

**LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA
DE ALIMENTOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN
Y EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL**

Estefanía Jerónimo Sánchez-Beato. Universidad de Almería.

* Ponencia pronunciada en las "VII Jornadas Científicas sobre Alimentación Española", en Granada, a 22 de noviembre de 1996.

INTRODUCCIÓN

Antes que nada consideramos conveniente explicar y justificar el título de esta Ponencia: "LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN MATERIA DE ALIMENTOS EN NUESTRA CONSTITUCIÓN Y EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL". Y ello porque no es ociosa ni neutra la opción por una expresión terminológica u otra.

Y así, por lo que hace al término "protección", pensamos que, en principio era el más adecuado por dos motivos (siguiendo a Menéndez Menéndez):

a) en primer lugar, por ser esta palabra más omnicomprendiva que cualquier otra para referirse a las técnicas posibles para amparar al consumidor en aquellas situaciones de indefensión o inferioridad en que éste se pueda ver envuelto.

b) y, además, por cuanto resulta preferible a "defensa", concepto empleado por el artículo 51 de nuestra Constitución, al querer nosotros significar no sólo una actitud pasiva, sino activa y de prevención.

Respecto al término de "consumidores", que se suele acompañar del de "usuarios", la cuestión resulta algo más complicada, a lo que se añade el que a estos conceptos hace referencia el art.51 de la vigente C.E., así como el art.1 de la Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, o el art.3 de la Ley 5/85, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios en Andalucía; por todo lo cual resulta conveniente que nos detengamos algo más. Y así, comencemos por hacer constar el hecho de que tanto la doctrina como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional coinciden en señalar la amplitud e imprecisión que caracterizan a estos conceptos. Este hecho explica, en primer lugar, el que, como ha puesto de relieve el T.C. (así, SSTC 71/1982, 15/1989, 133/1992), nos hallemos ante una materia caracterizada ante todo por su contenido pluridisciplinar, lo que, como veremos más adelante, acentuará la dificultad de la tarea de delimitación de competencias en esta materia. Y, en segundo lugar, se explica el hecho de que, a la hora de delimitar los dos conceptos que ahora nos ocupan, no se haya alcanzado aún unidad doctrinal o legislativa alguna, ni siquiera terminológica.

En cualquier caso, donde sí hay acuerdo es en la necesidad de

que tanto la noción de consumidor como la de usuario sean entendidas de modo muy amplio, llegándose incluso a hacerlos equivalentes con el individuo particular. Y así se dice que ambos términos son comprensivos de "cualquier persona, física o jurídica, nacional o extranjera, y en general todas las personas que intervengan en cualquier fase del proceso económico en el consumo de bienes o en el uso de servicios, de toda la gama posible" (Cazorla Prieto). En esta misma línea, el planteamiento constitucional así como el de los textos de las organizaciones internacionales y supranacionales que han incidido en el mismo (baste recordar en este sentido la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores), apuntan a tal amplitud de los conceptos que identifican los derechos del consumidor y del usuario con los derechos del hombre.

Ahora bien, puede decirse, con Bercovitz, que el núcleo de la noción de consumidor se refiere al llamado consumidor final. Aunque, al haberse establecido la protección del consumidor para remediar las situaciones de desigualdad dentro del mercado (lo que no es más que una nueva manifestación de la evolución social del Derecho), hay que considerar que dicha noción comprende, junto a ese núcleo, unos límites fluctuantes dependientes de la finalidad de la norma que la contemple. De este modo, según las circunstancias, pueden ser protegidos como consumidores, además de personas naturales, personas jurídicas, e incluso profesionales, artesanos o pequeños empresarios, y ello cuando se encuentren en una situación de inferioridad equiparable a la del consumidor final, y atendiendo a la finalidad de la norma tuitiva.

En cualquier caso, como Juan José Ruiz Rico preconizaba, sería la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/84, de 19 de julio, (L.C.U) la que fijaría los perfiles del sujeto de la protección.

Así, el apartado 2 del art.1 de dicha Ley define del siguiente modo a quienes se consideran consumidores y usuarios "a los efectos de esta Ley": "las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden."

A modo de comentario de esta definición apuntaremos, muy brevemente, algunas ideas que al respecto indica el profesor Bercovitz. Hagamos notar, previamente, que dichas ideas son también predicables de la definición que de los consumidores y usuarios formula, en el ámbito de nuestra Comunidad Autónoma Andaluza, la Ley 5/85, de 8 de julio, y ello por la gran similitud existente entre ambas definiciones.

a) Pues bien, la primera nota a apuntar sería el acierto que

supone la referencia a los "consumidores y usuarios", al admitirse hoy con unanimidad que también han de ser protegidos como consumidores quienes adquieren o hacen uso de servicios proporcionados por los empresarios o por la Administración Pública.

b) En segundo lugar, ambas leyes han optado por una noción concreta de consumidores y usuarios, esto es, una noción centrada fundamentalmente en quienes adquieren bienes y servicios para un uso privado (al contrario de la noción abstracta, como es la que aparece en el Estatuto del Consumidor del País Vasco, que incluye a todos los ciudadanos en cuanto personas que aspiran a tener una adecuada calidad de vida).

c) Por otra parte, y como ya se dijo, al hacer referencia a la adquisición, utilización o disfrute "como destinatarios finales", se está considerando como consumidores y usuarios en principio sólo a los denominados "consumidores finales", es decir, a quienes adquieren bienes o servicios para su uso privado, que incluye el uso familiar o doméstico.

d) Junto a ello, hay que hacer notar que estas nociones legales incluyen tanto al consumidor en sentido material: el que de hecho usa o consume los bienes o servicios adquiridos ("utilizan o disfrutan"), como al consumidor en sentido jurídico: quien dirige la operación encaminada a obtener esos bienes o servicios ("adquieren").

e) En quinto lugar, debe decirse que, en principio, las dos definiciones en examen admiten que puedan considerarse consumidores y usuarios las personas jurídicas además de las personas físicas.

f) Y, por último, y en orden a la valoración de la noción legal que aparece en la L.C.U., Bercovitz cree necesario advertir acerca del "muy limitado ámbito de aplicación" de ésta, "que no puede considerarse aplicable con carácter general en la legislación española, y que ni siquiera rige para la aplicación de todos los preceptos de la propia L.C.U.", advertencia que creemos posible hacer extensible, dentro de su propio ámbito, a la noción legal que recoge la Ley andaluza.

Damos así por concluida esta aproximación a la definición de los conceptos de "consumidores" y "usuarios", no sin antes matizar que en el título de esta intervención se emplea tan sólo el primero, y ello por dos razones: de un lado, porque se suele emplear en sentido amplio, como comprensivo del de "usuario"; y, de otro, por ser el más acorde con la materia sobre la que nos habremos de ceñir, esto es, la materia de alimentos, donde la protección jurídica al ciudadano se ocupa más de éste como sujeto que adquiere y utiliza determinados bienes que como el que recibe determinados servicios.

Por otra parte, en el marco de unas Jornadas científicas sobre "Alimentación", procuraremos centrarnos y desarrollar en mayor medida aquellos aspectos de la protección del consumidor y usuario en materia de alimentos.

Hechas estas precisiones terminológicas, adentrémonos ya en

el tema del que esta tarde hablaremos: la protección del consumidor en materia de alimentos, primeramente desde el punto de vista constitucional, y desde la perspectiva del Nuevo Código Penal, después.

LA PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN NUESTRA CONSTITUCIÓN

La PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR no es nada nuevo, antes bien, se trata de un problema en cierto modo permanente, derivado de la condición sociable del hombre. Sin embargo, la forma moderna de plantearlo, de abordarlo y de buscarle solución es relativamente reciente (Menéndez Menéndez). Y así, aun cuando existieran ya desde hacía muchos años normas concretas tendentes a proteger a los consumidores, no puede hablarse del movimiento de protección a los consumidores, como fenómeno peculiar, hasta los años 60, que es cuando aparece en nuestro país, como en el resto del mundo occidental, aunque con distinta intensidad, una serie de disposiciones legales cuya finalidad estriba en la defensa de los consumidores y usuarios en diversos ámbitos, siendo lo más novedoso la idea de llevar a cabo una política global dirigida a conseguir esa protección (Bercovitz). En concreto, una fecha que se ha señalado como emblemática de la preocupación por la materia del "consumo", tal y como hoy día la entendemos, es la del 15 de marzo de 1962, cuando el Presidente Kennedy dirigió su mensaje al Congreso definiendo los derechos del consumidor como los que se refieren a la seguridad, así como al derecho para estar informado, para elegir y para ser oído.

El hecho es que tanto en España como fuera de nuestras fronteras se constata un gran interés, a lo largo de los últimos años, por el tema que esta tarde nos ocupa.

A/ En efecto, a nivel internacional y supranacional, el tema de la protección de los consumidores y usuarios, concebido con toda su amplitud y complejidad, se halla enormemente desarrollado en la actualidad, sobre todo en lo concerniente a la cooperación entre Estados (nivel internacional) y a la adopción de medidas protectoras dentro de políticas comunes concretas en el marco de las Comunidades Europeas (nivel supranacional). Y así, en el seno de la C.E.E. se ha desarrollado al efecto una importante labor, vinculada siempre a la supresión de las trabas a la libre circulación de mercancías, a cuyos efectos los esfuerzos realizados han ido dirigidos a homogeneizar en todos los Estados miembros las exigencias técnicas establecidas para proteger a los consumidores (Bercovitz). Al respecto, se puede destacar la aprobación de los programas para una política de protección e información de los consumidores (1975,1981), así como las muchas y muy diversas directivas adoptadas por el Consejo en los últimos años.

B/ Y por lo que respecta a nuestro país, ha sido la propia C.E. de 1978 la que marca el punto de partida, de manera rotunda y decidida, al establecer, en su artículo 51, que los poderes

públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios. En concreto, este art. dice así:

"1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquellos, en los términos que la ley establezca.

3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales."

Dada la naturaleza del precepto que examinamos, no encontramos en el Derecho Constitucional español PRECEDENTES del mismo (Cazorla Prieto).

Igualmente, apenas existen en el ámbito del DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO preceptos de idéntico o parecido tenor literal, esto es, que contengan normas en defensa de los consumidores en sentido propio. Si bien en la Ley Fundamental de Bonn ya se leen disposiciones que, aun cuando no recogen el término "defensa de los consumidores", contemplan medidas que, a la postre, tienen como contenido básico tal defensa.

Así pues, puede afirmarse que el único precedente inmediato del art.51 C.E. lo constituye el apartado m del art.81 de la Constitución portuguesa de 2 abril de 1976, al señalar: "corresponde prioritariamente al Estado: m) proteger al consumidor, especialmente mediante el apoyo a la creación de cooperativas y de asociaciones de consumidores." (Bercovitz).

Por lo que se refiere a la ELABORACIÓN DEL PRECEPTO, puede resultar ilustrativo recordarla siquiera muy someramente:

En el art.44 del Anteproyecto Constitucional se leía:

"1. Todos tienen derecho al control de la calidad de los productos de consumo general y a una información fidedigna sobre los mismos.

2. Con este fin, los poderes públicos fomentarán la participación de las organizaciones de consumidores.

3. La Ley regulará el control de la organización del comercio interior, del régimen general de autorización de los productos comerciales y de la publicidad de los mismos."

Ocho enmiendas se plantearon a dicho artículo, la mayor parte de ellas relativas a su primer apartado. Y el Informe de la Ponencia modifica sustancialmente el texto inicial, dándole una redacción en la que la vinculación de los poderes públicos es mayor. Decía en su art.47:

"1. Los poderes públicos establecerán los medios adecuados para el control de la calidad de los productos y servicios de

utilización general y la información fidedigna sobre los mismos.

2. Los poderes públicos potenciarán las organizaciones de consumidores y usuarios, dándoles la ayuda que requiera el cumplimiento de su misión.

3. La ley regulará el control de comercio interior, el régimen general de autorización de los productos comerciales y el de la publicidad de los mismos."

Esta redacción se mantiene en el Dictamen de la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso de los Diputados, así como en el texto aprobado por el Pleno de la Cámara Baja.

