

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ062862

JUZGADO DE LO PENAL N.º 3 DE ARRECIFE*Sentencia 150/2017, de 20 de noviembre de 2017**Rec. n.º 110/2017***SUMARIO:**

Delito contra la salud pública. Fraude alimentario. Elementos. Delito contra la salud pública en su modalidad de fraude alimentario en concurso con tres delitos de lesiones y once faltas de lesiones, por vender pescado en mal estado. Los acusados, propietario y dependiente de una pescadería, obrando con absoluto desprecio hacia la salud pública y siendo conscientes del elevado riesgo que con su conducta creaban para la salud de los consumidores y asumiendo plenamente, así, la posibilidad del menoscabo para la integridad corporal de los consumidores que su conducta pudieran causar, pusieron a la venta un mero de cerca de 30 kilos de peso que había estado previamente en el expositor de la pescadería y sin haber llevado a cabo los controles que establece la ley. Los artículos 363 a 366 CP recogen las conductas delictivas que, en el marco de la defensa de la salud pública, se relacionan con la manipulación y distribución de alimentos. Algunas de las conductas constituyen tipos penales en blanco que requieren una remisión a la normativa administrativa en la materia para completar el sentido de la prohibición. Se alude necesariamente a la condición de «profesional» del sujeto activo de estas infracciones como «productores, distribuidores o comerciantes». Esta configuración permitirá castigar, en su caso, la «omisión» de tales sujetos, dada su posición de garantes (art. 11 CP) respecto de las condiciones de los productos y la obligación de su retirada del mercado en el caso de que adviertan defectos susceptibles de causar perjuicios a los potenciales consumidores. Nos encontramos ante un delito de peligro -pues así ha de interpretarse el tenor legal «que pongan en peligro la salud de los consumidores»-, por lo que no se exige la causación de una efectiva lesión. De producirse una lesión a la integridad física o la muerte de uno o varios consumidores, estaremos en presencia de un concurso ideal de delitos, a resolver por las reglas previstas en el art. 77 CP. No se castiga la mera tenencia sino la oferta en el mercado del producto nocivo. Deben concurrir (1) la presencia del carácter especial del sujeto activo sumado a (2) la nocividad del bien o producto ofertado o puesto en circulación en la cadena de consumo y (3) la correlativa causación de un peligro para la salud de los consumidores. En el aspecto subjetivo, estamos ante conductas dolosas, que requieren la presencia de conocimiento y voluntad tanto de los elementos de la conducta como de la producción del resultado de peligro (basta la presencia de dolo eventual).

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 11, 27, 28, 53, 77, 147, 148, 359, 360, 363, 364, 365, 366 y 617.

PONENTE:*Doña Aitziber Oleaga Orue-Rementeria.***Sección: MO**

JUZGADO DE LO PENAL N.º 3

Rambla Medular s/n esquina Calle Aragón Arrecife

Teléfono: 928 59 93 80

Fax.: 928 59 93 83



Email: penal3.arre@justiciaencanarias.org

Procedimiento: Procedimiento abreviado

Nº Procedimiento: 0000110/2017

Proc. origen: Procedimiento abreviado

Nº proc. origen: 0000634/2014-00

NIG: 3500443220140001987

Resolución: Sentencia 000150/2017

SENTENCIA

En Arrecife, a 20 DE NOVIEMBRE DE 2017.

Visto por mi, DOÑA AITZIBER OLEAGA ORUE REMENTERIA, el Juicio Oral y público de la causa que con el número 110/17 (D.P 634/2014) tramitó el Juzgado de Instrucción número 2 de Arrecife, por Procedimiento Abreviado y delito contra la salud pública por contaminación alimentaria en concurso con delitos de lesiones, figurando como acusador público el Ministerio Fiscal y la acusación particular constituida por Esperanza , Laura , Millán , Rosendo , Raimunda , Jose Ignacio , Juan Ramón , María Angeles , Anibal , Azucena , Edurne y Cipriano , bajo la dirección letrada de CARMEN DELIA REYES RODRIGUEZ y FRANCISCO HERNÁNDEZ RODRIGUEZ, ambas acusaciones, frente al acusado, Octavio , con D.N.I. nº NUM000 , natural de Tazacorte-Santa Cruz de Tenerife, nacido el día NUM001 /81, hijo de Carlos Francisco y de Beatriz , con antecedentes penales computables a efectos de reincidencia, en situación de libertad por ésta causa y, frente al acusado, Adrian , con D.N.I. nº NUM002 , natural de Las Palmas de Gran Canaria, nacido el día NUM003 /86, hijo de Claudio y de Juana , con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, en situación de libertad por ésta causa y, ambos acusados, bajo la asistencia letrada de VICENTE DE LEÓN DE GOPAR, dicto la presente resolución de conformidad con los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Las presentes diligencias penales se incoaron como Diligencias Previas nº 634/2014 por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Arrecife, y posterior Juicio Oral por Procedimiento Abreviado por delito nº 110/17 de este Juzgado, habiéndose seguido su tramitación de conformidad con lo prevenido en las leyes procesales, señalándose para la celebración del juicio oral el día de la fecha, en el que, con la asistencia del Ministerio Fiscal, acusación particular y Letrado de la defensa, así como de los acusados, se practicaron las pruebas propuestas con el resultado que figura en las actuaciones.

