía: CARRASCO ANDRINO, M.M., *La publicidad engañosa y el Derecho penal (una aproximación al tipo del artículo 282 del Código penal)*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia, 2000; CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “El delito publicitario en el nuevo Código penal”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 256, 1996; CORCOY BIDASOLO, M., “Responsabilidad penal derivada del producto. En particular la regulación legal en el Código penal español: delitos de peligro”, en MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA D.M. (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996; CUADRADO RUIZ, A., “Protección penal de la salud de los consumidores”, en MARTOS NÚÑEZ, J.A. (dir.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997; CUERDA RIEZU, A., “Contribución a la polémica sobre el delito publicitario”, en *Estudios sobre Consumo*, número 3, 1995; DE LA CUESTA AGUADO, P.M., “Protección penal de los consumidores”, en *Gaceta Jurídica*, tomo 86, 2001; DOVAL PAÍS, A., *Delitos de fraude alimentario. Análisis de sus elementos esenciales*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 1996; GARCÍA ALBERO, R., *Comentarios a los artículos 359 a 367 del Código penal*, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001; GÓMEZ RIVERO, M.C., “Hacia una nueva interpretación del delito publicitario”, en *La Ley*, 1997; GÓMEZ RIVERO, M.C./MONGE FERNÁNDEZ, A., “Venta y manipulación ilegal de medicamentos”, en MARTOS NÚÑEZ, J.A. (dir.), *Protección penal y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1997; HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U., “El delito publicitario”, en *Actualidad Penal*, número 48, 1997; MAPELLI CAFFARENA, B., *El delito de publicidad fraudulenta*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., “El delito de facturación ilícita en perjuicio de los consumidores”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, número 1, 1988; MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, C., *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999; MORENO CÁNOVES, A./RUIZ MARCO, F., *Delitos socioeconómicos*, Edijus, Zaragoza, 1996; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., “Problemas de responsabilidad penal por comercialización de productos adulterados: algunas observaciones acerca del <<caso de la colza>>”, en

* © Manuel Portero Henares (2003). Materiales didácticos de la asignatura Derecho penal económico.

MIR PUIG, S./LUZÓN PEÑA D.M. (Coord.), *Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto*, Bosch, Barcelona, 1996; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F., *El delito farmacológico*, Edersa, Madrid, 1995; SIERRA LÓPEZ, M.V., “Los criterios de agravación del injusto en relación con el delito de venta de medicamentos deteriorados”, en *La Ley*, 1996; SUAREZ, C., *Comentario al artículo 282 del Código penal*, en RODRÍGUEZ MOURULLO, G.(dir.), *Comentarios al Código penal*, Civitas, Madrid, 1997; SUAY HERNÁNDEZ, C., “Los delitos contra la salubridad y seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador”, en AA.VV, *Las fronteras del Código penal de 1995 y el Derecho administrativo sancionador*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997; TERRADILLOS BASOCO, J., *Derecho penal de la empresa*, Trotta, Madrid, 1995; VALLE MUÑIZ, J.M., *Comentarios a los artículos 281, 282 y 283 del Código penal*, en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.)/ MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios al Nuevo Código penal*, Aranzadi, Pamplona, 2001

En la Sección 3ª del Capítulo XI se recoge una serie de delitos orientados específicamente a la protección de los consumidores, por primera vez en la historia de la Parte Especial de la legislación penal española. La valoración político-criminal que merece esta realidad ha de ser muy positiva, con independencia de la necesidad de aportar soluciones a los múltiples problemas dogmáticos que plantean estos delitos tal y como han sido diseñados por el legislador de 1995. Sin embargo, el Código penal contiene un marco de protección de los intereses de los consumidores más amplio, aunque un tanto disperso, basado en la protección de sus intereses económicos, por un lado, y en la protección de la salud, por otro. La protección de los aspectos económicos de la situación de los consumidores en el mercado gira en torno al delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, recogido en el artículo 281, el delito publicitario del artículo 282 y el delito de facturación falsa establecido por el artículo 283 del Código. En cuanto a los aspectos socioeconómicos de la protección de la salud de los consumidores debe ser objeto de análisis la responsabilidad penal por el producto, ubicada alrededor de los delitos de elaboración o tráfico de sustancias nocivas o productos peligrosos, de los delitos farmacológicos y, principalmente, de los delitos de fraude alimentario, en los artículos 359 a 367 del Código penal.

La fundamentación material de la protección de los intereses de los consumidores proviene del contenido del artículo 51 de la Constitución, que impone a

los poderes públicos la garantía en la defensa de los consumidores y usuarios y, en concreto, la seguridad, la salud y sus legítimos intereses económicos. En el modelo de Estado social y democrático de Derecho diseñado por la constitución estos derechos e intereses que se agrupan como principios de la política social y económica han de gozar de una trascendencia real en el ordenamiento e infundir contenidos precisos a las políticas que los han de promover, entre ellas la política criminal. No debemos olvidar, igualmente, que dicha fundamentación material de protección de los consumidores debe atender también a la inclusión del Derecho comunitario originario en el Bloque Constitucional y la del Derecho comunitario derivado en el ordenamiento jurídico. Así, el actual artículo 153 del Tratado de la Comunidad Europea, incluido como artículo 129 A desde 1992 por el Tratado de Maastricht, establece la necesidad de que la Comunidad promueva los intereses de los consumidores y garantice un alto nivel de protección, protegiendo la salud, la seguridad y sus intereses económicos.

Esta base constitucional y comunitaria acoge, incluso impone, la posibilidad de protección de intereses que exceden del ámbito individual y que representan valores de los consumidores como colectivo en el seno del mercado, tanto de naturaleza económica como de salubridad. Dentro de las múltiples categorías que se suelen elaborar sobre este tipo de bienes jurídicos desde aquí promovemos que se utilice la denominación de bienes jurídicos supraindividuales, como más genérica y englobadora de todas las modalidades en que se pueden manifestar. Mas concretamente, y como subcategoría de los supraindividuales, la naturaleza de los bienes jurídicos a los que dan cobertura los delitos relativos a los consumidores es la de los bienes jurídicos colectivos. Ello, unido a la configuración de los tipos que seguidamente analizaremos, va a determinar decisivamente la elección del bien jurídico protegido en cada caso.

I. El delito de detracción de materias primas o de productos de primera necesidad (artículo 281)

A) Bien jurídico

Resulta ser éste un delito de escasos antecedentes en toda la historia de la legislación penal española, y cuya ubicación en el Código penal entre los dirigidos a la

protección de los consumidores no puede esconder que se encuentra a caballo entre esa finalidad y la de defensa de la competencia en el mercado, pues también tiende generalmente a la evitación de alteraciones de precios de las materias primas o de los productos de primera necesidad que puedan ocasionarse por su comisión, con lo que se lo puede caracterizar como un delito pluriofensivo (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pág.116).

El bien jurídico protegido sería el de “los intereses económicos de los consumidores en el abastecimiento de materias primas o productos de primera necesidad según las normas del mercado”, que representa un bien jurídico de naturaleza supraindividual con entidad y autonomía propia respecto de los intereses de cada uno de los consumidores considerados individualmente. Entendemos por “intereses económicos” de los consumidores un concepto amplio que no se limita al patrimonio estricto, sino que además implica la capacidad de elección económica de los consumidores y los costes de oportunidad en la toma de decisiones en el mercado. La protección penal se anticipa, como suele suceder en este sector del Derecho penal, a un momento anterior a la causación de un perjuicio individual en el consumidor, pero la configuración de la conducta típica unida a la naturaleza supraindividual del bien jurídico objeto de protección convierten a este delito en un delito de lesión del bien jurídico supraindividual mencionado.

B) La conducta típica

La acción típica del delito consiste en la detración de materias primas o de productos de primera necesidad del mercado. “Detraer” implica la retirada, el acaparamiento, el apartamiento de dichos productos o materias del mercado, lo que lo convierte en una modalidad claramente activa abortando la posibilidad de considerar posible la comisión por omisión.

El objeto material de la conducta típica lo constituyen las *materias primas* o los *productos de primera necesidad*. La indeterminación de estos elementos descriptivos nos obliga a acudir, en primer lugar, a su interpretación gramatical. En este sentido por “materia prima” ha de entenderse la que utiliza la industria en sus procesos

de producción o fabricación. Evidentemente, este significado, que resulta demasiado amplio e inconcreto, puede ser acotado y restringido acudiendo al sentido económico de la expresión, y conviniendo que las *materias primas* son aquellos bienes “básicos” que se utilizan en los procesos de fabricación o de industria, con lo que en cualquier caso habrá de estarse al caso concreto de cada proceso productivo para la determinación de lo que resulta una “materia prima básica”. En lo que respecta a los *productos de primera necesidad* su determinación resulta aún más dificultosa, y por tanto su inclusión en la norma penal más criticable. El sentido de una interpretación social y cultural de lo que en cada momento puede considerarse *productos de primera necesidad* no ofrece soluciones claras más allá de los que tradicionalmente se consideran incluidos en esta categoría como son los relativos a la alimentación básica, la vivienda o la energía, y hace que resulten de posible inclusión en el concepto los productos relacionados con las telecomunicaciones, la cultura, el deporte (MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, pág.154) lo cual puede llegar a extender el concepto hasta límites indeterminables.