Es en el Senado donde la cuestión va a ser objeto de una consideración más cuidada, y donde se le dará al artículo en estudio su redacción definitiva. Tras el debate en la Comisión de Constitución del Senado, la nueva redacción se inspiraría básicamente en la enmienda presentada por la Agrupación Independiente y defendida por la senadora doña Gloria Begué Cantón, a cuyos argumentos se fueron plegando los demás miembros de la Comisión. Dichos argumentos eran, básicamente, los dos siguientes: de un lado, la necesidad de que el artículo contuviera los principios rectores de la política de defensa de los consumidores y usuarios, y no aspectos concretos de la misma elegidos arbitrariamente; y, de otro lado, la situación del tema desde el punto de vista doctrinal, de Derecho comparado y de los textos emanados de organismos internacionales de los que España formaba parte o en los que pretendía integrarse (Bercovitz). De este modo, el precepto, que pasó a ser el art.51, quedó tal y como lo transcribimos anteriormente; y ello por cuanto este mismo texto fue confirmado por el Pleno de la Cámara Alta y por la Comisión Mixta Congreso-Senado.

Para entender la presencia de este artículo en nuestra Norma Fundamental, es necesario tener presentes dos extremos:

1º/ En primer lugar, hay que considerar el cambio de las condiciones sociales y económicas que ya se percibía en esos momentos. Efectivamente, vivimos regidos por las reglas propias de un sistema de economía de mercado (que postula el art.38 de la propia Constitución), tales como la ley de la oferta y la demanda o la libertad de consumo. Estamos inmersos, pues, en una sociedad de consumo, donde la satisfacción de la mayoría de las personas se alcanza más que por el "ser", por el "tener", es decir, mediante el consumo (Cazorla Prieto). Esto nos conduce a una dinámica diaria en la que la gran mayoría de las personas realizan una serie de operaciones referidas principalmente a la adquisición de bienes y servicios. En tal contexto, el consumidor no está en condiciones de conseguir por sí solo la satisfacción de sus justas exigencias sobre los productos o servicios que adquiere, ni de procurarse los medios necesarios para enfrentarse con las empresas con las que contrate. Y es esta situación la que explica el que se plantee como lógica e ineludible la necesidad de llevar a cabo una actuación sistemática tendente a la

protección de los consumidores (Bercovitz).

2º/ Pero, junto a ello, Juan José Ruiz Rico ya hizo notar la importancia de otro hecho: el cambio en la conciencia social en materia de derechos y libertades. Esta nueva concepción de los derechos, nacida de las mareas de los años 60, tiene dos ingredientes fundamentales: de una parte, la extensión de los derechos al terreno de la vida cotidiana de los individuos y los grupos (de ahí la expresión "la vida cotidiana se constitucionaliza"); y, de otra parte, la necesidad de dotar de especial protección a determinados grupos sociales portadores de una especificidad no plenamente reconocida social o jurídicamente.

Pues bien, las dos ideas expuestas, además de explicar la misma existencia del artículo 51, resultan asimismo significativas para analizar la ubicación del mencionado precepto en el articulado de nuestra Constitución: dentro del Capítulo III del Título I, que lleva por rúbrica: "De los principios rectores de la política social y económica". Comenzaremos al respecto por analizar la vinculación de dicho Capítulo con la definición de nuestro Estado como ESTADO SOCIAL.

En efecto, el primer inciso del primer párrafo del art.1º de la Constitución dice así: "España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho". Se ha calificado a esta fórmula de "compleja", y ello en un doble sentido: como fórmula complicada, de interpretación difícil y de delimitación incierta en su contenido y alcance; y como fórmula compuesta por tres fórmulas simples: Estado de Derecho, Estado democrático y Estado social. A nosotros nos ocupa ahora el estudio de esta última, sin olvidar, no obstante, que deberá ser considerada en todo caso en función de las otras dos.

Pues bien, el Estado Social es consecuencia del proceso de democratización del Estado. En efecto, desde finales del siglo XIX y durante el primer tercio del siglo XX se dio un considerable movimiento reivindicativo encaminado a conseguir del Estado la consagración normativa de modificaciones de las condiciones de vida de los grupos menos favorecidos.

De este modo, surge y se desarrolla un modelo de Estado intervencionista y asistencial a un mismo tiempo. Intervencionista por cuanto intensifica su intervención económica con pretensiones reguladoras y de planificación indicativa; y asistencial por proporcionar prestaciones sociales de diverso tipo. En este sentido se dice que el compromiso entre la garantía de la constitución económica realmente existente y la producción de sociabilidad es la que expresa la fórmula Estado Social.

Esta fórmula arrancará del constitucionalismo alemán occidental posterior a la segunda guerra mundial, siendo utilizada por primera vez en las constituciones de algunos Länders, y consolidándose con su incorporación a la Ley Fundamental de Bonn (Pérez Royo). También el constituyente español ha recogido esta fórmula,

(si bien en momentos distintos y partiendo de planteamientos diferentes al alemán), con la que se define constitucionalmente el modelo de organización política de, y el horizonte a alcanzar por, los españoles, colocándose por ello en la cúspide del ordenamiento jurídico (Cossío Díaz).

Pues bien, como dejamos apuntado, una de las manifestaciones que esta fórmula tiene a lo largo del texto constitucional se encuentra en el Capítulo III de su Título I, donde se ubica el artículo que estamos estudiando. En este orden de ideas, resulta necesario preguntarse por las implicaciones que se derivan de esta ubicación, o, en otras palabras, qué significa el hecho de que el artículo 51 forme parte del Capítulo que la Constitución dedica a LOS PRINCIPIOS RECTORES DE LA POLÍTICA SOCIAL Y ECONÓMICA. Hagamos, pues, un breve comentario acerca de estos principios rectores, sabiendo que todo lo que sobre los mismos se diga (pese a ser un conjunto de preceptos muy heterogéneo, tanto desde el punto de vista de su contenido como atendiendo a su estructura jurídica), será predicable del artículo en estudio.

Comencemos por reflexionar acerca de su naturaleza jurídica. Al respecto, la postura mayoritaria defiende que se trata de auténticas normas jurídicas (en contra, Garrido Falla, quien afirma: "Por el simple hecho de que un precepto se incluya en un texto constitucional (o legal) no queda, sin más, convertido en norma jurídica. Es necesario, además, que tenga "estructura lógica" de norma jurídica: que sea una orden, mandato, prohibición (...) o, en definitiva, que delimite esferas de correlativos derechos y deberes entre sujetos. Lo demás es pura retórica constitucional"), si bien no reconocen auténticos derechos subjetivos a los ciudadanos, sino que más bien nos encontramos esencialmente ante normas programáticas, enunciaciones de obligaciones que asume el Estado español, en cuanto social, con el fin de asegurar determinadas condiciones materiales de vida para todos, por lo que se ha dicho que desempeñan una función correctiva del sistema económico social. Por tanto, van prioritariamente dirigidas al poder público y sólo indirectamente al ciudadano.

Por otra parte, los principios rectores no carecen de eficacia jurídica, sino que vinculan a los poderes públicos (art.9.1. C.E.) con la fuerza normativa indicada en el art.53.3 C.E. Leamos, pues, el apartado 3º de este artículo:

"3. El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen."

Pasando por alto las deficiencias terminológicas e intentando desentrañar la lógica y la finalidad de este precepto, se ve cómo puede establecerse un conjunto de medidas que garanticen la efectividad de estos principios. Para descubrir en qué consisten,

hagamos la siguiente distinción:

A/ En relación al legislador.- Tanto las Cortes Generales como las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, son las principales destinatarias de estas normas, al ser las encargadas de desarrollar la legislación que transformará estos principios en derechos plenamente exigibles, y están vinculadas a las mismas a la hora de regular las materias del Capítulo III. Desde esta perspectiva, y dado el principio básico del pluralismo político sentado por el art.1 C.E., así como la forzosa abstracción, concentración y generalización con que se formulan los principios que nos ocupan, la legislación concreta que los configure variará según las mayorías ideológicas dominantes. Pero deberá respetarse siempre los límites que de la Constitución se deducen. Esto significa que, cuando el legislador transgreda o incumpla los términos constitucionales, el Tribunal Constitucional declarará la nulidad de la ley. El máximo intérprete de la Constitución ha enfatizado, no obstante, la libre posición del legislador y, consecuentemente, los límites propios de la función del Tribunal.

El legislador, especialmente al desarrollar estos principios rectores de la política social y económica está vinculado por el principio de igualdad (art.14 C.E.), pero por una igualdad del individuo y de los grupos real y efectiva (art.9.2 C.E.), y teniendo que actuar también según el principio del Estado Social (art.1.1 C.E.).

Desde estos planteamientos, si la evolución de la acción del Estado ha ido pasando de una política social sectorial a una política social generalizada, ésta se ha ido plasmando en una serie de conquistas para todos los ciudadanos y unas mejoras en el orden social y económico para los grupos y las clases subordinadas o más desfavorecidas. La cuestión jurídica que se plantea es si resulta constitucionalmente legítimo que los poderes públicos recorten o rebajen algunas de estas conquistas. Se trata de la teoría de la irreversibilidad de las conquistas sociales, planteada inicialmente por Hesse en Alemania, y muy discutida por la doctrina. Esta tesis plantea muchas dificultades, entre las que se ha destacado que el principio democrático que fundamenta el ordenamiento constitucional exige que las opciones políticas permanezcan abiertas y que las decisiones políticas sean reversibles. Por este motivo, en España, ni la opinión doctrinal mayoritaria ni el Tribunal Constitucional han acogido la tesis de la "congelación de los derechos sociales", si bien se ha propuesto como perfectamente admisible (Cobreros Mendazona) que la aplicación de la legislación ordinaria esté presidida por un principio restrictivo de los eventuales recortes sociales. Además, persistirán dos hipótesis ante las que el Tribunal Constitucional deberá declarar la inconstitucionalidad de la ley en cuestión:

I/ Aquélla en que la acción del legislador se encamine directamente y sin contraprestación a la supresión de algunas de las conquistas sociales que caracterizan el status social

("despojo").

II/ Y aquélla en que, aún dándose contraprestaciones sociales, las consecuencias gravosas se hicieran recaer sobre un conjunto de ciudadanos, en razón de que con ello se violaría directamente el principio de igualdad.

Pero existe otra importante forma de incumplimiento constitucional por parte del legislador de más difícil corrección: la omisión legislativa, donde se muestra la mayor debilidad de la eficacia normativa de estos principios. Debe precisarse que con tal término se designan dos circunstancias distintas:

- supuestos en que el legislador no pone en marcha o desarrolla una institución o un servicio constitucionalmente previstos;
- y supuestos referidos a aquellas regulaciones en las que no se han incluido como beneficiarios de sus resultados a unas personas o a un grupo determinado de ellas.

En el segundo caso, el Tribunal Constitucional podría utilizar el principio constitucional de igualdad para ampliar la inicial regulación legislativa y remediar así la inobservancia constitucional. Pero el problema de más difícil solución se plantea en relación a la primera de las situaciones descritas. Y ello por cuanto se trata, bien de obligarle a actuar al legislador, bien de suplantarle. Ambas cosas son difíciles de compaginar con un sistema de primacía del legislativo. Las posibilidades del Tribunal Constitucional son aquí, pues, muy limitadas.

Cabe, no obstante, propugnar que las relaciones entre el poder legislativo y el Tribunal Constitucional pasen por alguna suerte de coordinación, lo que no debe considerarse atentatorio a las funciones propias de cada uno de estos órganos constitucionales. En nuestro sistema no existe un medio de "obligar" al legislador a suplir esta omisión. Las vías sólo pueden ser indirectas. Así, cuando no se desarrollen estos principios en la legislación ordinaria, puede estimarse que la mayoría política dominante incurre en responsabilidad política. Pero sigue sin haber medios inmediatamente eficaces para hacerle actuar al legislador (prescindiendo del supuesto especial del art.155 C.E.), de manera que habrá que volver la vista a otras posibilidades que aún sin ser decisivas jurídicamente, al implicar directamente a los protagonistas de la vida política, pueden tener, en determinados casos, sus repercusiones inmediatas. Así, cabe citar a las siguientes vías: el Defensor del Pueblo (art.54 C.E.), el ejercicio del derecho de petición individual y colectiva (art.29 C.E.) y la utilización de la iniciativa legislativa popular (art.87.3 C.E.).

En definitiva, es el legislador el máximo responsable de que los principios rectores constitucionales desplieguen toda su eficacia jurídica. Si el legislador no desarrolla estos principios, su relevancia quedará enormemente mermada, sus virtualidades no se actualizarán y la voluntad del constituyente resultará incumplida. (Cobreros Mendazona)

B/ Respecto a los jueces y Tribunales.- Con carácter general, el Poder Judicial, como poder público que es, está sujeto a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art.117.1 C.E.). Y en concreto, respecto a los principios rectores de la política social y económica, se impone una correcta interpretación del inciso final del art.53.3 ("Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen"). Como ha dicho García de Enterría, pese a su dicción, no se está prohibiendo la alegación de estos principios ante los Jueces y Tribunales, y, menos aún, su aplicación por los mismos; y es que, un momento antes, este mismo precepto dispone: "El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo tercero informarán (...) la práctica judicial". La interpretación más correcta de todo esto es que el constituyente no ha querido configurar los principios rectores como verdaderos derechos subjetivos protegibles directamente invocando la Constitución. Pero, naturalmente, los Jueces y Tribunales han de tenerlos en cuenta en el ejercicio de su potestad jurisdiccional.

Por lo tanto, la función de estos principios en la práctica judicial va a consistir, fundamentalmente, en servir de parámetro para una interpretación conforme a la Constitución, de la legalidad. Este criterio hermeneútico posibilita un considerable margen de creación judicial del Derecho para el Tribunal Constitucional y para los tribunales ordinarios. Asimismo, los principios rectores pueden servir de fundamento para el planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad.

C/ Por último, en cuanto al ejecutivo.- Si los principios rectores constitucionales no son sólo directivas cuyo destinatario es el legislador, sino que son auténticas "determinaciones de fines del Estado", es el Estado en su conjunto el que se ve implicado en su consecución, y, como una parte importante del mismo, tanto el Gobierno como la Administraciones Públicas, configuradoras del Poder Ejecutivo.

Empezando por el Gobierno, éste debe atenerse a ellos al realizar su función de dirección política, y, particularmente, al establecer su programa, así como en el ejercicio de sus potestades normativas y ejecutivas.

Y por lo que hace a las distintas Administraciones Públicas, son éstas las encargadas de mantener en funcionamiento el complejo sistema de los servicios públicos. El principio del Estado social y los concretos principios rectores constitucionales son título suficiente para una intervención del Estado en la vida económica y social tendente a la superación de desigualdades o situaciones injustas. Pero esta genérica habilitación no alcanza directamente a la Administración, en el sentido de que ésta está sujeta al principio de legalidad y sólo podrá actuar e intervenir cuando una norma concreta la habilite específicamente para ello.

Por otra parte, con el aumento en número e importancia de las prestaciones estatales, la legitimidad por excelencia de la época tecnológica es la de la eficacia. Y en este sentido, resulta obligada la mención a los técnicos, a quienes se encomienda la planificación y puesta en marcha de los programas. La penetración de estos en la legislación se produce tanto en el proceso previo a la elaboración de la ley, como, y fundamentalmente, a posteriori, determinando el tenor último de las normas cuyas directrices le han sido señaladas previamente por el Parlamento.

Recapitulando, pues, lo dicho hasta ahora, y ya concretamente en relación al art.51 C.E. puede decirse que éste contiene una auténtica norma jurídica que se plasma, formalmente, en un principio general del Derecho. En palabras de Bercovitz: "Estamos, por consiguiente, ante un nuevo principio general de nuestro Derecho -el principio de protección a los consumidores- que como tal no sólo ha de plasmarse en la promulgación de una nueva normativa legal, sino que ha de ser tenido en cuenta por los Tribunales y por los poderes públicos en general para atribuirle las consecuencias que necesariamente derivan de su consideración como principio general de nuestro Derecho."

Por tanto, se trata de verdaderos principios rectores de la política social y económica, que se plasman en la imposición de un deber a los poderes públicos, cual es el de la defensa de los consumidores, que sólo de reverso puede crear un derecho de los particulares. Este deber tiene una doble dimensión. La primera, la referida a los propios servicios prestados por los poderes públicos. Y la segunda vertiente, es la que se fija en el papel de vigilantes que, en defensa del indicado postulado, corresponde a los poderes públicos en el tráfico jurídico privado.

Pasemos ya a comentar el CONTENIDO del precepto constitucional que hoy nos ocupa. Primeramente nos parece necesario adentrarnos en una importante cuestión que ha sido objeto de gran interés y polémico debate. Nos referimos al **PROBLEMA DE REPARTO DE COMPETENCIAS**. En efecto, dejamos apuntado al estudiar los términos de "consumidores" y "usuarios" que su carácter amplio, genérico e impreciso incidía en esta difícil cuestión. Ya ha llegado el momento de ocuparnos de ella.

El artículo 51 de la Constitución dirige su mandato a "los poderes públicos", concepto que puede entenderse que incluye no sólo al legislador y a la Administración pública, además de a los Tribunales, sino también, tanto al legislador y a la Administración del Estado, como al legislador y a la Administración de las Comunidades Autónomas, e igualmente a las Corporaciones Locales. Por lo que respecta, concretamente, a los entes territoriales, Estado y Comunidades Autónomas, es a la Constitución y a los Estatutos de Autonomía a los que corresponde llevar a cabo la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

En concreto, ha de acudir primeramente a los artículos 148 y 149 de la Constitución, para verificar cómo se ha establecido el reparto competencial en dicha materia entre uno y otras. Pues bien, al repasar las listas de materias contenidas en dichos preceptos se comprueba que no aparece en ninguna de ellas. De ahí ha deducido algún sector doctrinal que habrá que acudir, entonces, a lo dispuesto en el número 3 del art.149, esto es, a la cláusula residual de competencias, de tal modo que se entiende que si tal materia se recoge en los Estatutos de Autonomía será de competencia de las correspondientes Comunidades Autónomas (cláusula residual de primer grado), y, en caso de silencio de aquellos, lo será del Estado (en aplicación de la cláusula residual de segundo grado). De hecho, la materia de protección de los consumidores (y comercio interior) sí que aparece, en cambio, entre las materias sobre las que se atribuye competencia a las Comunidades Autónomas, en sus respectivos Estatutos de Autonomía.

No obstante, como advierte SALAS, esta precipitada deducción olvida dos cosas:

1º/ Primeramente, que la aludida cláusula residual de competencias opera exclusivamente en relación con las Comunidades Autónomas que hayan accedido a la autonomía en virtud del procedimiento establecido en el art.151 o en la Disposición Transitoria 2ª de la Constitución, pero no en relación con las demás (las constituidas en virtud del procedimiento previsto en los arts.143 y 144 C.E.). Efectivamente, de la propia Constitución se derivan una serie de requisitos para la asunción estatutaria de las competencias residuales. Y uno de ellos es precisamente que la Comunidad sea de aquellas que poseen autonomía plena, estándoles vedada a las Comunidades de Autonomía limitada (art.148.2). (Los otros requisitos serían: la asunción de esas competencias expresamente en el Estatuto; la asunción de competencias en el marco de la Constitución; y que la materia o competencia, de las no asignadas expresamente al Estado, no haya sido atribuida al Estado por ningún precepto de la Constitución).

De ahí que esté justificada la promulgación por el Estado de una Ley en el ejercicio de la competencia que les es propia sobre defensa de los consumidores y usuarios (Ley 26/84, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios): por haber Comunidades que no puedan, en principio, asumir competencias normativas plenas en esta materia (STC nº 15/1989).

En cualquier caso, hay que distinguir tres grupos diferenciados de Comunidades Autónomas que, de acuerdo con normas estatutarias o extraestatutarias han asumido funciones de distinta naturaleza o graduación en materia de defensa de consumidores:

a) El primer grupo estaría integrado por aquellos Estatutos en que se atribuye a las respectivas Comunidades Autónomas y Foral la competencia exclusiva en materia de defensa del consumidor: entre ellos cabe aludir al andaluz (art.18,6), en cuya

virtud se dictó la Ley 5/85, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios en Andalucía, que es la que rige en esta materia en el ámbito de nuestra Comunidad (al respecto, véase la Exposición de Motivos de la Ley, así como su Disposición Final 1ª). (Junto al Estatuto andaluz estarían: Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia y Comunidad Valenciana, así como por la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra y la Ley Orgánica 11/1982, de 10 de agosto, de transferencias complementarias para Canarias). Bien entendido que aquí la calificación de exclusiva implica en todos los casos la atribución de funciones legislativas plenas -es decir, sin estar sometidas a las bases del Estado en dicha materia-, así como reglamentarias y ejecutivas.

Simplemente comentar que las funciones legislativa y reglamentaria que ostentan las Comunidades Valenciana y de Canarias tienen su base no en los Estatutos, sino en sendas leyes orgánicas de transferencia de competencias del Estado.

b) En un segundo nivel se situaría el Estatuto de Autonomía de Aragón, en el que se atribuyen a esta Comunidad Autónoma las funciones de desarrollo legislativo y de la legislación básica del Estado, y la ejecución, y, además, con la restricción de hacerlo "en el marco de la legislación básica del Estado y, en su caso, en los términos que la misma establezca".

c) Finalmente, en un tercer plano se encontrarían aquellas Comunidades Autónomas que, de acuerdo con sus respectivos Estatutos, han asumido exclusivamente la función ejecutiva en los términos que establezcan las leyes y las normas reglamentarias que en desarrollo de su legislación dicte el Estado (Estatutos de Asturias, Cantabria, La Rioja, Murcia, Castilla-La Mancha, Extremadura, Islas Baleares, Madrid, Castilla-León).

2ª/ Otra cuestión que al respecto suele olvidarse es que el Estado ostenta la competencia para regular "las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales (art.149.1.1ª C.E.).

En efecto, es cierto que, en principio, al Estado le corresponde en esta materia, y, en relación a cada uno de los grupos en que hemos clasificado a las distintas Comunidades Autónomas, respectivamente, la función de regular supletoriamente lo que no haya previsto normativamente el primer grupo de Comunidades, dictar la legislación básica (en relación con la Comunidad Autónoma de Aragón), y, por último, dictar las leyes y reglamentos que procedan a propósito del tercer grupo de Comunidades Autónomas. Pero no es menos cierto que, con base en el artículo 149.1.1ª C.E., ostenta también el Estado una competencia referida a la totalidad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos consagrados en el art.51 de la Constitución. Esto es, el Estado tiene la competencia para regular, mediante ley ordinaria, los

aspectos básicos de la posición jurídica del consumidor y usuario en cuanto tal, de modo que dicha posición jurídica no difiera sustancialmente según la vecindad o residencia de aquellos. Se sigue de ello que "la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas no puede regular las condiciones básicas de ejercicio de los derechos o posiciones jurídicas fundamentales, que quedan reservadas a la legislación del Estado (STC 37/1981).

A lo anterior habría que añadir que, como dijimos, la defensa del consumidor es un concepto de gran amplitud y de contornos imprecisos, lo que dificulta en ocasiones la operación calificadora de una norma cuyo designio sea la protección del consumidor, pues la norma puede estar comprendida en más de una de las reglas definidoras de competencias (STC nº71/1982). Y ello puede ocurrir cuando una regla que tiene por fin la protección del consumidor pertenece también a conjuntos normativos configurados según un criterio de clasificación de disciplinas presente en el art. 149.1 C.E. A ello se añade el que la Constitución, además del aludido criterio de distribución competencial, define competencias atendiendo a lo que es el objeto de la norma, con lo que al concurrir varias reglas competenciales debe examinarse cuál de ellas es la prevalente, y, por tanto, aplicable al caso.

El carácter interdisciplinario o pluridisciplinario del conjunto normativo que, sin contornos precisos, tiene por objeto la protección del consumidor, y también la plural inclusión de una regla en sectores distintos, debe llevar a encontrar criterios de elección de la regla aplicable, criterios que además de tener presente los ámbitos competenciales definidos, no podrán tampoco olvidar la razón o fin de la regla, desde la perspectiva de distribución de competencias posibles según la Constitución. Y así, el Tribunal Constitucional ha establecido como límites a la competencia estatutaria los siguientes: la garantía de la uniformidad de las condiciones básicas en el ejercicio de los derechos, la unidad de mercado y la afectación de intereses que excedan del ámbito autonómico.