El tipo contiene un elemento subjetivo alternativo consistente en que se exige que el autor de la detracción tenga la *intención de desabastecer un sector del mercado*, de *forzar una alteración de precios* o de *perjudicar gravemente a los consumidores*. Tal y como se formula es necesario que concurra una de estas tres intenciones, es decir no se requiere cumulativamente la presencia de todas ellas en el ánimo del autor. En general, la inclusión de estos tres elementos subjetivos, como sucede en la mayoría de los tipos del Derecho penal económico, supone sobre todo un problema de dificultad en la prueba (MUÑOZ CONDE, P.E., pág.484) lo que complica más aún la viabilidad de estos delitos en su aplicación judicial. No es muy digna de elogio la elección por parte del legislador de la *intención de desabastecer un sector del mercado* y la de *perjudicar gravemente a los consumidores* como elementos subjetivos en este delito, pues resulta evidente que la realización de la conducta típica descrita tiende siempre a forzar una alteración de los precios, que resulta el único elemento subjetivo lógico. La *intención de desabastecer el mercado* siempre será un medio para obtener la alteración de los precios, así como la intención de *perjudicar a los consumidores* siempre será consecuencia de una alteración de los precios, nunca constituirá una intención única y autónoma de lo económico (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pág.121). Como comentario añadido, valga la crítica de la imprecisión que

supone su mera inclusión por la dificultad interpretativa que implica determinar cuándo se perjudica *gravemente* a los consumidores. Hubiera sido preferible, en todo caso, que se hubiera formulado el perjuicio a los consumidores como en el delito publicitario del artículo 282, utilizando la expresión “...*que pueda causar*”, lo cual requiere una prueba más sencilla (MUÑOZ CONDE, P.E., pág.484).

El delito se consuma, por tanto, cuando se realiza la detracción del mercado de las materias primas o de los productos de primera necesidad y concurre alternativamente una de las tres intenciones recogidas como elementos subjetivos del tipo, es decir la intención de desabastecer un sector del mercado, la de forzar una alteración de precios o la de perjudicar gravemente a los consumidores, siendo admisible la tentativa.

C) Autoría

El delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad se encuentra formulado como un delito común por lo que no se requiere una cualidad especial en cuanto a los sujetos que lo puedan cometer. No plantea problemas especiales de autoría, al margen de los propios a casi todo el Derecho penal económico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la realización de las conductas típicas en el seno de formas societarias, para lo cual nos remitimos a la Parte General de esta obra.

D) Concursalidad

La principal relación concursal que debe analizarse al hilo de este delito es la que puede relacionarlo con el delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas recogido en el artículo 284 del Código penal. Se suele sostener que la relación entre ambos delitos ha de resolverse aplicando preferentemente el delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad por ser especial respecto del delito de maquinaciones. Sin embargo nos parece más acertada la opinión de MARTÍNEZ-BUJÁN quien llega a la misma conclusión de que el delito aplicable

prevalentemente debe ser el del artículo 281 pero no por razones de especialidad, pues ni el ámbito de aplicación de uno y otro delitos es el mismo ni las modalidades de la acción en el caso del delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad son las tasadas en el artículo 284, como la difusión de noticias falsas, empleando violencia, amenaza o engaño, o la utilización de información privilegiada. Más bien, el tipo del artículo 281 prevalece sobre el de maquinaciones en virtud del criterio de consunción, suponiendo una conducta material más grave que las meras maquinaciones y un ataque más agudo al bien jurídico (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, págs.123 y 124).

E) Penalidad

La pena establecida para el delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad es la de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses. Quizás existe demasiada desproporción entre la pena de privación de libertad de uno a cinco años establecida como consecuencia jurídica de este delito y la que establece el artículo 284 para el delito de alteración de precios que resulten de la libre competencia, que va de los seis meses a los dos años. La diferencia debe existir a favor de una mayor pena privativa de libertad para el delito del 281 pero quizás no llegando al límite superior de cinco años.

En cuanto a la pena de multa, y como comentario general y extensible a otros delitos, sería deseable que, por tratarse de un delito cometido en el seno del mercado y con un claro referente económico en su objeto material, la cuantía económica de la multa se calculara en función de los criterios establecidos en el artículo 52, es decir en proporción al daño causado, al valor del objeto del delito o, sobre todo, el beneficio reportado por el mismo, y no quedara este artículo 52 reducido en su aplicación a aquellos preceptos que expresamente lo determinen. Así la pena de multa resultaría más adecuada en todo caso a sus fundamentos y fines en el ámbito del Derecho penal económico.

Al este delito, como a todos los recogidos en las secciones del Capítulo XI, le son aplicables las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código.

Al margen de las dificultades dogmáticas que implica la existencia de dichas consecuencias accesorias y las críticas que cada una de ellas pueda recibir en cuanto a su formulación por tratarse de cuasi penas establecidas a personas jurídicas, ha de tenerse presente que podrán ser adoptadas por el Juez junto a las consecuencias jurídicas establecidas específicamente para el delito de detracción de materias primas o productos de primera necesidad del mercado.

F) Tipo cualificado

El apartado segundo del artículo 281 del Código penal contiene un subtipo cualificado del delito de desabastecimiento que agrava la pena al grado superior si el hecho del desabastecimiento de materias primas o de productos de primera necesidad se comete en *situaciones de grave necesidad o catastróficas*. El problema surge a la hora de determinar los elementos de calificación de las *situaciones de grave necesidad y catastróficas*. Se trata de dos elementos de distinta naturaleza, puesto que la situación de catástrofe es un elemento normativo del tipo, pues se encuentra regulada jurídicamente y debe ser objeto de declaración por parte de la Administración. No sucede lo mismo con la *situación de grave necesidad*, que se trata de un elemento descriptivo de difícil determinación.

II. El delito de publicidad falsa (artículo 282)

Desde la aprobación del Código penal de 1995 en su artículo 282 se establece el delito de publicidad falsa, sin antecedentes en la legislación penal española. La versión definitiva de este delito es el fruto de la evolución de los sucesivos proyectos del Código penal desde 1980, y más concretamente de los proyectos de 1992 y 1994. En el Derecho comparado los antecedentes más influyentes de la protección de los consumidores mediante el tratamiento penal de la publicidad los encontramos en el §4 de la Ley sobre Competencia Desleal alemana (UWG) y en el artículo L 121-1 del reciente *Code de la Consommation* francés de 1993.

La normativa comunitaria resulta de especial influencia en esta materia, pues la Directiva 450/84/CEE impulsó el proceso de armonización de las legislaciones de los países miembros en materia de publicidad engañosa, proceso que en nuestro ordenamiento se materializó en la Ley general de Publicidad de 1988. Esta ley regula con carácter general el fenómeno de la publicidad, y no sólo la engañosa sino también la comparativa, la desleal, la publicidad que atente a los valores y principios de la Constitución y la publicidad sobre determinados productos y servicios, y establece un sistema de solución de conflictos basado en las acciones de cesación y rectificación de la publicidad, ejercitables por los consumidores o los competidores afectados por la misma. La regulación extrapenal de la publicidad se completa con las sanciones administrativas establecidas en el artículo 34.6 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984, en el que se establece de un modo excesivamente genérico y deficiente técnicamente una sanción pecuniaria tanto para la publicidad objetivamente falsa como para la que con independencia de su falsedad o no sea susceptible de engañar a los destinatarios de la misma, es decir la publicidad engañosa.

La escasa eficacia de las acciones de la Ley general de Publicidad frente a los fenómenos publicitarios de grandes dimensiones de mercado y la reticencia de la Administración a aplicar el sistema de sanciones de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios justifican en la práctica la existencia de un nivel de protección penal para los fenómenos de publicidad fraudulenta.

A) Bien jurídico

De forma similar a como sucedía al analizar el delito de desabastecimiento, el vínculo establecido entre los valores comunitarios y constitucionales sobre protección de los consumidores y la conformación del tipo del delito publicitario nos inclinan a la selección de un bien jurídico que tenga como referencia un valor o interés colectivo diferenciado de los intereses individuales del sujeto en tanto que consumidor. Y ese interés de los consumidores habrá de referirse necesariamente en estos delitos al ámbito del orden económico, es decir al ámbito del mercado. Así, aparecen nuevamente en este delito “los intereses económicos de los consumidores” como bien jurídico protegible

con fundamentación directa en el artículo 51 de las Constitución y en el artículo 153 del Tratado de la Comunidad Europea.

En relación con la actividad publicitaria los intereses económicos de los consumidores pueden protegerse desde varios ángulos. El delito recogido en el artículo 282 del Código penal se configura considerando que la eficiencia de la veracidad de la información en el mercado sea el aspecto esencial sobre el que la intervención penal se justifica. Bajo esta base varios autores han considerado que es precisamente la “veracidad publicitaria” el bien jurídico protegido por el delito publicitario (así, entre otros, CHOCLÁN MONTALVO y VALLE MUÑIZ). Sin embargo, la “veracidad publicitaria” por sí misma no representa un interés perteneciente directamente a los consumidores y merecedor de tutela penal sino que más bien consiste en un interés instrumental vinculado por igual a consumidores y a competidores (GÓMEZ RIVERO, pág.1.232). El interés de los consumidores en el fenómeno de la publicidad adquiere mayor concreción conforme se vincula a sus aspectos económicos. La propia conformación del tipo del delito publicitario relaciona prioritariamente la publicidad falsa con los aspectos económicos de la posición del consumidor en el mercado, con su libertad de disposición económica (HERNÁNDEZ PLASENCIA, pág.1103.). En esta línea un sector minoritario de la doctrina considera que el bien jurídico protegido por el delito publicitario consiste en los “intereses económicos y sociales de los consumidores” (DE LA CUESTA AGUADO, pág.62, MAPELLI, pág.49 y SUÁREZ, pág.812). A nuestro juicio la redacción definitiva del precepto del delito publicitario asume que la “veracidad de la publicidad” sea uno de los elementos sobre los que se construye la conducta típica, pero también asume de forma patente la importancia de la relación económica de los consumidores con el hecho publicitario. Los “intereses económicos de los consumidores en la veracidad publicitaria” sería la expresión más depurada del bien jurídico protegido por este delito.

B) La conducta típica

El presupuesto de realización de la conducta típica, según la redacción del tipo del artículo 282 del Código penal, viene constituido por los conceptos de *oferta* y *publicidad*, cauces a través de los cuales se realizan las *alegaciones falsas* o la

manifestación de las *características inciertas*. Respecto al concepto de *publicidad*, se trata de un elemento normativo del tipo cuyo contenido se encuentra previamente determinado en una norma jurídica, en concreto en el artículo 2 de la Ley General de Publicidad, que a su vez resulta ser la transposición casi literal del artículo 2 de la Directiva 84/450/CEE. El artículo 2 de la LGP establece un concepto amplio y general de *publicidad* como “toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”. Este concepto de *publicidad* asume tres notas características esenciales: el ser un acto de comunicación, tener una finalidad persuasiva y ser un acto con finalidad comercial. El concepto amplio de *publicidad* ofrecido por la LGP nos permite incluir en él supuestos como la publicidad institucional, la publicidad social, las campañas publicitarias de todo tipo, el etiquetado de productos, y en general todas las manifestaciones de comunicación que tengan directa o indirectamente una finalidad de persuasión comercial.

Cuestión diferente sucede con el concepto de *oferta*, ya que consideramos que su inclusión en el tipo resulta superflua. Uno de los significados de *oferta* consiste en la disponibilidad de un producto en condiciones más ventajosas de lo habitual por circunstancias de fin de temporada, de traspaso de negocio, etc., y que se encuentra plasmado en el artículo 27.1 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. No hay ningún inconveniente en incluir este significado del término *oferta* en el concepto de *publicidad* que acabamos de exponer, por lo que en este caso resultaría sobrante la expresión de *oferta* en el tipo penal. El otro significado del concepto desde un punto de vista técnico es el de la “oferta de contrato” derivado del artículo 1.262 del Código civil, concepto que en su vertiente comercial ha sido aquilatado ampliamente por la jurisprudencia (desde la STS de 14 de julio de 1974) requiriendo que la oferta comercial se realice *ad incertam personam*. Tampoco habría ningún inconveniente en incluir esta acepción en el concepto de *publicidad*. Por todo ello consideramos que el término *ofertas* resulta superfluo e innecesario en la redacción del tipo del artículo 282.

La conducta típica del delito publicitario tiene como objeto material, en dicción del artículo 282 del Código penal, los *productos* o *servicios* sobre los que recaiga la actividad publicitaria. El legislador opta por incluir estos elementos

descriptivos en el tipo en su ánimo de englobar todos los posibles bienes objeto de comercio. Según la definición del Diccionario de la Real Academia Española por *productos* hemos de entender cualquier cosa producida o elaborada con valor económico y por *servicio* cualquier utilidad o provecho que resulta a uno de los que otro ejecuta en atención suya, es decir que ambos términos engloban cualquier manifestación material de una actividad comercial. Aún así, y puesto que el propio concepto de *publicidad* asume entre sus características el ser una actividad de índole comercial, no resultaría necesario reiterar el objeto de la publicidad en la redacción del tipo, puesto que se entiende que la publicidad abarca cualquier objeto material susceptible de comercialización.

La acción típica consiste en la realización de *alegaciones falsas* o en la manifestación de *características inciertas*. Parece que el legislador penal a la hora de redactar este precepto no quiso incurrir en el defecto que han tenido algunas legislaciones extranjeras en esta materia, como la alemana, al construir la conducta típica alrededor de la realización de “alegaciones”, pudiendo quedar restringido este término a las manifestaciones publicitarias orales o escritas excluyendo, entre otras, las meramente gráficas. Por eso se optó por la inclusión de una forma del verbo “manifestar” que parece asumir todas las posibles formas de comunicación en que pueda consistir el mensaje publicitario. Hubiera bastado, entonces, con la mención a las “manifestaciones” sin necesidad de acumular la mención a las “alegaciones”. Con ello se hubiera evitado, igualmente, la reiteración de los adjetivos que acompañan a ambos términos con un significado idéntico como son *falsas* e *inciertas* (CARRASCO ANDRINO, pág.103), pudiendo haber quedado la delimitación de la conducta típica más depurada técnicamente como “realización de manifestaciones falsas”.

Por tanto, la actividad publicitaria resulta típica y merece atención penal cuando sea falsa. Ese juicio de falsedad objetiva debe realizarse para la determinación del contenido esencial de la conducta típica en atención a los múltiples elementos que pueden caracterizar a la publicidad en cada caso concreto, por lo que habrán de tomarse en cuenta las variables de las características esenciales del bien o servicio específico, el sector del mercado en el que se inserta la publicidad, el tipo de empresa anunciante, y, fundamentalmente, el rango de consumidores a los que se dirija la publicidad (HERNÁNDEZ PLASENCIA, pág.1113, y MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pág.99). La

respuesta penal se reserva para los más graves ataques a la veracidad publicitaria mediante manifestaciones que sean objetivamente falsas. Ahí radica la diferencia esencial de la regulación penal de la publicidad falsa con respecto a la normativa civil de la Ley General de Publicidad, prevista para la publicidad engañosa, es decir aquella que con independencia de su falsedad objetiva es susceptible de mover a engaño a sus destinatarios.

Cuestión diferente resulta la distinción entre la tipificación penal de la publicidad falsa y el ilícito administrativo previsto en el apartado 6 del artículo 34 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios tanto para la publicidad engañosa como para la objetivamente falsa. El propio tipo penal nos ofrece un elemento de valoración para la distinción entre la aplicación del ilícito administrativo y el penal, al exigir para la aplicación de este último la existencia en la actividad publicitaria falsa de un potencial *perjuicio grave y manifiesto*. En atención a la naturaleza y a la tipología del bien jurídico protegido, el potencial *perjuicio* causable a los consumidores deberá tener un contenido económico, quedando desvirtuadas aquellas posturas que reclaman la salud o la vida del consumidor como posibles contenidos del mismo (HERNÁNDEZ PLASENCIA, pág.1116 y MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pág.95. En contra, entre otros, CARRASCO ANDRINO, pág.112, CUERDA RIEZU, pág.75 y GÓMEZ RIVERO, pág.1233). La cualidad que el tipo exige al *perjuicio* es la de ser *grave y manifiesto*. En principio aunque la “gravedad” resulta de difícil determinación, puede ser admisible como criterio para distinguir entre las conductas publicitarias típicas y las atípicas. Sin embargo, rechazamos la inclusión en el tipo penal del término *manifiesto* como cualificación del *perjuicio*, puesto que su significado no es otro que el de “evidente”, “real”, “existente” al fin y al cabo, y esa es una cualidad que no se debe requerir expresamente a un elemento del tipo sino que debe exigirse siempre de cualquier elemento de la norma penal (en contra CARRASCO ANDRINO, pág.116, HERNÁNDEZ PLASENCIA, pág.1116, SÁNCHEZ GARCÍA, pág.570, y VALLE MUÑIZ, pág.1.302).

El juicio sobre la determinación de la “gravedad” del *perjuicio* podrá versar sobre dos aspectos: el contenido de la publicidad, con carácter general, o las consecuencias de la publicidad sobre sus destinatarios. En cuanto al contenido de la publicidad, la falsedad podrá referirse al propio objeto de la publicidad, es decir a la

existencia misma del bien o servicio anunciado, o a las cualidades del objeto de la publicidad, y, por tanto, el juicio de gravedad podrá versar sobre cualquiera de esos aspectos. En cuanto a las consecuencias sobre los destinatarios de la publicidad, el juicio de gravedad deberá tener en cuenta las circunstancias que en cada caso concreto sean relevantes y puedan tener una especial consecuencia sobre los intereses de los destinatarios de la publicidad, en suma sobre los consumidores. Para el análisis pormenorizado de esas circunstancias habrá que partir en cada caso de la idea del tipo medio de consumidor, tomando en consideración para ello las circunstancias del sector del mercado, del grupo de destinatarios concreto de la publicidad y sus características comunes. Es decir, la publicidad dirigida al segmento de población de profesionales de un sector concreto nos ofrecerá un “tipo medio de consumidor” distinto a la publicidad dirigida a niños, y esas circunstancias concretas del tipo medio de consumidor en cada caso serán el punto de partida en el juicio de gravedad del posible perjuicio que ocasione la publicidad falsa.

Se plantea parte de la doctrina si es o no posible la omisión impropia en el delito publicitario, es decir la comisión por omisión del delito en los casos en los que se silencien datos en la publicidad (SÁNCHEZ GARCÍA, pág.568). A nuestro juicio, tal actividad representa siempre un supuesto de acción, puesto que silenciar datos cuya relevancia provoca la falsedad de la publicidad es una conducta activa. Con ello se inserta, en cualquier caso, en el mercado publicidad falsa lo cual implica cometer siempre activamente el delito publicitario (en el mismo sentido CARRASCO ANDRINO, pág.119, CHOCLÁN MONTALVO, pág.5 y MARTÍNEZ-BUJÁN, 1999, pág.100).