Para no extendernos demasiado, vamos a enumerar, siguiendo a Salas, los elementos fundamentales que doctrina y jurisprudencia constitucional han señalado para llevar a cabo una indagación sobre el concepto de defensa del consumidor desde la perspectiva de la distribución de competencias en esta materia. Tales elementos serían los siguientes:

a) en la materia de defensa del consumidor pueden confluir reglas que pertenezcan a otros conjuntos normativos o tengan un objeto distinto;

b) en ese supuesto debe examinarse cuál es la regla prevalente;

c) aparte del ámbito competencial objetivamente definido, ha de tenerse presente en tal circunstancia la razón o fin de la regla;

d) en todo caso, hay que tener en cuenta los límites externos a la competencia estatutaria definida previamente en función de

los aludidos criterios.

Pues bien, en la definición de lo que sea la materia defensa del consumidor deben tenerse presentes los siguientes extremos:

1º/ en primer lugar, la existencia de otras materias que, aun estando en conexión con aquélla, tienen individualidad propia en la configuración constitucional de la distribución de competencias, ya que la defensa del consumidor, aun pudiendo incidir sobre ellas, no las agota, ni mucho menos, dado que la regulación de las mismas responde también a otras finalidades.

2º/ en segundo lugar, que existen otras materias, que, al igual que lo que ocurre con la defensa del consumidor, inciden ellas de modo igualmente "vertical" en múltiples parcelas de la realidad social, de tal modo que pueden afectar a la posición jurídica de consumidores y usuarios.

3º/ y, por último, que hay que tener muy en cuenta el principio de unidad del mercado (art. 139.2 C.E.), que prohíbe la adopción de medidas que directa o indirectamente obstaculicen la libertad de circulación de personas y bienes en todo el territorio español, principio que supone un límite en el ejercicio de las competencias relativas a la materia que estamos tratando.

Para acabar con esta cuestión, hay que decir que, junto a los criterios teleológico o finalista y el consistente en la fijación de límites externos en función de la configuración de otras materias, o en la individualización de la existencia de determinados principios, hemos de mencionar también el criterio objetivo, que es el que permite conocer lo que sea el "contenido inherente" de cada materia. Y aquí, en ausencia de definición de defensa del consumidor en la Constitución y en los Estatutos de Autonomía, resulta preciso tomar como base lo que haya hecho el legislador ordinario. Pues bien, de una interpretación sistemática de los preceptos de la Ley 26/1984 se desprende que la defensa del consumidor y del usuario como materia objeto de atribución competencial consiste en aquel conjunto de institutos y técnicas jurídicas tendentes directamente a la protección de la salud y la seguridad, los intereses económicos y sociales, la información, la educación y formación, así como al ejercicio de los derechos de representación, consulta y participación de consumidores y usuarios en cuanto tales, excluyéndose aquellas otras técnicas e institutos jurídicos que incidan en los procesos de producción de bienes y prestación de servicios, así como de intermediación comercial relativa a los mismos.

De las competencias de las Corporaciones Locales (Municipios, Provincias) en esta materia, tan sólo diremos que, a diferencia de lo que ocurre con el Estado y Comunidades Autónomas, la Constitución omite, en relación a aquéllas, la atribución de competencias sobre materias concretas. Se limita al respecto, en el art.137, a garantizar a las mismas la autonomía "para la gestión de sus respectivos intereses".

Así pues, será el legislador ordinario (el estatal o el de las

Comunidades Autónomas) el competente para establecer las competencias de las Corporaciones Locales, y, en concreto, las relativas a la defensa del consumidor.

Pero veamos otras cuestiones que este precepto suscita. Entre ellas, y comenzando por la exégesis de sus apartados 1º y 2º, la relativa a los DERECHOS que a los poderes públicos incumbe garantizar. Al respecto, los dos primeros apartados recogen, aunque no de forma exacta, el catálogo de derechos básicos del consumidor que previamente habían expresado el Consejo de Europa a través de la Carta de Protección al consumidor, aprobada por resolución 543 de la asamblea, de 17 de mayo de 1973, y la C.E.E., a través del programa preliminar para una política de protección y de información de los consumidores aprobado por el Consejo en resolución de 14 de abril de 1975. Los derechos del consumidor que en ambos textos europeos se enumeran son:

- El derecho a la protección de su salud y seguridad.
- El derecho a la protección de sus intereses económicos.
- El derecho a la reparación de los daños.
- El derecho a la información y a la educación.
- Y el derecho a la representación (derecho a ser oído).

Como puede apreciarse, las tres últimas categorías de derechos de la enumeración anterior son instrumentales para conseguir la realización de los derechos enunciados en las dos primeras, y que son los verdaderamente fundamentales. Pues bien, esta misma distinción entre derechos fundamentales e instrumentales es la que preside la división de los dos primeros apartados del art. 51 de nuestra Constitución (y también se refleja en el articulado de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, Ley 26/84 de 19 de julio; y en de la Ley de los Consumidores y Usuarios de Andalucía, Ley 5/85 de 8 de julio), según resulta de la interpretación auténtica emanada de la propia exposición que sobre ello realizó la senadora Begué Cantón.

Pero de la comparación entre la enunciación de los derechos transcrita y la redacción del art. 51 C.E. resultan algunas diferencias.

1º/ En primer lugar, el art. 51 no recoge todos los derechos mencionados, sino que omite el derecho a la reparación de daños (no así ocurre con la Ley 26/84 ni con la Ley Andaluza, donde sí se encuentra reconocido este derecho). Se ha considerado sin embargo, que esta supresión es lógica (Bercovitz), y ello por dos motivos: porque al reconocer expresamente el derecho a la protección de la seguridad, de la salud y particularmente de los intereses económicos, está implícito el derecho a la reparación de los daños, ya que sin él quedarían aquellos vaciados en gran parte de contenido; y porque, interpretado este derecho a la reparación de daños en el sentido de que deben existir cauces adecuados para las reclamaciones de los consumidores, a tales efectos, se encontraría incluido en el apartado 1º del art.51 al exigirse que la defensa del derecho del consumidor deba hacerse "mediante procedimientos eficaces".

2º/ Y la segunda diferencia estriba en que la estructura del art.51 C.E., como ya indicamos, no parece que permita considerar su naturaleza como derechos públicos subjetivos en sentido estricto, tratándose más bien de "principios interpretativos".

Procede ahora realizar el análisis de cada uno de los principios básicos del consumidor y usuario.

A/ El derecho a la protección de su SALUD y SEGURIDAD, según dice Sequeira Martín, expresa su contenido en la exigencia de que los bienes y servicios que se pongan a disposición de los consumidores no presenten ningún peligro cuando se utilizan en condiciones normales o previsibles, estableciéndose una adecuada protección contra las consecuencias de los daños físicos que de dicha utilización pudieran derivarse y la consecuente responsabilidad de empresarios comerciantes y productores de bienes o prestatarios de servicios. Y al respecto resulta exigible una protección jurídica en dos frentes: uno de control administrativo de las condiciones de producción y distribución de bienes y servicios en el mercado, y otro de carácter sancionador, protección que caería dentro del concepto de disciplina de mercado.

Se ha observado, en todo caso, por otros autores (Cazorla Prieto y Ruiz Rico) que si por seguridad se entiende la regularidad, la normalidad en el abastecimiento que hagan posible un consumo o uso seguro, eso no habría hecho falta decirlo, pues en el apartado 3 del mismo artículo, se prevé que la ley regulará el comercio interior, y dentro de ello es evidente que ha de ocupar un papel principal el deber de los poderes públicos de hacer posible una política de abastecimientos de mínimos.

Del mismo modo, se ha considerado que la mención a la protección de la salud resulta innecesaria a la vista del art. 43 de la propia Constitución, que reconoce el derecho a la protección de la salud, que, entre la totalidad de facetas de la actividad humana donde se manifestará, comprende el ámbito de la defensa de los consumidores. Incluso se ha planteado la posibilidad de que el art.15 proteja en cierto modo la salud de los consumidores, por cuanto todos tienen derecho no sólo a la vida sino también a la integridad física (Ruiz Rico).

En cualquier caso, a nosotros nos interesa detenernos algo más en este derecho por cuanto está íntimamente vinculado a la materia de alimentos. Hay que decir al respecto que una de las labores básicas de la Administración en el ámbito de la salud será vigilar por la calidad de los alimentos. No de otra forma se puede lograr el objetivo primordial de los poderes públicos en cuanto garantes del derecho de los consumidores y usuarios a gozar de una buena salud, esto es, el logro de la salud completa del individuo en el contexto social en el que se desenvuelve.

En este sentido, y desde el punto de vista preventivo, resulta necesaria la determinación de las condiciones nutricionales y

sanitarias de los alimentos básicos, de modo que se garantice el derecho a la protección de la salud de los consumidores y usuarios. En el aspecto nutricional es necesario asimismo, por parte de la Administración competente, la puesta en marcha de laboratorios de ella dependientes, que estudien la calidad de los alimentos. Otro aspecto a controlar será el aspecto sanitario de los alimentos. (Molina del Pozo)

B/ El derecho a la defensa de sus LEGÍTIMOS INTERESES ECONÓMICOS hace referencia al tratamiento y control de aquellas actividades comerciales que puedan serle económicamente perjudiciales de forma injustificada.

Para Cazorla Prieto, cuando en el precepto se dice: "intereses legítimos", no se hace en sentido jurídico estricto, diferenciándolos de los derechos subjetivos, sino en una acepción amplia, dentro de la cual caben también estos últimos. Por tanto, se ha de interpretar ampliamente la expresión "intereses económicos legítimos", como cualquier relación en la que se encuentre todo ciudadano en un acto de uso o de consumo, que por su naturaleza o características merezcan amparo público en base al postulado constitucional de la defensa de los consumidores.

Por lo demás, se ha llamado la atención sobre el término "legítimos". En principio cabe suponer que no iban a ser objeto de protección los intereses ilegítimos. Lo que ocurre es que con dicha expresión se está pretendiendo ponderar esa protección. El consumidor no es el único actor de la actividad económica, por lo que los poderes públicos deberán también tomar en consideración los intereses económicos de los demás participantes en la actividad económica del país.

A primera vista, podría pensarse que la precisión de que el amparo de los tres valores que hemos analizado se ha de llevar a cabo MEDIANTE PROCEDIMIENTOS EFICACES, es difícilmente justificable desde una perspectiva técnica, por cuanto se presume que el deber público de la defensa de los consumidores implica de por sí el empleo de procedimientos eficaces a tal fin. No obstante, como ha hecho ver Bercovitz, resulta importante y acertada la incorporación de esta exigencia en el apartado 1º, por cuanto se destaca así el carácter fundamental que la misma tiene para la protección de los consumidores a pesar de tratarse de una exigencia procedimental. En efecto, la experiencia diaria demuestra que de nada serviría el mero reconocimiento de derechos a los consumidores si junto a ello no se arbitran los procedimientos que por su sencillez y su accesibilidad y eficacia puedan hacer que la realización de aquellos derechos sea efectiva.

En otro orden de cosas, debe registrarse la obligación de los poderes públicos de GARANTIZAR LA DEFENSA DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS de un doble modo. De un lado, al implicar el papel de vigilancia del tráfico económico que se desarrolla a su margen. Y, al mismo tiempo, en el sentido de que los poderes públicos

prestan servicios de uno u otro tipo cada vez más creciente en el Estado contemporáneo (Ruiz Rico).

C/ El derecho a la INFORMACIÓN y a la EDUCACIÓN, junto al derecho a la representación de los consumidores, están recogidos en el apartado 2º del art.51, conformando las herramientas básicas para que el postulado de la defensa del consumidor recogida en el apartado 1º sea realidad (de ahí su carácter instrumental).

El contenido del derecho a la información se concreta, básicamente, en la posibilidad para el consumidor y usuario de tener un conocimiento suficiente sobre las características básicas del producto o del servicio y de las condiciones de su adquisición de forma tal que le permita efectuar una elección razonable entre los diferentes productos o servicios que se le aporten.

Dicho derecho era de imprescindible regulación constitucional. El fenómeno social de la publicidad es de tal fuerza en las sociedades consumistas contemporáneas, que, por los efectos y consecuencias que una utilización incorrecta de la misma pueda acarrear, se hace precisa contrarrestarla a través de una información fiable y suficiente, a la vez que controlar debidamente el uso publicitario. A ambos aspectos atiende el deber público de promover la información, que contiene a su vez un doble deber: el de ofrecer una información que ayude a la formación de criterios ponderados, y el de impedir que una publicidad desviada y errónea malforme la opinión pública en materia de consumo.