C) Autoría

El delito publicitario se configura como un delito especial propio, restringido a quienes posean una determinada cualidad subjetiva para cometerlo: los *fabricantes* o *comerciantes*. Es esta una terminología propia del Derecho mercantil decimonónico y sugerimos que debería haber sido empleado el término “empresarios”, más preciso técnicamente y actual en la legislación comercial. En cualquier caso, y para evitar cualquier resquicio interpretativo, podría haberse diseñado como un delito

general utilizando la expresión “el que...” o “los que...”, como sucede en la regulación penal de la publicidad en Alemania y en Estados Unidos (LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁZQUEZ, P.E., pág.257).

Los problemas de autoría en el delito publicitario giran alrededor del papel que desempeñan las agencias de publicidad, es decir aquellas empresas que en muchos casos diseñan la publicidad por cuenta de una empresa respecto de sus bienes o servicios o bien ejecutan dicha publicidad o bien realizan ambas cosas. En general, debe señalarse que en función del “dominio del hecho” será la empresa anunciante, es decir la propietaria de los bienes o servicios anunciados, quien ostente en todo momento la capacidad de decisión sobre el contenido de la publicidad, sobre los niveles de información que ésta contenga, sobre su ejecución, etc., con independencia de que la agencia de publicidad la diseñe o la ejecute. Será, por tanto, la empresa anunciante quien tenga la cualidad de autor, ya sea inmediato o mediato. La participación de la agencia de publicidad habrá que valorarla en cada caso concreto en función de la teoría de los bienes escasos, y en general cuando participe en el diseño de la publicidad, entrando en juego su pericia, capacidad artística, creatividad, su aportación constituirá un bien escaso y su cualidad será la de cooperador necesario. Cuando participe únicamente en la ejecución de la publicidad, lo cual constituye una labor más rudimentaria, y no en el proceso creativo de la misma su cualidad será la de cómplice.

D) Concursalidad

Se puede establecer una íntima relación entre el delito publicitario y el tradicional delito de maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar para la libre competencia, recogido en el artículo 284 del Código. Sin embargo la situación en la que se encuentran ambos delitos cuando la publicidad se use con la intención de alteración de precios es la de coincidencia parcial impropia, es decir un supuesto de concurso aparente de leyes en el que en realidad todo el desvalor de la acción lo asume el tipo de las maquinaciones, siendo éste el aplicable. La situación será de coincidencia parcial propia cuando la falsedad publicitaria se lleve a cabo defraudando algún derecho de propiedad industrial. En ese caso ni el tipo del delito publicitario ni el de cualquiera

de los delitos sobre propiedad industrial asume todo el desvalor del hecho, resultando un supuesto de concurso ideal.

Lo mismo sucederá en la relación que se puede establecer entre el delito publicitario y el delito de estafa. A priori, la situación parece similar a la que se establece con el delito de maquinaciones, es decir uno de los medios comisivos de la estafa podría ser la publicidad falsa con lo que todo el desvalor del hecho lo asumiría el delito de estafa y el concurso aparente de leyes se resolvería a favor de la aplicación de éste. Sin embargo, en la relación entre el delito de estafa y el de publicidad falsa ha de tomarse en cuenta la diversidad de los bienes jurídicos en juego, en un caso el patrimonio individual y en otro un bien jurídico supraindividual consistente en los “intereses económicos de los consumidores”. En virtud de ello, la existencia de un único hecho consistente en que a través de la publicidad se comete el delito de estafa no supone un desvalor que abarque íntegramente uno de los dos delitos. En este caso nos encontraríamos con un supuesto de concurso ideal. Según el momento en que quede cortada la acción podrá darse un concurso ideal entre el delito publicitario y el delito de estafa o entre aquél y la tentativa de estafa, si ésta no llegara a consumarse.

La misma relación de concurso ideal cabe establecer con los delitos contra la salud pública de los artículos 360 o 363.1., cuando cualquiera de las conductas descritas en ellos se implique además la utilización de publicidad engañosa. Dada la diversidad de bienes jurídicos en juego en cada delito el desvalor del hecho no agota la lesión contra los intereses económicos de los consumidores o contra la salud pública, por lo que resultan aplicables las reglas del concurso ideal de delitos.

E) Penalidad

La elección de las consecuencias jurídicas del delito en Derecho penal económico es un aspecto sumamente complejo que resurge al hilo del análisis de cada uno de los tipos de la Parte Especial. La tradicional polémica sobre la opción o la acumulación de la pena corta privativa de libertad y las penas pecuniarias se concita en el delito publicitario al establecer alternativamente una pena privativa de libertad de entre seis meses y un año y una pena de multa de seis a dieciocho meses.

Desde aquí se propugna que la eficacia de la pena privativa de libertad y el principio de proporcionalidad se verían mejorados elevando la duración hasta los dos años. En cuanto a la pena de multa, a nuestro juicio, su ajuste a la realidad requiere que el propio tipo penal establece el criterio de su cuantificación en función del volumen de ventas del anunciante que haya cometido el delito publicitario, pues la aplicación de la actual pena de multa resulta ridícula para anunciantes de grandes dimensiones de mercado, ámbito que suele ser el más proclive a la comisión de falsedades publicitarias. La capacidad preventiva de las consecuencias jurídicas se vería aumentada con el establecimiento cumulativo de las penas privativa de libertad y de multa, tal y como sucede en el artículo 281, y no alternativamente como de hecho se establecen en el artículo 282.

Téngase en cuenta, al igual que en el anterior delito analizado, que junto a las consecuencias jurídicas establecidas en el delito publicitario serán de posible adopción por el Juez, en virtud de lo dispuesto para todo el Capítulo en el artículo 288, las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 del Código penal.

III. El delito de facturación falsa (artículo 283)

A) Bien jurídico

El artículo 283 recoge un tercer delito específicamente dirigido a la protección de un aspecto del interés económico de los consumidores en el mercado, sin un antecedente directo en el anterior Código penal. Se trata de un genuino delito socioeconómico de consumo (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, pág.106) consistente en la defraudación de las cantidades al facturar productos o servicios por medio de aparatos automáticos.

El bien jurídico protegido ha de delimitarse en atención a la estructura del tipo como uno de los aspectos de los intereses económicos de los consumidores, en este caso “el interés económico de los consumidores en la medición fiel de las cantidades de productos o servicios”. La fundamentación constitucional de los aspectos de protección de “los intereses económicos de los consumidores” en el mercado que se realizó al analizar el delito de desabastecimiento de materias primas o productos de primera

necesidad debe traerse a colación en este momento en los mismos términos. Aunque esta postura es arriesgada, podemos convenir, al igual que sucede en los otros dos delitos contra los consumidores, que en función de la elección del bien jurídico y de la estructura del delito la naturaleza del tipo es de lesión del bien jurídico supraindividual. En la descripción de la conducta se incluyen todos los elementos resultativos, como la manipulación de los aparatos de medición y la facturación falsa de los productos o servicios así cuantificados, quedando lesionado el bien jurídico señalado desde el momento en que esos elementos se den en el mercado.

B) La conducta típica

La conducta típica del delito de facturación falsa está compuesta por la constatación de dos acciones: la de *alteración o manipulación de aparatos automáticos* de medición y la de facturación por cantidades superiores (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, págs.68 a 82). La determinación de estos elementos descriptivos utilizados por la norma penal requiere que acudamos a su sentido gramatical, ofrecido por el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Así, “alterar” o “manipular” suponen perturbar, trastornar, estropear la esencia de una cosa para manejarla a nuestro antojo, lo cual supone, en lo que a nosotros ahora interesa, un amplio espectro acciones que supongan la modificación del funcionamiento de los *aparatos automáticos* de medición. El objeto material de este primer componente de la conducta típica está compuesto, precisamente, por dichos *aparatos automáticos* de medición. Acudiendo de nuevo al sentido gramatical, por tales hay que entender cualquier conjunto de piezas que funcione en todo o en parte por sí solo. Sin exceder el sentido literal de la definición debe entenderse incluidos todo tipo de aparatos de medición que incorporen cualquier automatismo, por simple que sea, y, entre otros, cualquier tipo de aparato contador de energía eléctrica, de agua, de gasolina, aparatos de medición de pesos de todas dimensiones, o poniendo un ejemplo muy reciente valga el de los contadores de los servidores de acceso a Internet, entre otros.

La segunda acción típica consiste en que se *facturen de cantidades superiores por productos o servicios*. Debe apuntarse dos comentarios al respecto. Al introducir la facturación de cantidades “*superiores*” se olvida el legislador de incluir el

elemento de comparación de dicha superioridad, con lo que la expresión legal queda gramaticalmente truncada. Por pura lógica la facturación que se tipifica es la de cantidades “*superiores*” a las que debieran ser facturadas en atención a la cantidad real y fielmente medida de productos o servicios. Sobre la utilización del término “facturar”, el legislador ha pretendido con ello restringir y aclarar el ámbito de punibilidad de este delito, puesto que para su comisión se requiere la emisión de la factura. Puesto que se trata de un delito contra los consumidores y no contra el patrimonio individual hubiera sido deseable que el ámbito de realización del delito fuera el “ofrecimiento en el mercado” y no la “facturación” concreta. Además, por causa de la introducción del requisito de la facturación pueden resultar atípicos los casos en los que se ofrezcan o lleguen a ser objeto de contratación cantidades superiores a las debidas de bienes o servicios y no se cumpla el nimio requisito de la emisión de la factura. El objeto material de este segundo componente de la acción lo constituyen el *costo o precio* de los *productos o servicios* que se facturen en cantidad superior a la debida. La alusión alternativa al *costo* y al *precio* resulta totalmente superflua, puesto que el primero queda englobado plenamente en el segundo. En cuanto a los *productos o servicios* debe darse aquí por reproducido lo explicado al hilo del delito publicitario, en el cual también se utiliza esta expresión, que en esencia engloba todos aquellos bienes objeto de la contratación en el seno del mercado, es decir todo aquello que puede ser objeto de tráfico comercial.

De modo similar a como sucede en el delito publicitario, se incluye en la descripción de la conducta típica del delito de facturación falsa el elemento del *perjuicio del consumidor*. Generalmente la doctrina entiende la introducción de este elemento como descriptivo de la aptitud lesiva, del potencial peligro que supone la conducta típica para el patrimonio de los consumidores, lo que recalca más aún la cualidad de delito de peligro (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, pág.80, TERRADILLOS, pág.185 y VALLE MUÑIZ, pág.1.301). Desde aquí, sin embargo y al igual que señalábamos al hilo del delito publicitario, entendemos que la textura del bien jurídico protegido implica que la realización de la conducta típica de la facturación falsa ya lo lesiona, entendiendo como uno de los aspectos esenciales de los “intereses económicos de los consumidores” el de la libertad de elección económica en virtud de las condiciones cuantitativas del producto o servicio adquirido. La introducción del elemento del *perjuicio* puede cumplir alguna función distintiva respecto a posibles

sanciones administrativas o civiles si se le cualifica de alguna manera, como sucede en el delito publicitario como “grave” o “manifiesto”, pero resulta superfluo tal y como se configura en el delito de facturación falsa sin cualificación ni adjetivación alguna. El hecho de facturar productos o servicios por cantidades superiores a las que se debería ya implica un perjuicio respecto de los intereses de los consumidores y, desde luego, ya lesiona el bien jurídico protegido.

C) Autoría

Al igual que sucedía en el delito de detracción del mercado de materias primas o productos de primera necesidad, el delito de facturación falsa se encuentra formulado como un delito común por lo que no se requiere una cualidad especial en los sujetos que lo puedan cometer. No plantea problemas especiales de autoría, al margen de los propios del Derecho penal económico sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que la conducta típica se realiza en el marco del mercado y, generalmente, en el seno de formas empresariales societarias.

D) Concursalidad

De un modo similar a como sucede con el resto de figuras típicas sobre protección penal del consumidor, la relación concursal más candente que debe analizarse al hilo del delito de facturación falsa es la que lo relaciona con el delito de estafa. Al igual que en el delito publicitario, la actividad de la facturación ilícita, tal y como se encuentra diseñada en el tipo del artículo 283, puede conllevar la realización de los elementos de la conducta de estafa. Paralelamente, de nuevo, la solución pasa por tener en cuenta la diferencia que media entre el objeto de protección de uno y otro delito, la diferente naturaleza de los bienes jurídicos afectados, en el caso del delito de estafa el patrimonio individual y en el del delito de facturación falsa los intereses económicos de los consumidores, y las diferencias estructurales esenciales entre la tipificación de ambos tipos, para tomar en consideración la solución del concurso de delitos entre ambas figuras frente al concurso de leyes (como sostiene QUERALT, P.E., pág.604). Dentro del concurso de delitos nos inclinamos por la solución del concurso

ideal entre el delito de facturación falsa y el delito de estafa. Cuando un hecho constitutivo de facturación falsa implique la existencia de estafa se estarán afectando dos bienes jurídicos diversos pertenecientes a dos ámbitos de protección, sin que ninguno de los dos delitos asuma plenamente el desvalor de la conducta (MORENO CÁNOVES/RUIZ MARCO, pág.183; en contra MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, págs.92 y ss., quien considera que la relación existente es la del concurso real de delitos).

La relación de concurso ideal cabe ser establecida igualmente entre el delito de facturación falsa y los delitos contra la salud pública recogidos en los artículos 360 y 363.1 cuando concurra en la realización de las conductas que describen la utilización de facturación falsa, pues en tal caso ninguno de los tipos asumiría por sí solo todo el desvalor del hecho.

E) Penalidad

La penalidad del delito de facturación falsa se compone de la acumulación de una pena de prisión de seis meses a un año y una pena de multa de seis a dieciocho meses. Ello supone una mayor gravedad sancionadora respecto del delito publicitario, en el que la imposición de dichas penas se configura alternativamente, lo cual resulta acertado para la doctrina más autorizada (MARTÍNEZ-BUJÁN, 1998, págs.99 y 100) dada la mayor gravedad de la conducta descrita en el delito de facturación falsa. A nuestro juicio, y al igual que respecto del delito publicitario, el límite máximo de la pena de privación de libertad debería aumentarse en grado suficiente para su eficacia preventivo general y en evitación de su suspensión por su cortedad, alcanzando al menos la duración máxima de dos años.

IV. Los delitos relativos a la responsabilidad derivada del producto

Al hablar de la responsabilidad penal derivada del producto nos referimos a las conductas que ocasionan la lesión o puesta en peligro de la salud, ya sea en su dimensión colectiva en tanto que salud pública o ya sea como bien jurídico individual, por medio de bienes de consumo. El nivel de responsabilidad por el producto que es

objeto de atención en el Derecho penal económico es el de las conductas de afectación colectiva en el ámbito del consumo, es decir de afectación de la salud pública como bien jurídico supraindividual. En función de lo cual la casuística, un tanto farragosa, regulación que en nuestro Código merecen estos delitos pueden ser estructurada en tres categorías en función del objeto material sobre el que recaen, y así las conductas recogidas en los artículos 359 y 360 tendrían por objeto sustancias nocivas para la salud o productos químicos susceptibles de causar estragos, las recogidas en los artículos 361 y 362 medicamentos, y las de los artículos 363 a 365 bienes de consumo alimenticio.

A) Bien jurídico protegido en los delitos sobre responsabilidad por el producto

Nos referíamos al inicio de este capítulo a la fundamentación material de los intereses económicos y de la salud de los consumidores con base en el artículo 51.1 de la Constitución y en el actual artículo 153 del Tratado de la Comunidad Europea, todo lo cual ha de tenerse en cuenta aquí de nuevo. Con base en el programa penal de la Constitución y de los textos originarios de la Unión Europea se ha de insistir, nuevamente, en la dimensión autónoma de los bienes supraindividuales merecedores de tutela penal, no como meros instrumentos dependientes de un bien individual sino como objetos de protección independiente. Aunque es evidente el carácter pluriofensivo de estos delitos, pues afectan tangencialmente a intereses económicos de los consumidores, a la seguridad del tráfico económico o a la libre competencia, su objeto de protección primordial es la salud pública. Ésta, en tanto que bien jurídico, no es un concepto formado por la agregación de la salud individual de una colectividad de personas. No es, a nuestro juicio, un bien jurídico colectivo de referente individual, utilizado artificialmente por el legislador para anticipar la tutela de la salud individual de las personas y garantizar sus condiciones de seguridad (como por el contrario sostiene DOVAL PAÍS, págs.240 y ss.). Más bien, la salud pública, como interés constitucionalmente digno de protección y promoción, adquiere relevancia y autonomía propia más allá de los referentes individuales de salud, entendiéndola como el conjunto de condiciones generales que garanticen la seguridad y la salud de los ciudadanos. La interpretación integrada del mandato constitucional sobre defensa de la salud pública y

la normativa extrapenal de defensa de los consumidores y usuarios nos conduce a entender que en los delitos contra la salud pública el objeto de protección está constituido por la “seguridad en el consumo”, lo cual implica la significación definitiva de la autonomía de la salud pública como bien jurídico (CORCOY BIDASOLO, págs. 249 a 251).

Al igual que sucedía en los delitos relativos a los intereses económicos de los consumidores, la concreción y la naturaleza supraindividual del bien jurídico conlleva que en los delitos contra la “salud pública en el consumo” la realización de la conducta típica descrita en cada supuesto signifique la lesión del bien jurídico (CORCOY BIDASOLO, pág.249. En contra, en su comentario sobre la regulación del antiguo artículo 346, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, págs.265 y ss.). Cuestión distinta será la determinación del grado de peligro que será exigible en cada caso respecto de la afectación de alguno o algunos de los representantes individuales del bien jurídico colectivo, es decir de la salud individual del o de los consumidores. Como veremos, en ocasiones ese elemento del peligro para los representantes individuales del bien jurídico vendrá expresado en el propio tipo objetivo de algunos de los delitos, determinando el momento de consumación de la conducta típica, es decir el momento en el que se lesiona el bien jurídico colectivo “salud pública”, y en otras ocasiones habrá de determinarse por medio de la interpretación de los elementos del tipo.

B) Delitos de elaboración o comercio de sustancias nocivas para la salud o de productos químicos que puedan causar estragos

B.1. Artículo 359

El artículo 359 del Código penal tipifica de un modo bastante deficiente el delito de “elaboración, despacho, suministro o comercio” de *sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos* sin estar autorizado para ello. La conducta típica se articula alrededor de la acción de “elaborar”, “despachar”, “suministrar” o “comerciar” con tales *productos* o *sustancias*. La lesividad para el bien jurídico protegido, tal como se lo ha definido anteriormente, puede deducirse claramente de las conductas de comercialización en sentido amplio (“despachar”,

“suministrar” o “comerciar”), pero no tanto de los actos de “elaboración”, respecto de los cuales el tipo no requiere ningún elemento subjetivo añadido.