Junto al campo de la publicidad, este derecho afecta igualmente al contenido de las relaciones contractuales (si bien este aspecto puede considerarse englobado en el derecho a la defensa de los legítimos intereses económicos), y a las reglas de etiquetaje. Efectivamente, no podemos olvidar que el etiquetaje es uno de los más importantes cauces informativos de las características del producto a consumir o utilizar, a través del cual el consumidor puede adquirir un conocimiento de las propiedades y técnicas de su utilización. (Sequeira Martín)

Es significativo que en el texto legal se imponga a los poderes públicos la promoción de los derechos instrumentales mencionados, lo cual es consecuencia de la situación de inferioridad en que se encuentran los consumidores. Resulta, pues, necesario el apoyo de los poderes públicos. Es más, para conseguir un adecuado desarrollo del derecho a la información debe exigirse una colaboración tanto de la Administración pública como de las propias empresas productoras de bienes o servicios. En concreto, por lo que hace a la actividad pública de promoción de información, puede llevarse a cabo a través de dos cauces (recogidos en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de noviembre de 1982).

- El de promoción normativa, mediante el cual los poderes públicos promueven, en el ejercicio de sus competencias, las oportunas normas que impongan tal deber a los sujetos privados

que intervienen en el uso y el consumo.

- Y por el cauce de la promoción directa, consistente en que los mismos poderes públicos son quienes informan acerca de datos que se encuentran en su poder.

Contrariamente a lo dicho acerca de la información de los consumidores y usuarios, la referencia a la educación no tiene demasiada justificación en el marco general de nuestra Constitución. En ella, el apartado 1 del art.27 reconoce el derecho a la educación, precisando el apartado 2 que ésta tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad. Pues bien, dentro de tal mención genérica es perfectamente válido incluir la tarea educativa de la persona como consumidor, por lo que la expresa mención de la educación en el apartado 2 del art.51 resulta reiterativa.

El derecho a la educación del consumidor no va dirigido inmediatamente a la protección del consumidor o usuario inmediato, sino que su destinatario es el ciudadano futuro consumidor.

D/ En cuanto al derecho a la REPRESENTACIÓN de los consumidores y usuarios, es un derecho de ejercicio y actuación colectiva, a diferencia de los derechos hasta ahora contemplados, que concretan su protección en el consumidor o usuario individualmente considerado.

La situación de inferioridad del consumidor aisladamente considerado para enfrentarse con las organizaciones empresariales y para relacionarse con la propia organización administrativa tiene como resultado la exigencia inexcusable del "asociacionismo consumerista".

El postulado rector es el del fomento de las organizaciones de consumidores y usuarios. Como los poderes públicos han de ser garantes de la buena marcha del consumo, es razonable que se imponga constitucionalmente el fomento público de estas organizaciones. El concepto de fomento entraña la idea de ayuda, apoyo y protección por el cometido de interés general (además del particular de los consumidores) que las organizaciones a las que nos referimos desempeñan.

Junto a los principios rectores examinados, el apartado 2 del art. 51 impone la obligación a los poderes públicos de oír a la organizaciones de consumidores y usuarios en las cuestiones que les puedan afectar y en los términos que la ley establezca. Dicha audiencia no tiene porqué ser vinculante, pero en todo caso sí será preceptiva.

De hecho, la salvedad "EN LOS TÉRMINOS EN QUE LA LEY ESTABLEZCA" se ha establecido para evitar que cualquier norma legal pudiera ser tachada de anticonstitucional por el simple hecho de que no hubieran sido oídas en relación con la misma las organizaciones de consumidores. En todo caso, el derecho último del que venimos hablando ha sido objeto de atención por la Ley General

para la defensa de los consumidores y usuarios, y, por lo que a nuestra Comunidad se refiere, por la Ley 5/85, de 8 de julio en su Capítulo 7º, que lleva por rúbrica: "Derecho de participación, representación y audiencia en consulta".

Pasemos, por fin, a comentar algo acerca del TERCER Y ÚLTIMO APARTADO DEL ART. 51 C.E.. Este no contiene un principio rector de la política social y económica, en contra de lo que su emplazamiento hacía suponer. Por el contrario, dirige un mandato a las Cortes Generales, con el fin de que, siguiendo los principios que en defensa de los consumidores consagran los apartados anteriores del precepto, regulen el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales. (Cazorla Prieto).

Los comentarios formulados a este apartado tercero han sido unánimes en destacar su carácter innecesario. Y así, Bercovitz ha llegado a expresarlo del siguiente modo: "Por lo que al último apartado se refiere, (...) lo único que cabe decir es que no tiene sentido y que, por tanto, no debería existir." Y ello por cuanto el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales son dos importantes parcelas donde el principio de defensa de los consumidores y usuarios ha de manifestarse en los términos que detallan los dos primeros apartados del artículo; además, dentro del marco normativo de la Constitución no hacía falta establecer que la ley disciplinara estos extremos al desprenderse de su regulación sin necesidad de mención expresa. (Cazorla Prieto)

En cualquier caso, se le ha buscado algún sentido a este precepto, y se ha hecho intentando desentrañar lo que los constituyentes, pese a las deficiencias de técnica jurídica en que pudieron incurrir, pretendieron con él. Desde esta perspectiva, se han señalado dos explicaciones: (Cazorla Prieto)

1º/ Que lo que los constituyentes quisieron destacar fue que el comercio interior y la autorización de productos comerciales son dos campos en los que la defensa de los consumidores ha de ser especialmente intensa.

2º/ Y, en segundo término, que, dada la importancia de los extremos mencionados, se quisiera dejar bien claro que debía ser una ley la que, inspirada en los principios de defensa del consumidor, regulara las materias que contempla el apartado 3º.

En todo caso, ha de señalarse que tanto la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (arts. 4,5), como la ley andaluza (arts.7,9), contienen normas referentes al comercio interior. Por último, mencionemos, por su estrecha relación con la temática que estamos tratando, las recientes Leyes 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y, sobre todo, 1/1996, de 10 de enero, de comercio interior de Andalucía.

PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR EN MATERIA DE ALIMENTOS

EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

A continuación haremos un repaso a la materia que nos ocupa desde la perspectiva jurídico penal, concretamente a la luz del nuevo Código Penal, aprobado por L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Habremos de partir eso sí, necesariamente, del marco del art.51 de nuestra Constitución. En efecto, el mandato que dicho precepto dirige a los poderes públicos para que estos garanticen la defensa de los consumidores, también se obtiene en el ámbito penal con la protección de la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos.

Antes que nada debemos constatar el que, junto a la vía penal, el legislador busca la solución de los supuestos en los que el consumidor resulta defraudado o perjudicado a través de las vías civil y administrativa. Este dato nos recuerda dos ideas de gran interés e importancia.

1ª/ La primera de ellas es que el Derecho Penal debe ser la última ratio (el último recurso) de la política social del Estado para la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves que puedan sufrir. Es lo que se ha dado en llamar el principio de intervención mínima como uno de los límites al poder punitivo de un Estado social y democrático de Derecho como lo es el nuestro. En consecuencia, el Derecho Penal debe utilizarse sólo en casos extraordinariamente graves (de ahí su carácter fragmentario), y cuando no haya otro remedio por haber fracasado los mecanismos de protección menos gravosos para la persona con los que cuenta nuestro ordenamiento (por eso su naturaleza subsidiaria). (Zugaldía Espinar)

2ª/ Pero, junto a ello, debe constatarse el hecho de que, en los últimos años, el legislador haya salpicado todo el ordenamiento jurídico de sanciones administrativas. Y lo ha hecho de tal modo que se puede afirmar el carácter aleatorio y lábil de las sanciones administrativas. Sin olvidar que la tutela y la potestad sancionadora de la actividad administrativa plantea los problemas de ser una actividad que, bordeando los contornos del tratamiento penal de las conductas, no respeta sin embargo los principios inspiradores de las normas de naturaleza penal (Sequeira Martín). Para poner remedio a esto, se defiende mayor cautela a la hora de optar por la sanción administrativa, una inspección muy profesional y estable y, sobre todo, la creación de estándares que permitan a los afectados saber a qué atenerse y que funcionan unos criterios objetivos (Martín-Retortillo).

Así pues, debe tenerse gran cuidado a la hora de adoptar una de las muy variadas modalidades de defensa de los consumidores que el art.51 C.E. permite, ya sea la penal, la administrativa o cualquier otra.

Pero pasemos ya al análisis concreto de la cuestión que nos ocupa. Vaya por delante la siguiente observación: la amplitud y dificultad que entraña cualquier disquisición que trate de concretar esta materia en el ámbito penal. Una muestra de ello se encuentra en la gran diversidad de conductas que, en relación más o menos directa con la protección de los consumidores, aparecen tipificadas en el Código Penal. Entre ellas cabe incluir las que siguen: los delitos publicitarios (arts.282, 362.1.3º), las maquinaciones para alterar el precio de las cosas (arts. 262, 281, 284), las defraudaciones de energía, fluidos eléctrico o telecomunicaciones (arts.255, 256, 283), los delitos contra la salud pública (arts.359 a 367) o las estafas al consumidor (arts.248 a 251).

Nosotros nos vamos a referir tan sólo a aquellas infracciones penales más directamente destinadas a proteger al consumidor en materia de alimentos. Concretamente, los artículos a comentar serán: de una parte, el 281 y 282, que recogen determinados delitos incluidos en la Sección 3ª del Capítulo XI del Título XII del Código Penal, siendo la rúbrica de dicha Sección: "De los delitos relativos al mercado y a los consumidores", además de los artículos 287 y 288, incluidos en la Sección 4ª, que recoge determinadas Disposiciones comunes; y, junto a los mencionados, los artículos 359, 360, 363, 364, 365, 366 y 367, incluidos todos ellos en el Capítulo III: "De los delitos contra la salud pública", del Título XVII del Libro 2º. A continuación leeremos dichos preceptos y haremos un breve comentario de cada uno de ellos.

A) DELITOS RELATIVOS AL MERCADO Y A LOS CONSUMIDORES

Art. 281:

"1. El que detrajere del mercado materias primas o productos de primera necesidad con la intención de desabastecer un sector del mismo, de forzar una alteración de precios, o de perjudicar gravemente a los consumidores, será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Se impondrá la pena superior en grado si el hecho se realiza en situaciones de grave necesidad o catastróficas."

Con este artículo nuestro legislador penal comienza a orientar determinadas figuras típicas a la tutela de los intereses legítimos de los consumidores. Con ello se desarrolla el contenido del art.51.1 C.E. que ya hemos examinado. Así se avanza un paso más allá de la protección civil y administrativa existente.

El bien jurídico que se protege gira en torno a los intereses de los consumidores. Probablemente, en aspectos que van más allá del propio del derecho a una conformación libre de los precios en el mercado, pues no en vano el objeto material se restringe a las materias primas y productos de primera necesidad. Se rechaza, pues, la tesis de que el bien tutelado sea el equilibrio relativo entre la oferta y la demanda.

Este tipo es de nueva creación. Pero las loables intenciones que guiaron al legislador, esto es, velar por la tutela de los intereses generales concernientes a todos los ciudadanos, pueden verse truncadas por una definición de los comportamientos punibles considerablemente alejada de las modernas técnicas de intervención en el mercado.

Por lo que hace a la estructura típica del delito, resulta acorde con el bien jurídico objeto de tutela. Nos encontramos, así, ante un adelantamiento de la barrera de protección penal, en la medida en que la consumación no se condiciona a la posterior producción de un resultado de lesión o peligro. Basta con la realización de la conducta (detraer), guiada por los fines reseñados (desabastecimiento, alteración de precios o perjuicio de los consumidores), para colmar la perfección típica.

Por lo demás, "detraer" del mercado significa apartar, desviar o hacer acopio de los productos afectados. Debiendo tratarse, en todo caso, de materias primas o productos de primera necesidad.

Su estructura típica no impide, en su caso, la aparición de supuestos concursales con otros delitos.

En relación a la pena, nos vemos obligados a comentar brevísimamente un par de novedades que nuestro Código Penal contiene. En primer lugar, la unificación en la "prisión" de la denominación de la pena privativa de libertad, que permite una más fácil y beneficiosa comprensión por parte del ciudadano de las consecuencias jurídicas del delito. Y, en segundo lugar, la introducción de un sistema de aplicación de la pena de multa que permite un mayor grado de adecuación a la capacidad económica del reo: el sistema de días-multa (art.50 C.P.). Este se asienta sobre la graduación de dos baremos: la duración temporal o extensión, que se establece en días, meses o años; y la cuota a pagar en cada uno de esos períodos, fijada dentro de los márgenes establecidos en la ley, siendo la cuota diaria de 200 a 50.000 pesetas.