El objeto material lo constituyen las *sustancias nocivas para la salud* o los *productos químicos susceptibles de causar estragos*. En cuanto a las primeras, el elemento típico clave para su determinación es la “nocividad” para la salud. En este caso el concepto de “nocividad” ha de utilizarse desde una perspectiva general, como un potencial perjuicio en abstracto para la salud que puede predicarse de determinadas sustancias en su utilización adecuada y específica. Es decir, queda excluida del término, y por tanto del tipo de este delito, la nocividad que pueda revestir la utilización inadecuada de una sustancia que de usarse adecuadamente no tendría. La determinación de los *productos químicos susceptibles de causar estragos* ha de llevarse a cabo mediante la interpretación sistemática, trayendo a colación la exposición casuística que el Código realiza en su artículo 346 sobre las situaciones calificables como *estragos*. Así, son susceptibles de ser objeto material del delito que nos ocupa los productos químicos que mediante explosión o inflamación puedan causar la destrucción de aeropuertos, puertos, estaciones, edificios, locales públicos, depósitos que contengan materiales inflamables o explosivos, vías de comunicación, medios de transporte colectivos, la inmersión o varamiento de nave, inundación, explosión de una mina o instalación industrial, levantamiento de los carriles de una vía férrea, cambio de las señales empleadas en el servicio de ésta para la seguridad de los medios de transporte, voladura de puente, destrozo de calzada pública, perturbación grave de cualquier clase o medio de comunicación.

La tipicidad de las conductas de elaboración o comercialización de estas sustancias o productos deviene por la ausencia de “autorización administrativa” para ello. La concurrencia de tal autorización hace que dichas conductas sean plenamente lícitas (ver Decreto 2414/1961, de 30 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Actividades Molestas, Insalubres, Nocivas y Peligrosas). El error sobre la circunstancia de la tenencia o no de la autorización administrativa puede ser relevante en determinados supuestos, y en virtud de la aplicación del artículo 14.1 se castigaría la infracción como imprudente, cosa que en cualquier caso es posible en virtud del artículo 367.

Las consecuencias jurídicas que establece el artículo 359 son, cumulativamente, la pena de prisión de seis meses a tres años, la de multa de seis a doce meses y la inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años. Aunque el delito no se ha configurado como especial estimamos acertada la pena de pena inhabilitación especial para el ejercicio de profesión o industria, pues la conducta típica se cometerá casi siempre en el seno de una actividad empresarial.

B.2. Artículo 360

En el artículo 360 del Código penal se tipifica el “despacho” o “suministro” de las *sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior*, contando con la “autorización” necesaria para ello, *sin cumplir los requisitos o formalidades previstos en las Leyes o Reglamentos respectivos*. La realización de la conducta típica presupone la existencia de la “autorización administrativa” necesaria para el “despacho” o “suministro” de tales *sustancias o productos*. En este caso la conducta se compone, esencialmente, del incumplimiento de los *requisitos o formalidades previstos en las Leyes o Reglamentos respectivos*, por lo que el núcleo central de la descripción de la conducta típica se remite al contenido de normas extrapenales, que serán esas *Leyes o Reglamentos*. Nos encontramos, sin duda alguna, ante el supuesto de una ley penal en blanco, y de dudosa constitucionalidad. Aunque la remisión normativa a las *Leyes y Reglamentos* que regulen las *sustancias o productos* señalados es expresa y puede ser justificable en virtud del bien jurídico protegido y de la coherencia de la regulación multidisciplinar de la protección del consumo y de la salud pública, en el artículo 360 no se contiene el núcleo esencial de la prohibición, ni es satisfecha la exigencia de certeza, ni se da la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, tal como exige la jurisprudencia del Tribunal Constitucional para la constitucionalidad de las leyes penales en blanco, y como más representativa, la Sentencia 127/1990, de 5 de julio (GÓMEZ RIVERO/MONGE FERNÁNDEZ, págs.94 y ss.)

A nuestro juicio la discutible regulación del artículo 360 podría haberse subsanado integrando la conducta descrita en él en el tipo del artículo 359, añadiendo a

“El que, sin hallarse debidamente autorizado” la expresión “...,o hallándose autorizado incumpla los requisitos o formalidades de la autorización,...”. Aunque de ese modo la expresión propuesta no coincida exactamente con la descripción empleada en el artículo 360, se alcanzarían igualmente los objetivos que el legislador pretendía al construir el artículo 360, salvando la circunstancia de hacerlo como ley penal en blanco, pues tal y como proponemos de redacción *de lege ferenda* del artículo 359 el núcleo central de la conducta vendría constituido en todo caso por la elaboración o comercialización de las sustancias nocivas o los productos peligrosos. La mejora técnica del precepto también puede incluir la sustitución de las expresiones que caracterizan la acción de “despacho” o “suministro” por la de “comercio” o “comercialización”, más acorde con la terminología mercantil actual y englobadora, en todo caso, de cualquier conducta de distribución de dichos productos o sustancias.

Nos mostramos de acuerdo con la rebaja en la penalidad respecto del delito tipificado en el artículo 359, por contener un menor desvalor de acción la conducta típica descrita en el artículo 360 y una menor lesividad para el bien jurídico, al encontrarse el sujeto activo autorizado para la fabricación o comercialización de las sustancias nocivas o de los productos peligrosos. Al igual que se comentó anteriormente, resulta lógico el establecimiento de la pena de inhabilitación por tratarse de un delito de comisión en el ámbito empresarial, pese a no haber sido configurado como un delito especial.

C) Delitos farmacológicos

C.1. El concepto de *medicamento*

En los artículos 361 y 362 se tipifican diversas conductas que pueden afectar a la salud pública teniendo por objeto material común los *medicamentos*. En ambos preceptos se utiliza el concepto de *medicamento*, que constituye un elemento normativo del tipo, definido expresamente en la regulación sectorial específica aunque de modo muy complejo. El artículo 8 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento supone la transposición a nuestro ordenamiento jurídico del contenido del artículo 1 de la Directiva 65/65 CEE, de 26 de enero de 1965, y define al *medicamento*

como “*toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. También se consideran medicamentos las sustancias medicinales o sus combinaciones que puedan ser administrados a personas o animales con cualquiera de estos fines, aunque se ofrezca sin explícita referencia a ellos*”. El artículo 2 de la Ley del Medicamento define “sustancia medicinal” como “*toda materia, cualquiera que sea su origen –humano, animal, vegetal, químico o de otro tipo- a la que se atribuye una actividad apropiada para constituir un medicamento*”.

Sin embargo, la definición extrapenal del término *medicamento* ha de adecuarse al objeto de protección de los tipos penales y a diversos supuestos de problemático encaje. En principio, y puesto que el bien jurídico protegido en estos delitos es la salud pública “humana”, la adecuación de la definición extrapenal de *medicamento* exige restringirla a los de uso humano, como además ha señalado adecuadamente el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 27 de abril de 1989, en la que desestima la aplicación del antiguo artículo 343 bis) a la comercialización o venta de un medicamento de uso veterinario. Aunque resulta, a priori, problemática la consideración o no de la sangre dentro del significado de *medicamento*, el artículo 40.1 de la Ley viene a completar la extensión de la definición incluyendo “*los derivados de la sangre, del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos, cuando se utilicen con finalidad terapéutica*”, y en el mismo sentido se orienta el Tribunal Supremo desde la célebre Sentencia de 18 de noviembre de 1991, al hilo de las transfusiones de sangre sin realizar las pruebas de detección de anticuerpos del SIDA. A nuestro juicio, sí debe incluirse en la definición de *medicamento* los derivados de la sangre, del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos animales, cuando se utilicen con finalidad terapéutica en humanos, utilización que en diversos sectores de la medicina ha ido proliferando en los últimos años. Por último, se suele plantear la inclusión o no dentro del concepto de *medicamento* de los productos cosméticos, respecto de lo cual convenimos con GÓMEZ RIVERO y MONGE FERNÁNDEZ (op.cit., pág.92) que tendrán la consideración de *medicamentos*, al igual que cualquier otro producto de predominante función estética, siempre que caigan dentro de la definición general que ofrece el citado artículo 8 de la Ley del Medicamento ya

señalada, es decir que se presenten dotados de “*propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental*” (ver, en general sobre el concepto de medicamento, SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F, págs.240 y ss.)

C.2. Artículo 361

La conducta típica recogida en este precepto se compone de tres modalidades.

La primera de ellas consiste en la “*expedición*” o el “*despacho*” de *medicamentos deteriorados o caducados*. Es decir, en este delito se castiga la puesta en el mercado del medicamento, no la elaboración o manipulación. El “*deterioro*” implica la pérdida de las cualidades específicas y de la utilidad principal del medicamento, sea cual sea la causa, propia o ajena. La “*caducidad*” consiste en el tiempo máximo indicado por el fabricante en el medicamento durante el que su uso es adecuado en cuanto a sus propiedades e integridad. El término *caducado* es un elemento normativo del tipo que ha de ser integrado por el contenido del Real Decreto, de 17 de marzo de 1982, sobre caducidad y devolución de Especialidades Farmacéuticas.

La segunda modalidad consiste en el “*incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a la composición del medicamento*”. Al igual que señalábamos anteriormente al comentar el artículo 360, consideramos que este supuesto es un claro exponente de norma penal en blanco, pues la determinación del contenido de la conducta se relega plenamente a la normativa farmacéutica general o específica. Así, para determinar el núcleo esencial de la conducta habrá de estar a lo dispuesto en la Ley del Medicamento, en el Real Decreto 478/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los medicamentos derivados de la sangre y plasma humano, en el Real Decreto 479/1993, de 2 de abril, por el que se regulan los medicamentos radiofármacos de uso humano, en el Real Decreto 767/1993, de 21 de mayo, por el que se regula la evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano fabricados industrialmente, y en el Real Decreto 2236/1993, de 17 de diciembre, por el que se regula el etiquetado y el prospecto de los

medicamentos de uso humano, entre otras normas. Esta norma penal en blanco, por tanto incurre en el vicio de inconstitucionalidad al no cumplir el requisito esencial de describir el núcleo esencial de la conducta típica, aunque la remisión normativa que realiza sea expresa y pueda, es discutible, estar justificada en función del bien jurídico protegido.