Por último, el apartado 2º del precepto contempla un tipo agravado cuando el hecho se realice en situaciones de grave necesidad o catastróficas, castigando con la pena superior en grado.

Art. 282:

"Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de seis a dieciocho meses los fabricantes o comerciantes que, en sus ofertas o publicidad de productos o servicios, hagan alegaciones falsas o manifiesten características inciertas sobre los mismos, de modo que puedan causar un perjuicio grave y manifiesto a los consumidores, sin perjuicio de la pena que corresponda aplicar por la comisión de otros delitos."

1. El delito de publicidad engañosa

Se recoge en este precepto el delito de publicidad engañosa.

En este sentido, constituye la punta de lanza, o al menos el más directamente orientado, de todos los delitos económicos para tutelar los derechos de los consumidores y usuarios.

Es un delito de nueva creación, no presentando antecedentes en la legislación penal española.

Por otra parte, resulta preciso enmarcar la intervención penal en el marco normativo enderezado a tutelar a los consumidores y usuarios frente a los ataques que pudieran poner en peligro sus legítimos intereses, en concreto, aquellos que se instrumentalizan mediante la inveracidad de la información publicitaria. Comenzamos por citar el ya tan aludido art.51.1, así como el art. 20.1.d) C.E., para continuar con el articulado de la Ley 26/1984, de 19 de julio, así como de la Ley andaluza 5/1985, de 8 de julio. Hay que añadir, asimismo, la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

De lo anterior se deduce claramente cuál es el bien jurídico tutelado, al gozar de una anclaje constitucional y legal indudable. Se trata del derecho de los consumidores y usuarios a recibir una información veraz de los productos y servicios ofertados en el mercado. Es un bien jurídico colectivo, netamente socio-económico, configurado en torno al concepto de veracidad de la información, y cuya titularidad recae en los consumidores y usuarios, esto es, en todos los ciudadanos.

2. Los elementos de la infracción penal

Las conductas aquí prohibidas consisten en realizar alegaciones falsas o manifestar características inciertas en las ofertas o publicidad de productos o servicios que se ofrecen en el mercado. Por tanto, la acción típica se instrumentaliza o materializa a través de las ofertas o la publicidad. La definición de "publicidad" en el art. 2 de la L.G.Pub. es la que sigue: "toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones". Es una definición extraordinariamente amplia, con lo que el concepto de publicidad no parece que pueda interponer barreras al elenco de conductas típicas. No obstante, quizás para eludir posibles problemas interpretativos que pudieran derivarse de una concepción más común de publicidad, como promoción u ofrecimiento genérico e indeterminado de productos y servicios, el legislador ha añadido características inciertas en las "ofertas". Esto es, en el ofrecimiento inmediato al consumidor en el mercado.

En sentido estricto, las conductas prohibidas son realizar alegaciones falsas o manifestar características inciertas. Tal incoherencia de términos nos obliga a acudir a la L.G.Pub., pero de nada nos sirve, dada la gran laxitud con que, al respecto, se

expresa.

Quizás por ello el legislador penal ha intentado restringir la respuesta criminalizadora exigiendo que las alegaciones falsas o la manifestación de características inciertas "puedan causar un peligro grave y manifiesto a los consumidores". Esto es lo que diferenciará al delito publicitario de la simple publicidad engañosa. Pero tampoco con esta exigencia se logra la taxatividad y certeza que serían deseables, y ello por los siguientes motivos:

1º/ Por la imposibilidad de trasladar aquí la elaboración dogmática y conceptual de los elementos del delito de estafa, entre otras razones, porque en la publicidad engañosa no es posible establecer una relación psicológica entre el engaño y el error (de un destinatario difuso e indeterminado), presupuesto de la disposición patrimonial injusta.

2º/ Porque nos hallamos ante un delito de peligro hipotético. Así, aun cuando el juez deberá probar la capacidad lesiva de la conducta en el caso concreto objeto de examen, no será preciso constatar la existencia de un resultado de concreta puesta en peligro del bien jurídico protegido.

3º/ El perjuicio posible ha de ser grave y manifiesto, por lo que no cualquier alteración de la información aportada a la publicidad u oferta puede generar el peligro típicamente relevante.

Respecto a la necesidad de que el perjuicio sea "grave", que también aparecía en el artículo anteriormente comentado, ha sido objeto de críticas (así, Rivacoba), por obviar las exigencias que comporta el principio de legalidad ("nullum crimen, nulla poena, sine lege", "nullum crimen, nulla poena, sine lege stricta").

En cualquier caso, debe entenderse que la magnitud del falseamiento de la realidad comporta, de un lado, la necesidad de que la acción recaiga sobre un elemento esencial caracterizador del producto y determinante de su configuración en el mercado (en cuanto al objeto sobre el que recae la falsedad o alegación incierta), y, de otro, la exigencia de que la propia alteración de la información sea notable, y no meramente superficial.

El que, a su vez, el peligro amenazado sea manifiesto, debe identificarse con la capacidad para su determinación objetiva. Es decir, deberá traducirse en una amenaza para los intereses económicos tangibles y objetivizables de los consumidores y usuarios.

En definitiva, la labor hermenéutica de este precepto poco más puede ayudar. De tal forma que conduce éste a una discrecionalidad de los órganos judiciales mucho mayor de la deseable.

En relación a la pena que amenaza, está configurada de forma alternativa: prisión de 6 meses a un año o multa de 6 a 18 meses. La previsión que recoge: "sin perjuicio de la pena que corresponde aplicar por la comisión de otros delitos", es notoriamente

supérflua, pues bastan al efecto con la aplicación de las normas generales que regulan el concurso de delitos. De todos modos, nos encontramos con un delito de peligro que afecta a un bien jurídico colectivo y difuso. Así pues, la eventual lesión o puesta en peligro de otros bienes jurídicos penalmente protegidos, deja abierto el camino al concurso de delitos.

Recojamos ahora dos preceptos que son aplicables a los artículos examinados. Se trata de los artículos 287 y 288.

El primero de ellos dice así:

"1. Para proceder por los delitos previstos en los artículos anteriores del presente capítulo será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquélla sea menor de edad, incapaz o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.

2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas."

Este precepto introduce, acertadamente, una condición objetiva de perseguibilidad para todos los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores. Es precisa la denuncia del agraviado o de su representante legal para poderse ejercer la acción penal, salvo cuando estos delitos afectan a intereses o a una pluralidad de personas. Esta salvedad puede ser tenida en cuenta en la práctica con cierta frecuencia. Ya que, dado el carácter de estos delitos (económicos), ni la afectación a intereses generales ni la presencia de una pluralidad de personas, serán extrañas.

Por otra parte, se entiende por "agraviado" la persona que ha sufrido directamente las consecuencias de la acción típica. No tiene porqué coincidir, pues, con el "perjudicado" (de hecho, en ninguno de los dos delitos estudiados se exige el perjuicio efectivo).

Por lo que hace al art. 288, su tenor es el siguiente:

"En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el Juez o Tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Además, el Juez o Tribunal, a la vista de las circunstancias del caso, podrá adoptar las medidas previstas en el artículo 129 del presente Código."

Dos apreciaciones tan sólo:

1ª/ que las medidas previstas en el art.129 del Código Penal son: clausura de la empresa, sus locales o establecimientos; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades; prohibición de realizar futuras actividades, operaciones mercantiles o negocios similares a los cometidos; e

intervención de la empresa.

2ª/ que para el caso que contemplaba el art.282 resulta altamente adecuada la publicación de la sentencia que el precepto ahora en comentario prevé.

B) Pasemos ahora a examinar algunos delitos que se encuentran en estrecha relación con la protección del consumidor en materia de alimentos. Todo ello se encuadran bajo la rúbrica : "DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PUBLICA".

El bien jurídico tutelado: La salud pública.

Vinculado al fenómeno de consumo masivo de determinados productos, no es casual que junto al derecho a la salud individual, y estrechamente relacionados con los derechos del consumidor, según vimos, configure la Constitución la protección de la salud pública como principio rector de la política social. En efecto, el artículo 43 de la C.E. dice así:

"1. Se reconoce el derecho a la protección de la salud.

2. Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La Ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto."

En resumen, el bien jurídico protegido en estos artículos es el de la salud pública. Este se emancipa así de la tutela propia y directa de la salud individual, a la que propende, para configurarse como tutela de la seguridad, calidad e higiene de los productos destinados al consumo.

Pues bien, veamos ya los artículos que nos quedan por comentar. Los dos primeros (arts. 359, 360) recogen sendos delitos referentes a sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar estragos; los tres siguientes (arts. 363, 364 y 365) regulan determinados delitos relacionados con el tráfico y elaboración de productos alimenticios; por fin los dos últimos (arts. 366 y 367) recogen determinadas disposiciones comunes a los delitos contra la salud pública.

B.1) DELITOS REFERENTES A SUSTANCIAS NOCIVAS A LA SALUD O PRODUCTOS QUIMICOS QUE PUEDAN CAUSAR ESTRAGOS

Estos delitos apenas han sufrido alteraciones dignas de mención con el nuevo Código, que reproduce casi literalmente el contenido de los anteriores arts. 341 y 342.

Se ha señalado la residual aplicación de estos preceptos, dado que, en principio, resulta difícil imaginar alguna hipótesis que no reciba adecuado encaje en otros preceptos del Código.

Por otro lado, los dos preceptos en examen propenden, junto a la tutela de la salud pública, a la protección de otros bienes, en especial a la protección de la comunidad frente al riesgo de

menoscabo o destrucción que para otros bienes jurídicos (vida, integridad física, propiedad, medio ambiente), pudieran derivarse del tráfico de productos químicos, y ello porque se exige la actitud de éstos para causar estragos.

Art. 359:

"El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años."

La acción típica es doble: por un lado, se castiga el despacho, venta o comercio de estos productos sin estar autorizado para ello; por otro, la elaboración de las sustancias nocivas sin estar autorizado. En este último caso, la acción típica consiste simplemente en la elaboración como tal, sin que sea necesaria ninguna intención específica de dar un destino determinado a la sustancia en cuestión.

Se trata de un delito de peligro abstracto por cuanto no requiere de la concreta puesta en peligro de la salud de nadie. Pero por otra parte, sí exige la aptitud de la conducta para producir tal peligro, según se refleja en la necesidad de que las sustancias sean nocivas, o de que los productos químicos puedan causar estragos. Por tanto, es preciso detenerse en las propiedades del objeto material de la acción que permitan considerarlo apto o idóneo para producir un peligro real para la salud o la causación de estragos. Examinemos por separados los dos objetos materiales sobre los que deben verificarse las acciones de tráfico sin la correspondiente autorización.

a) Sustancias nocivas para la salud.- Partiendo del Código Alimentario Español, puede decirse que es nociva toda sustancia que utilizada con criterio de normal prudencia y conforme a las prescripciones de su preparación y empleo, o en cualquier forma que se ajuste a práctica de elemental previsión, produzca efectos perjudiciales en la salud de los consumidores, usuarios o terceros. Igualmente lo es aquella cuyo uso repetido entraña peligro para la salud. Este precepto parte pues de un concepto de nocividad material (con infracción, además, de requisitos de seguridad legales y reglamentarios), mientras que el artc. 360 parte de entender la nocividad en sentido formal, al presuponerla dada la ausencia de la debida autorización en el fabricante, suministrador o comerciante de tales productos.

Por otra parte, ha de entenderse (pese a los problemas que esta interpretación pueda conducir, como ha puesto de relieve García Albero), que los arts. 359 y 360 proceden exclusivamente a la incriminación de afecciones contra la salud pública que se realizan mediante objetos materiales diversos a los específicamente previsto en el resto de artículos del capítulo (medicamen

tos, productos alimenticios, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas).

b) Productos químicos que pueden causar estragos.- Visto lo anterior, cabe decir que este objeto viene a ser sinónimo del concepto "sustancia" analizado, del que se distinguiría únicamente por su aptitud para producir estragos, es decir, para causar una gran destrucción o daño.