La tercera modalidad de acción típica consiste en la “sustitución de un medicamento por otro”, fuera de los supuestos en que la propia Ley del Medicamento autoriza la sustitución en los casos en que el farmacéutico no disponga de la especialidad concreta y la sustituya por otra sustancia de igual composición, cualidades, vía de administración y dosificación. El tipo del delito exige la “puesta en peligro de la vida o la salud de las personas”, lo cual debe entenderse como un peligro de nocividad general sobre el bien jurídico protegido “salud pública”, no siendo necesaria la puesta en peligro de la vida o la salud de un representante individual concreto del bien jurídico. Es posible la comisión imprudente del delito, en virtud del artículo 367, aunque en el caso de que el sujeto activo revista la condición de farmacéutico o técnico de laboratorio será de difícil encaje el desconocimiento de las cualidades del medicamento, o de su caducidad o de las exigencias técnicas relativas a su composición.

Respecto a la penalidad del delito, comparativamente con la del artículo 359 resulta poco comprensible que la pena privativa de libertad asignada al delito farmacológico sea un año menor en su límite máximo que la asignada a aquél, en virtud del principio de proporcionalidad y del desvalor de cualquiera de las conductas típicas del 361. Téngase en cuenta que a este delito le es aplicable la agravación contenida en el apartado segundo del artículo 362 de la pena de inhabilitación, cuando los hechos sean cometidos por farmacéuticos o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados.

C.3. Artículo 362

El artículo 362 recoge una serie de conductas que, teniendo por objeto material también los medicamentos, se centran en el momento de su producción, su adulteración o simulación. El legislador otorga un mayor desvalor a la conducta y

estima que se produce una mayor afectación del bien jurídico en este caso, pues eleva la pena privativa de libertad en su límite máximo en un año respecto a la del delito del artículo anterior, así como la de inhabilitación especial para profesión u oficio, manteniendo la duración de la pena de multa, y posibilitando al juzgador, en los casos de suma gravedad, imponer la pena superior en grado, según el apartado tercero de este artículo. En el apartado segundo se prevé una agravación de la pena de inhabilitación, alzándola de tres a seis años, cuando las conductas previstas sean cometidas por farmacéuticos o por los directores técnicos de los laboratorios legalmente autorizados, lo cual no deja de ser un tanto discutible pues políticamente el establecimiento de este delito por el legislador va dirigido ya de por sí a dichos colectivos (ver. SIERRA LÓPEZ).

En el párrafo 1º del apartado primero se tipifica la “alteración” de la *cantidad, la dosis o la composición genuina de un medicamento*. El criterio, expreso en el tipo, mediante el cual se constata la “alteración” consiste en la divergencia que guarde respecto a lo que señalen las autorizaciones de fabricación del medicamento en sí o lo declarado en el propio medicamento. En el párrafo 2º se castiga la conducta de “imitación” o “simulación” de *medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, con ánimo de expenderlos o utilizarlos*, mención esta de las “*sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud*” innecesaria en función del concepto amplio de *medicamento* manejado. En el párrafo 3º se incluye una amalgama de conductas, algunas de las cuales tienen nula o escasa lesividad respecto del bien jurídico, tales como la “tenencia en depósito”, el “anuncio”, “publicidad”, “ofrecimiento”, “exhibición”, “venta”, “facilitamiento” o “utilización en cualquier forma” de *medicamentos* alterados con conocimiento de dicha alteración y con propósito de expenderlos. La realización de alguna de las conductas descritas en este apartado puede dar lugar a relaciones concursales con otros delitos, como con el delito publicitario en caso de publicidad falsa de medicamentos manipulados o con los delitos sobre propiedad industrial cuando estas conductas afecten a un derecho de propiedad industrial sobre el medicamento.

En los tres apartados se incluye la exigencia de que la conducta *ponga en peligro la vida o la salud de las personas*. Ello no quiere decir que haya de constatarse un peligro concreto para la vida o la salud de una o varias personas, sino que basta con

que se constate la nocividad de los medicamentos o sustancias alteradas o manipuladas, lo cual supone ya de por sí la afectación de la salud pública, como conjunto de condiciones de seguridad en el consumo. También es posible la comisión imprudente de las diversas conductas recogidas en este precepto, en base a lo dispuesto en el artículo 367, aunque ha de insistirse en que la cualidad profesional de farmacéutico o técnico de laboratorio excluye el desconocimiento de la mayor parte de elementos que componen tales conductas.

D) Delitos de fraude alimentario

La adulteración de géneros alimenticios ha supuesto en los últimos años un gran foco de interés y preocupación, y constituye, desde luego, uno de los mayores riesgos para el consumidor que se pueden ocasionar en el seno del mercado. La protección de la salud en el ámbito del consumo adquiere su máxima expresión legal en los delitos de fraude alimentario ubicados en los artículos 363 a 365 del Código.

D.1. Artículo 363

El artículo 363 recoge un elenco de diversas conductas que guardan una distancia desigual respecto a la afectación de las condiciones que componen la salud pública. Con carácter general, el precepto exige de todas ellas que *pongan en peligro de la salud de los consumidores*. La relación entre la exigencia de la constatación de este elemento típico y el bien jurídico ha llevado a la mayoría de la doctrina a enunciar la naturaleza de peligro de los tipos del artículo 363 (sobre todo ello vid. DOVAL PAÍS, págs.255 y ss. y págs.350 y ss.). Como venimos reiterando a lo largo de este capítulo, la naturaleza y elementos del bien jurídico “salud pública” tal y como desde aquí se ha expuesto como condiciones de seguridad para el consumo, nos llevan a afirmar que la realización de las diversas conductas tipificadas en los delitos contra la salud pública, y concretamente en los delitos de fraude alimentario, conllevan de por sí la lesión de la misma. La exigencia del *peligro para la salud* no significa la necesaria producción de peligro para la salud de uno o varios consumidores concretos sino la aptitud lesiva de la

conducta respecto de los representantes individuales del bien jurídico protegido. La constatación de dicha aptitud será la que implicará la consumación del delito.

La conducta tipificada en el 363.1 consiste en “ofrecer” *en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición*. El grado de lesividad de esta conducta respecto del bien jurídico es mayor que el de otras de las tipificadas en los delitos de fraude alimentario, puesto que el “ofrecimiento en el mercado” resulta uno de los momentos de mayor puesta en peligro de la salud de los consumidores. Sin embargo, la conducta descrita constituye un supuesto de ley penal en blanco, puesto que su contenido se determina mediante el recurso directo a los requisitos legales o reglamentarios sobre caducidad o composición, sin que el núcleo esencial de la prohibición se describa en el tipo penal. Por *productos alimentarios* ha de entenderse tanto los alimentos como todos aquellos productos que tengan valor nutritivo como los productos o sustancias que sin tener valor nutritivo se utilicen en la alimentación humana, como es el caso de los aditivos o conservantes (GARCÍA ALBERO, págs.1.697 y 1.698).

El tipo del 363.2 consiste en la “fabricación” o “venta” de *bebidas o comestibles nocivos para la salud*. A diferencia de la “venta”, la “fabricación” no posee como modalidad de conducta típica un índice de desvalor suficiente respecto a la afectación del bien jurídico protegido. El concepto de “nocividad”, presente aquí y en otros lugares de la Parte Especial, es la cualidad esencial que deben reunir las *bebidas o comestibles* cuya venta o fabricación es típicamente relevante. Su determinación exige una perspectiva relativa, puesto que en abstracto muchos productos son perjudiciales para la salud y su comercio es plenamente lícito. La “nocividad” habrá de concretarse en cada supuesto como aquella cualidad de ser inmediatamente peligroso para la salud que tiene un producto, en este caso una *bebida* o un *comestible*, pese a su consumo razonable y normal.

La descripción de la conducta recogida en el apartado tercero suscita una gran controversia en cuanto a si se limita o no a los “productos alimenticios”. Se tipifica el “tráfico” con *géneros corrompidos*, y pese a que la posibilidad de corromperse parece reducirse a los “géneros alimenticios” (GARCÍA ALBERO, pág.1.700) no hay por qué

desestimar que pueda suceder a otro tipo de productos que estén compuestos por sustancias corrompibles, sea por el paso del tiempo o por la acción humana. El término “traficar”, incluye cualquier conducta que implique la introducción en el comercio de dichos géneros corrompidos.

Al igual que sucede en el apartado segundo, de las dos conductas dispuestas en el apartado cuarto del artículo 363 la “comercialización” de *productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud* guarda una relación lesiva con la salud de los consumidores más cercana a la que puede guardar la mera “elaboración”, cuya tipificación podría reducirse a la sanción administrativa que se establezca en aquellas normas que recogen la necesidad de autorización para el uso de determinados productos. Se requiere, además de la falta de autorización del uso, el que los *productos* sean “perjudiciales para la salud”, para lo cual habremos de adoptar el mismo criterio relativo que en la determinación de la “nocividad” en el análisis de cada supuesto.

La técnica de tipificación de la conducta recogida en el apartado quinto resulta altamente criticable. Se castiga la “ocultación” o “sustracción” de *efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos*. Ya de por sí, el objeto material del delito excede del ámbito alimentario y abarca cualquier producto, *efectos* señala el tipo, destinado a ser inutilizado o desinfectado, situación cuya prueba resultará difícil en muchas ocasiones. La “ocultación” o la “sustracción” en que consiste la acción típica resulta muy lejana a la afectación del bien jurídico por más que se le una expresamente el elemento subjetivo de la intención de comerciar con los efectos destinados a la inutilización o desinfección. De hecho, la presencia de este elemento subjetivo unida a la necesaria puesta en peligro de la salud de los consumidores, requerida para todas las conductas del 363, hace que la consumación se produzca en aquellos casos en que se realiza alguna actividad de comercialización de los *efectos* y no únicamente en las labores de ocultación o sustracción de los mismos (SUAY HERNÁNDEZ, págs.158 y 159).

El delito del artículo 363 se configura como un delito especial, pues los posibles autores del mismo deberán tener la cualidad de *productores, distribuidores o comerciantes*. El Código utiliza aleatoriamente en muchos delitos especiales de naturaleza económica los términos de “comerciante”, “fabricante”, “distribuidor” o

“productor”. A nuestro juicio el concepto de “comerciante” incluye de por sí a todos los sujetos que participen no sólo en el comercio minorista sino en toda la cadena de producción o distribución o fabricación de bienes o servicios. Aún así, la utilización del término de “comerciante” resulta un tanto arcaica, pudiendo sustituirse por la de “empresario” más propia de la legislación mercantil moderna y técnicamente más adecuada (al respecto, CUADRADO RUIZ, págs.112 a 115). La configuración como delito especial facilita la imputación en los casos de comisión por omisión, pues la posición de garante de los empresarios incluye el control sobre la calidad de los productos fabricados o con los que comercian así como la retirada del producto del mercado en los casos en los que puedan causar algún perjuicio en la salud de los consumidores (MUÑOZ CONDE, P.E., pág.616).

La realización de algunas de las conductas descritas puede dar lugar a relaciones concursales con los delitos contra la vida o contra la integridad física, lo que supondrá la apreciación de un concurso ideal de delitos. La misma relación concursal podrá suscitarse con el delito de estafa, situación que será habitual en todas las conductas recogidas en el artículo 363 que consistan en la comercialización.

En cuanto a la penalidad, consideramos adecuado el aumento, respecto a los delitos anteriores, de la pena privativa de libertad de uno a cuatro años, en atención a la mayor afectación al bien jurídico que suponen las conductas descritas en este precepto. La pena de multa de seis a doce meses es cumulativa a la de prisión, así como la inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio, lógica al tratarse de un delito especial y del ámbito del comercio.

D.2. Artículo 364

El contenido del artículo 364, sobre todo en su apartado segundo, refleja la creciente preocupación por las conductas que ponen en peligro y afectan a la salud en el consumo a través de la adulteración de productos alimenticios y, sobre todo, de los de origen animal. Los casos de presencia de clenbuterol, dioxinas o encefalitis espongiiforme, la famosa enfermedad de las “vacas locas”, en la carne directa o

indirectamente destinada al consumo humano han propiciado una preocupación penal específica dentro de los delitos de fraude alimentario.

En su apartado primero el artículo 364 castiga al que *adulterare con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario*. Resalta, a diferencia del artículo anterior, el que no se aluda a la puesta en peligro de la salud de los consumidores sino a la susceptibilidad del objeto material del delito, los *aditivos* o los *agentes no autorizados*, para *causar daños a la salud de las personas*. Tomando como referencia el elemento “salud individual de las personas” la aptitud lesiva de la conducta, es decir la distancia que media entre la conducta descrita y la lesión de la salud individual, daría lugar a calificar la naturaleza del tipo como de peligro hipotético o de peligro abstracto-concreto (SUAY HERNÁNDEZ, págs.160 y ss.). Sin embargo, el que se requiera del objeto material del delito la susceptibilidad de causar daños a la salud no debe hacernos perder de vista que respecto a la “salud pública”, como bien jurídico, y en concreto respecto a la salud de los consumidores la realización de la conducta ya implica su lesión (MUÑOZ CONDE, P.E., págs.618 y 619). La determinación de los elementos normativos de la conducta típica requiere remitirnos a la normativa extrapenal sobre *aditivos* y *agentes* autorizados para su utilización en productos alimentarios. La susceptibilidad de los mismos, o de las dosis o cantidades empleadas, para causar daños en las personas será el criterio que nos servirá para constatar la realización de la conducta.

El apartado segundo del artículo 364 constituye un claro ejemplo de obsesión legislativa por agotar al máximo un espacio penal que en el antiguo Código no existía, movido por la actualidad del problema de las enfermedades animales de posible transmisión a las personas por el consumo de la carne o de los productos derivados. La actividad del legislador, y este caso es representativo, deviene en una descripción de tipos casuísticos, superpuestos, coincidentes y a veces faltos de técnica de tipificación depurada.

Se tipifica en estos cuatro apartados diversas conductas que tienen como base el suministro a animales destinados al consumo humano de sustancias no permitidas que generen riesgos para la salud. Para la determinación de tales *sustancias*

no permitidas habrá de estarse a lo dispuesto en la regulación administrativa veterinaria. Según la redacción de estos tipos, además de la circunstancia de que la sustancia no esté permitida debe generarse *riesgo para la salud de las personas*, lo cual no implica que deba existir un riesgo concreto para un bien jurídico individual, como la vida o la salud de una persona o grupo de ellas, pero sí que los productos derivados de los animales a los que se les haya suministrado las sustancias no permitidas devengan peligrosos para la salud. La conducta no será típica si a pesar de haber suministrado las sustancias no permitidas los productos animales no son potencialmente peligrosos (SUAY HERNÁNDEZ, pág.162). Al igual que se comentó al tratar el apartado primero de este artículo, será determinante para constatar la aptitud lesiva de la sustancia no permitida la dosis o cantidades utilizadas.

En el artículo 364.2.1° se tipifica la “administración” de dichas *sustancias no permitidas a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano*. En el 364.2.2° el “sacrificio” de *animales de abasto* a los que se haya administrado tales *sustancias* o el “destino” de *sus productos al consumo humano*. Resulta innecesario el apartado 3° en el que se castiga el “sacrificio” de *animales a los que se les hallan aplicado tratamientos terapéuticos mediante las mismas sustancias referidas en el apartado 1°*, pues sea por tratamiento terapéutico o no la mera administración de las sustancias ya se encuentra tipificada en el apartado 1°. En el apartado 4° se tipifica la conducta de “despachar” *al consumo público las carnes o productos animales sin respetar los periodos de espera en los casos previstos reglamentariamente*. La doctrina viene considerando este tipo como de peligro abstracto, y evidentemente la aptitud lesiva de la conducta se limita a la mera infracción reglamentaria sin que se requiera la existencia de ningún riesgo para la salud pública, pese a que entendamos a ésta en el sentido más amplio posible (GARCÍA ALBERO, pág.1.709). Estimamos que la conducta descrita debería recibir respuesta por vía de la infracción administrativa correspondiente y no por vía penal

La penalidad establecida para todas las conductas tipificadas en el artículo 364 es la misma que la del 363, es decir la pena de prisión de uno a cuatro años y la multa de seis a doce meses. Como el delito del 364 se configura como general, a diferencia del artículo anterior, se añade la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años en los casos en que el sujeto

activo sea *el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios*, mención que podría sustituirse, como venimos insistiendo en estos casos, por la de “empresario”, para dotarla de una mayor corrección técnica jurídica y de una mayor generalidad, evitando problemas de disensión entre la nomenclatura penal y la denominación de puestos directivos en las empresas del sector, cuestión que acarrea problemas de imputación y problemas probatorios.

D.3. Artículo 365

El contenido del artículo 365 resulta el complemento agravado del apartado primero del artículo 364, pues se tipifica el “envenenamiento”, la “adulteración” con *sustancias infecciosas* o con *sustancias que puedan ser gravemente nocivas para la salud*, de las *aguas potables* o de *sustancias alimenticias*. La inclusión de las *aguas potables* puede responder a la preocupación del legislador por resulten expresamente protegidas, al ser un objeto de consumo esencialísimo, y por tales habrá de entender todas aquellas que se encuentren destinadas al consumo humano, directa o indirectamente. La cualificación de la conducta radica en la especial nocividad de las *sustancias* utilizadas, puesto que han de tratarse de “venenos”, “sustancias infecciosas” o “sustancias que puedan ser *gravemente* nocivas para la salud”. La característica esencial que identifica a cualquiera de estas sustancias es su capacidad para una grave afectación de la vida o de la integridad física en dosis no muy excesivas y en un corto espacio de tiempo. No se requiere en el tipo una especial puesta en peligro de la salud ni la constatación de la situación de riesgo, y ello porque la especial cualidad de las sustancias contiene toda la lesividad respecto de la salud pública.

E) Disposiciones comunes

El artículo 367 generaliza para los artículos 359 a 365 la posible apreciación de la imprudencia, tal y como se ha ido poniendo de manifiesto al hilo del análisis de cada tipo. La consecuencia jurídica será la imposición, respectivamente, de las penas inferiores en grado. No obstante, y dado el habitual carácter profesional o empresarial de los sujetos activos de los delitos a que nos referimos, la apreciación de la vulneración

del deber de cuidado será rayana en muchos casos con la apreciación de la comisión de una conducta a título de dolo eventual.

También como consecuencia del medio profesional o empresarial en que se solerá cometer estos delitos el artículo 366 faculta al juzgador para imponer las medidas de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los casos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo de los mismos, según permite el artículo 129.1.a) dentro de la regulación de las consecuencias accesorias.