Dada la proximidad de las conductas tipificadas en los arts. 359 y 348, conviene que nos detengamos (Art.348: "Los que en la fabricación, manipulación, transporte, tenencia o comercialización de explosivos, sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos, contravinieren las normas de seguridad establecidas, poniendo en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente, ..."). Las conductas no autorizadas de fabricación, despacho, suministro o comercio de productos químicos susceptibles de producir estragos por parte de quién no está autorizado, serán subsumidas en el artc. 359. Y si además se produjere peligro concreto para la salud de las personas o el medio ambiente como consecuencia de la infracción de normas de seguridad, procederá estimar, conforme a las reglas generales, un concurso ideal de delitos entre ambas infracciones.

Pasemos ya a estudiar el art. 360:

"El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años."

Las diferencias que este precepto presenta en relación al anterior consisten en limitar la conducta típica al solo despacho o suministro de las analizadas sustancias o productos químicos, por parte de quien está autorizado para su tráfico, y con incumplimiento de "las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos". En resumen, se distinguen por la existencia de autorización, la mayor restricción de las conductas y la remisión a las infracciones de la normativa extrapenal en la materia.

Estamos, pues, ante un precepto configurado como ley penal en blanco, en el que el alcance de la prohibición tendrá que ser integrado con las disposiciones reguladoras del despacho y suministro de sustancias nocivas. En este sentido deberán tenerse en cuenta: la Ley 14/1986, General de Sanidad; la Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios en Andalucía; y la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. Previsiones cuyo desarrollo se efectúa reglamentariamente con normas que, en este campo, necesitan ser periódicamente actuali

zadas de acuerdo con las sucesivas Directivas europeas.

Con todo, este artículo ha sido duramente criticado precisamente por contener (como tantos otros artículos del nuevo C.P.), una ley penal en blanco, con los problemas que le son inherentes (en relación al principio de legalidad). Incluso se ha apuntado que resulta de dudosa constitucionalidad, a la vista de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional sobre la admisibilidad de las leyes penales en blanco sin merma de las garantías establecidas en el artc. 25.1 de la C.E. (así, SSTC 42/1987, 127/1990 y 341/1993).

B.2) DELITOS RELACIONADOS CON EL TRÁFICO Y LA ELABORACIÓN DE PRODUCTOS ALIMENTICIOS

Art.363:

"Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.

2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.

3. Traficando con géneros corrompidos.

4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.

5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos."

En cuanto al sujeto activo de este delito, se ha extendido a todas las modalidades típicas lo que el artículo 346 A.C.P. sólo exigía en su primera modalidad, a saber, la condición de productor, distribuidor o comerciante. Queda configurado así como un delito especial, debiendo ostentar el autor del delito la correspondiente cualidad personal para incurrir en la responsabilidad criminal. Se ha criticado esta exigencia por dejar fuera del ámbito típico del precepto a otros sujetos que no ostentando tales condiciones propiamente, pudieran realizar las conductas que el mismo castiga.

1. La puesta en peligro de la salud de los consumidores

Constituye ésta una exigencia común a todas las modalidades del art.363, lo que resulta novedoso en relación con el antiguo art.346, pues dicho peligro sólo se reclamaba explícitamente en la primera de sus modalidades.

Dado el tenor literal del precepto, éste parece definir una conducta típica, cual es poner en peligro la salud de los

consumidores, realizada a través de las modalidades descritas en su numeral. Por ello, cabe preguntarse por la naturaleza de dicho peligro: si constituye en realidad el resultado (de peligro) de las conductas descritas: peligro concreto, o si, por el contrario, constituye una característica predicable de la sola realización de las conductas recogidas en el precepto: peligro abstracto. Dada la redacción del artículo, nos inclinamos por la primera opción, con lo que no bastará con la realización de las cinco modalidades de conductas que ahora examinamos, sino que será necesario ofertar al mercado los productos alimenticios y que estos lleguen finalmente a disposición del consumidor final.

En definitiva, no basta con la mera peligrosidad insita en el propio producto alimenticio para colmar la exigencia típica del peligro que reclama el precepto, siendo preciso además el contacto entre la salud del consumidor y el objeto material que incorpora el peligro.

2. Cuestiones concursales

Normalmente la perseguibilidad de este delito se producirá cuando se hayan manifestado afecciones a la salud como consecuencia de la ingesta de alimentos nocivos. En tal caso, procederá apreciar un concurso de delitos entre la infracción contra la salud pública y las correspondientes lesiones u homicidios dolosos o imprudentes.

3. Análisis de las diversas modalidades de conducta

1^a/ Ofrecer en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad y composición.-

La primera modalidad de conducta se estructura como ley penal en blanco, al remitir a los requisitos legales y reglamentarios establecidos sobre caducidad y composición. Y así, el núcleo de la conducta típica radica en el "ofrecimiento" al mercado de productos alimentarios que reúnen las características de nocividad "material" (necesaria puesta en peligro de la salud", y "formal" (infracción de los mencionados requisitos).

El ofrecimiento al mercado no se limita al ofrecimiento al consumidor final, sino propiamente a la puesta a disposición del alimento en cualquier eslabón de la cadena productiva.

El objeto material de la acción lo constituyen los productos alimentarios, expresión que no hace referencia a los alimentos en sentido estricto. En efecto, acudiendo a la definición de producto alimentario en el C.A.E., se considera como productos alimentarios "todas las materias no nocivas, en sentido absoluto o relativo que, sin valor nutritivo, puedan ser utilizadas en la alimentación". Ahora bien, se considera excesivo que todo "útil alimentario" quede incluido en el concepto, puesto que sólo son

típicas las conductas que supongan infracción de requisitos sobre "caducidad" y "composición", por lo que quedan fuera del ámbito del precepto aquellos útiles para los que no tenga sentido dicha normativa.

He aquí, por otra parte, el principal defecto de la regulación: limitar el ofrecimiento de productos alimentarios nocivos a los que provengan exclusivamente de la infracción de requisitos sobre caducidad y composición. Esto supone dejar fuera multitud de conductas generadoras de nocividad, que sólo podrán ser reprimidas si pueden reconducirse a alguno de los otros supuestos previstos en este mismo artículo.

Respecto a la infracción sobre caducidad, ésta vendrá dada cuando se incumpla con la obligación de determinarla, en el envase del producto, o cuando se falsee la misma, permitiéndose el consumo más allá de su límite permitido or la correspondiente reglamentación técnico-sanitaria. Pero, al no resultar siempre nocivo el consumo pasada la fecha de caducidad, debe añadirse a la "nocividad formal", la "material", que resulta de la general exigencia de puesta en peligro de la salud de los consumidores.

2º/ Fabricación o venta de bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.-

Este supuesto (no explícitamente recogido en el derogado Código), sintetiza la esencia del delito alimentario nocivo: creación de nocividad alimentaria y disposición al consumo público de alimentos nocivos.

La nocividad de la bebida y comestible puede venir dada por cualquier incumplimiento de la normativa alimentaria, o por la venta de géneros corrompidos, etc. En realidad, no existe apenas una sola previsión del art.363 que no permita ser subsumida en dicha modalidad, máxime si se tiene en cuenta que para todas ellas se exige la puesta en peligro de la salud de los consumidores. En efecto, la "fabricación" exigirá el posterior ofrecimiento al mercado, y la final puesta a disposición del alimento al consumidor; así como la "venta" se produce cada vez que el producto traspassa un eslabón de la cadena alimentaria (si bien se exige que al final el producto haya sido susceptible de ser adquirido por el consumidor).

La nocividad material relevante penalmente no se agota en la "nocividad absoluta" (peligro de afección a la salud inmediata y con relación al consumidor), sino que incluye también la "nocividad relativa" ("cuando no siendo perjudicial su inmediato consumo, se puede prever que su ingestión repetida entraña riesgo para la salud, sin que ello obedezca a uso inmoderado o inoportuno, o a consumo irreflexivo del mismo"; "cuando aun no siendo nocivo para el consumidor medio, lo es o pueda serlo para un grupo determinado de consumidores (...), al que va específicamente destinado", apartados b y d del C.A.E.)

3ª/ Tráfico de géneros corrompidos.-

Sustituye a la modalidad de "venta" de géneros corrompidos prevista en el art.246 A.C.P., lo que indica la voluntad del legislador de ampliar dicha modalidad a otras conductas, aparte de la simple compraventa.

Pese al indeterminado alcance de la expresión "géneros", en realidad ésta viene limitada a los alimentos, pues estos son normalmente los objetos susceptibles de corrupción.

La exigencia de peligro para la salud de los consumidores implica aquí, aparte de la necesaria puesta en contacto inminente del género con el consumidor, la afectación a la clase de corrupción relevante típicamente (nocividad material). Sólo cuando pueda demostrarse que la ingesta, aislada o repetida, pudiera provocar a la larga trastornos orgánicos, procedería afirmar la relevancia penal de la conducta (SSTS 22 mayo 1982, 16 octubre 1992, entre otras).

Por otra parte, para la consumación, no es preciso que la venta llegue a efectuarse, siendo suficiente con encontrar los productos en los almacenes o puestos donde se hallen en disposición de venta (STS 10 marzo 1992).

4ª/ Elaboración y venta de objetos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud.

Acerca de esta modalidad, dos cuestiones merecen ser destacadas.

I. Primeramente, la amplitud del objeto material de la acción, configurado por los "objetos" destinados genéricamente al uso o consumo. Por esta razón, se ha destacado de este apartado su vocación de erigirse en precepto de recogida o básico de las afecciones a la salud proveniente de objetos de consumo no específicamente regulados en el Código.

II. Con todo, tal función de recogida aparece limitada por la preceptiva ausencia de autorización "en el uso del producto". Lo cual produce extrañeza, ya que normalmente las prohibiciones o autorizaciones van referidas a la producción y comercialización, y no al uso en sentido estricto del objeto comercializado.

5ª/ Ocultación o sustracción de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados para comerciar con ellos.-

La modificación más importante de esta modalidad respecto a la prevista en el art.347.1 A.C.P. deriva de la general exigencia de puesta en peligro de la salud de los consumidores de la que parte el art.363. De este modo, el tipo deja de configurarse como un puro acto preparatorio del tráfico elevado a la categoría de delito.

Conforman el objeto material del delito los "efectos destina-

dos a ser inutilizados o desinfectados". No hay acuerdo doctrinal acerca de qué deba entenderse por "efectos". Puede, no obstante, entenderse por tales cualquier objeto destinado al uso o consumo.

En cualquier caso, los efectos han de estar "destinados a ser inutilizados o desinfectados". Cree necesario García Albero que legal y reglamentariamente exista un específico destino a la "inutilización" (o destrucción) o a la "desinfección", sin que resulte asimilable la mera obligación de retirada del producto y sin precisarse tampoco la preexistencia de resolución administrativa en este sentido (en contra, STS 12 de abril de 1989).

Continuemos con el art.364:

"1. El 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, será castigado con las penas del artículo anterior. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena al que realice cualquiera de las siguientes conductas:

1º Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados.

2º Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior.

3º Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1º.

4º Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos."

1. Adulteración con aditivos u otros agentes.

Esta previsión típica presenta algunas particularidades de interés en relación con el precedente art.363. En rigor, no se trata sino de una concreta modalidad de creación de nocividad material y formal en productos alimentarios que el legislador ha decidido sujetar a una especial disciplina (más severa), al no exigir cualidad alguna en el sujeto activo del delito (delito común), y al adelantar la barrera de intervención penal al mismo momento de la adulteración del alimento sin esperar a la concreta puesta en peligro de la salud de los consumidores, esto es, sin exigir que el producto que tal nocividad incorpora esté a disposición de estos.

La conducta consiste en "adulterar" los alimentos, sustancias

o bebidas destinadas al consumo alimentario con "aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas". Así pues, parte el legislador penal de un concepto de adulteración más estricto que el que deriva del C.A.E., que no sólo considera adulterado todo alimento al que se le haya "adicionado", sino también "sustraído" cualquier sustancia.

Por tanto, la adulteración deberá verificarse vía aditiva, a través de aditivos u otros agentes nocivos, término amplio que permite cubrir todo posible añadido de sustancias, cualquiera que sea su naturaleza técnica.

Suscita, además, la previsión un problema técnico, al adjetivar el precepto como nocivos, no los alimentos resultantes de la adulteración, sino los mismos aditivos u otros agentes no autorizados, de tal forma que serán estos los susceptibles de causar daños a la salud, en definitiva, los peligrosos. Pero, como ha indicado Pérez Álvarez, esto resulta inadecuado, por cuanto el que el aditivo sea susceptible de causar daños a la salud, depende de la dosis que se utiliza del mismo y en relación con el conjunto de alimentos que componen el régimen alimenticio de la persona". En consecuencia, es preceptiva la interpretación teleológica correctora del tipo, en el sentido de exigir la nocividad en el alimento mismo como consecuencia de su adulteración, lo que dependerá, como se ha dicho, de la dosis y mayor o menor toxicidad del aditivo o agente. En tal cualidad, así como en el destino del alimento al consumo, radica la lesividad de la conducta, que puede ser calificada como de peligro abstracto.

También se exige que se trate de aditivos o agentes "no autorizados", configurándose como ley penal en blanco, en la que será preciso acudir a la normativa alimentaria extrapenal en la materia. Hay que atender al respecto a los requisitos de composición de los productos alimentarios lato sensu que se presenten u oferten con el alimento mismo, regulados en las correspondientes Reglamentaciones Técnico Sanitarias.

Respecto a la pena, se prevé inhabilitación especial si se trata del propietario o responsable de la producción, muy superior a la prevista en el art. 363, lo cual resulta incomprensible por dos motivos. Primero, por no requerir el tipo de la producción de un peligro concreto, siendo un delito de mera actividad peligrosa. Y segundo, porque las conductas de adulteración pueden llevarse a cabo en fases posteriores a la fabricación, por otros sujetos intervinientes en la cadena alimentaria, sin que a estos sujetos les sea, en cambio, imponible la pena de inhabilitación.

2. El art. 364.2

En síntesis, las conductas que contempla el art.364.2 consisten en el empleo de sustancias no permitidas tanto en el engorde como en el tratamiento terapéutico de animales de abasto, así como al sacrificio de los animales tratados con tales sustancias.

La previsión carece de precedentes en el Derecho penal español y su inclusión en el nuevo Código trata de responder a la especial insidiosidad de unas conductas verificadas sobre productos de acreditada aptitud para la transmisión de enfermedades infecciosas e intoxicaciones. Junto a estas implicaciones en el ámbito de la salud pública, hay que resaltar igualmente las que trascienden este campo hacia el económico o comercial.

Veamos seguidamente las distintas modalidades de conductas que este apartado contempla.

1º/ Administración a animales de sustancias no permitidas.-

Se trata de una modalidad de peligro abstracto, al no requerir la puesta en peligro de la salud de consumidor alguno, si bien exige que la sustancia no permitida se apta para generar riesgo para la salud.

Al ser precisa la demostración de la peligrosidad de la sustancia, se deberá realizar un juicio hipotético: es peligrosa la sustancia cuya ingesta ya aislada, ya reiterada, perjudicaría la salud; y lo es también la que, sin serlo intrínsecamente, convierte al producto en peligroso para la salud. Complementa el dato el destino al consumo humano. Citemos un ejemplo: la sustancia del Clenvuterol, empleada para el engorde de terneros, que puede resultar perjudicial para la salud de quien ingiere la carne.

Complementa asimismo la tipicidad penal la referencia al carácter "no permitido" de la sustancia, lo que la convierte en una ley penal en blanco. Al respecto, hagamos constar la necesidad de que nuestra legislación acoja el contenido de la normativa de la C.E.E. sobre estas materias, debiendo adecuarse en todo momento a la legislación que se promueva (O.26 noviembre 1991).

Finalmente añadir que en la modalidad típica analizada no se contempla tan sólo la administración de sustancias no autorizadas o permitidas, sino su suministro "en dosis superiores" o para "fines distintos a los autorizados". Aunque en relación con tal alternativa no exija el precepto la aptitud para generar riesgo para la salud de las personas, debe entenderse subsistente tal exigencia por razones de índole contextual y teleológica.

2º/ Sacrificio de animales alimentados o tratados con sustancias prohibidas.-

Las conductas consignadas en los apartados 2º y 3º del artículo no se caracterizan precisamente por su pulcritud técnica. La primera contempla el sacrificio de animales de abasto o el destino de sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha suministrado las sustancias mencionadas en el "número anterior" (art. 364.1). La segunda, el sacrificio de animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1º.

En realidad, no hay criterios materiales que justifiquen la coexistencia de ambas modalidades.

Y, desde la perspectiva de su estructura típica, ambas modalidades resultan similares a la prevista en el párrafo primero: peligro abstracto pero de conducta peligrosa, lo que se confirma por remisión a las sustancias nocivas analizadas, cuyo riesgo para la salud ha de ser conocido por quien sacrifica el animal de abasto destinado al consumo.

Advirtamos, por último, que las tres modalidades analizadas tienen en común una conducta activa de suministro de sustancias prohibidas a animales, que, bien se realiza directamente, bien ha de ser conocida como presupuesto de la tipicidad de otras conductas. Resulta incomprensible que el legislador haya configurado los delitos alimentarios en este ámbito como conductas de creación de nocividad. De forma que quedan excluidas las conductas de tráfico de animales enfermos o contaminados por causas naturales (supuestos considerados por el Tribunal Supremo como constitutivos de la modalidad delictiva que consistía en la venta de géneros corrompidos: STS 12 mayo 1969).

3ª/ Despacho al consumo sin respetar periodos de espera.-

Esta modalidad tiene sentido desde la perspectiva de la tutela de la salud, pues los periodos de espera establecidos reglamentariamente posibilitan la eliminación progresiva de fármacos y aditivos utilizados en la alimentación del ganado, sustancias que, pese a estar autorizadas, no dejan algunas de resultar perjudiciales para la salud de los consumidores; de ahí que la espera resulte preceptiva.

Por otra parte, del tenor literal del tipo se infiere que se trata de un delito de peligro abstracto en sentido estricto.

Digamos algo acerca del art. 365:

"Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas."

Comparado con su precedente legal más inmediato, el art. 347.2 A.C.P., este precepto presenta dos novedades importantes: primera, la extensión de la conducta típica, que ya no se limita al "arrojar objetos al agua" convirtiéndola en nociva, sino en envenenarla o adulterarla con sustancias infecciosas o gravemente nocivas; y además, la inclusión, como objeto material alternativo, de las "sustancias alimenticias". Tanto las aguas potables como las sustancias alimenticias han de estar destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas.

Es un delito de peligro abstracto, pues no requiere de una puesta en peligro concreta de la salud de las personas. Siendo la gravedad inherente a la sola conducta, con independencia del concreto peligro que se haya producido por el riesgo próximo de ingesta, la que explica la elevada penalidad dispuesta. Tal dato debe erigirse en criterio hermeneútico decisivo a la hora de valorar las dos modalidades conductuales. En efecto, "envenenar" supone algo más que la mera alteración de la calidad del agua con la adición de sustancias peligrosas: implica la adición de sustancias muy tóxicas, tóxicas o gravemente nocivas, de modo que la ingesta del agua o su contacto pueda provocar efectos agudos o crónicos e incluso la muerte. Y la conducta consistente en la "adulteración", por su parte, queda adjetivada con la referencia a las sustancias infecciosas o gravemente nocivas.

En definitiva, el precepto exige el carácter gravemente nocivo de la sustancia empleada para envenenar o adulterar, criterio que debe extenderse a las sustancias infecciosas, aunque no aparezcan éstas adjetivadas, pues son concebibles vertidos de sustancias infecciosas al agua potable que no por ello hacen el agua nociva.

Además, y pese al tenor literal del precepto, la sola nocividad grave de la sustancia adicionada no decide por sí sola la tipicidad, si ello no convierte al objeto material en gravemente nocivo.

Se discute qué debe entenderse por "agua potable". En opinión de García Albero, el agua típicamente relevante a los efectos de este delito, lo será aquella destinada a consumo de boca, o a entrar en contacto con los alimentos, e incluso pudiendo admitirse usos no estrictamente vinculados con la alimentación.

B.3) DISPOSICIONES COMUNES

Dos artículos nos quedan por analizar. El art. 366 dice así:

"En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129."

Por su parte, el art. 367 tipifica así la comisión imprudente de todos los delitos comprendidos en los artículos 359 a 365:

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

En efecto, conforme al nuevo sistema de incriminación cerrada o de numerus clausus que preside la regulación de los delitos imprudentes (art.12 C.P.), dispone el precepto la pena aplicable en caso de realización de los tipos dirigidos a la protección de

la salud pública, por imprudencia grave.

Apuntemos que la peculiar estructura de peligro, determinará algunas particularidades por la dificultad de trazar los límites entre las infracciones dolosas o culposas, dependiendo ello de la estructura de peligro insita en el correspondiente precepto.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIAR DE LUQUE, L. y BLANCO CANALES, R.: "Constitución española. 1978-1988", vol.I. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1988.

- AGUILERA DE PRAT, C.R. y VILANOVA, P.: "Temas de Ciencia Política". Promociones Publicaciones Universitarias. Colección: Apuntes sobre Constitución y Política. Barcelona, 1ª edic., 1987.

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique: "Curso de Derecho Constitucional", vol.I: El Estado Constitucional. El sistema de fuentes. Los derechos y libertades. Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1ª edic., 1994.

- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo: "Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores". Editorial Tecnos, S.A. Madrid, 1987.

- COBREROS MENDAZONA, E.: "Reflexión general sobre la eficacia normativa de los principios constitucionales rectores de la política social y económica del Estado", en Revista Vasca de Administración Pública, nº19. Bilbao, septiembre-diciembre de 1987.

- COSSÍO DÍAZ, José Ramón: "Estado Social y derechos de prestación". Centro de Estudios Constitucionales. Colección "Estudios Constitucionales". Madrid, 1989.

- DE VEGA RUIZ, José Augusto: "Protección penal del consumidor", en La Ley, vol.I. Madrid, 1989.

- GARRIDO FALLA y otros: "Comentarios a la Constitución". Editorial Civitas, S.A. Madrid, 2ª edic. ampliada, 1985.

- GIMBERNAT ORDEIG, E.: "Prólogo", en "Código Penal", Tecnos, Madrid, 1995.

- MADIAGAL GARCÍA, C. y RODRIGUEZ RUIZ, J.L.: "Contestaciones de Derecho Penal. Parte Especial". Carperi.

- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo: "Las sanciones administrativas en relación con la defensa de los consumidores con especial referencia a la publicidad de las mismas", en Revista de Administración Pública, nº 126. Centro de Estudios Constitucionales, septiembre-diciembre de 1991.

- MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo: "La defensa del consumidor: Un principio general del Derecho", en "Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría". Coordinación y presentación: Sebastián Martín-Retortillo. Tomo II. Civitas. Madrid, 1ª edic., 1991.

- MOLINA DEL POZO, C.F.: "El derecho de los consumidores y usuarios a la protección de la salud y seguridad", en Revista de Administración Pública, nº 100-102, vol.III. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, enero-diciembre 1983.

- MUNOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: "Derecho Penal. Parte General". Tirant lo blanch. Valencia, 2ª edic., 1996.

- PÉREZ ROYO, Javier: "Curso de Derecho Constitucional". Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. Madrid, 1994.

- RIVACOBA Y RIVACOBA, Manuel de: "Consideraciones críticas de carácter general acerca del nuevo Código Penal", en Revista de Derecho Penal y Criminología, 5-1995. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Facultad de Derecho. Madrid.

- SALAS, J.: "Defensa del consumidor y competencia de los diversos entes territoriales", en Revista de Administración Pública, nº119. Centro de Estudios Constitucionales. Mayo-agosto 1989.

- SATRÚSTEGUI, Miguel: "Derechos de ámbito económico y social", en LÓPEZ GUERRA y otros: "Derecho Constitucional", vol. I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos. Tirant lo blanch libros. Valencia, 1994.

- SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo J.: "Defensa del consumidor y derecho constitucional económico", en Revista Española de Derecho Constitucional. Año 4, nº10, enero-abril de 1984.

- SERRANO, José Luis: "Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica", en Revista de Estudios Políticos, nº56, Nueva Época. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, abril-junio de 1987.

- V.V.A.A.: "Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal". Director: Quintero Olivares. Coordinador: Valle Muñiz. Aranzadi Editorial, 1996.

- V.V.A.A.: "Comentarios a las leyes políticas. Constitución española de 1978". Dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. Tomos IV, artículos 39 a 55, y XI, artículos 143 a 158. Revista de Derecho Público, Editorial Revista de Derecho Privado, Editoriales de Derecho Reunidas. Madrid, 1984.

- ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: "Fundamentos de Derecho Penal (Parte general). Las teorías de la pena y de la ley penal". Servicio de Publicaciones de la Universidad de Granada.