Segundo.

El Ministerio Fiscal , en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de:

- a) un delito de contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 363. 2 y 3 del C.P ., en relación de concurso ideal con
- b) tres delitos de lesiones, previstos y penados en el artículo 147.1 del Código Penal , y con
- c) once faltas de lesiones, previstos y penados en el artículo 617.1 del Código Penal , de los cuales han de responder como autores los acusados, a tenor de lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del C.P , concurriendo en el acusado Octavio la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, 8ª del artículo 22 del C.P ., de



reincidencia, en relación con el delito contra la salud pública y sin que concurra en el acusado Adrian circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, e interesando la imposición a los acusados las siguientes penas:

- A Octavio , la pena de cuatro años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; doce meses de multa, con una cuota diaria de 12 euros y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago; inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cinco años y abono de las costas.

- A Adrian , la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; once meses de multa, con una cuota diaria de 12 euros y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago; inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cuatro años y abono de las costas.

Con respecto a la RESPONSABILIDAD CIVIL: los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a:

- a) Esperanza en la cantidad de 1773 euros
- b) Laura , en la cantidad de 2.086 euros,
- c) Millán , en la cantidad de 2.842 euros,
- d) Rosendo , en la cantidad de 4.080 euros,
- e) Raimunda , en la cantidad de 4.585 euros,
- f) Jose Ignacio , en la cantidad de 1.774 euros,
- g) Juan Ramón , en la cantidad de 1.810 euros,
- h) María Angeles , en la cantidad de 1.997 euros,
- i) Anibal , en la cantidad de 1.997 euros,
- j) Azucena , en la cantidad de 3.117 euros,
- k) Edurne en la cantidad de 2.522 euros,
- l) Cipriano en la cantidad de 2.522 euros,
- m) Juan Manuel , en la cantidad de 2.431 euros,
- n) Arturo , en la cantidad de 910 euros, y todo ello, con la aplicación de lo dispuesto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

La acusación particular , en sus conclusiones provisionales, calificó los hechos como constitutivos de:

a) un delito de contra la salud pública, previsto y penado en el artículo 363. 1 a 3 del C.P ., por la venta de pescado prescindiendo dolosamente del procedimiento de control previo de sanidad, lo cual desembocó en la efectiva venta del producto tóxico, nocivo para la salud en relación de concurso ideal con

b) catorce delitos de lesiones, previstos y penados en el artículo 147.1 y art. 148.2 del Código Penal , en este caso, por el medio especialmente peligroso usado para la causación de las mismas, mediante la venta de productos tóxicos con conocimiento de su potencial peligro para la integridad de los consumidores y, pese a ello, aceptando el resultado, de los cuales han de responder como autores los acusados, a tenor de lo dispuesto en los arts. 27 y 28 del C.P , concurriendo en el acusado Octavio la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, 8ª del artículo 22 del C.P ., de reincidencia, en relación con el delito contra la salud pública y sin que concurra en el acusado Adrian circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, e interesando la imposición a los acusados las siguientes penas:

A Octavio y a Adrian , la pena de seis años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; doce meses de multa, con una cuota diaria de 12 euros y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago; inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cinco años y abono de las costas.

Con respecto a la RESPONSABILIDAD CIVIL: los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a:

- a) Esperanza en la cantidad de 2.242 euros
- b) Laura , en la cantidad de 3.634 euros,
- c) Millán , en la cantidad de 3.759 euros,
- d) Rosendo , en la cantidad de 10.401 euros,
- e) Raimunda , en la cantidad de 6.701 euros,



- f) Jose Ignacio , en la cantidad de 2.184 euros,
- g) Juan Ramón , en la cantidad de 2.476 euros,
- h) María Angeles , en la cantidad de 2.805 euros,
- i) Anibal , en la cantidad de 2.805 euros,
- j) Azucena , en la cantidad de 4.384 euros,
- k) Edurne en la cantidad de 3.505 euros,
- l) Cipriano en la cantidad de 3.505 euros.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular modificaron sus respectivos escritos de conclusiones en el sentido de añadir en el apartado de hechos probados que los perjudicados Anibal , Cipriano y Juan Manuel han fallecido durante la tramitación de la presente causa, y en el apartado de la responsabilidad civil, interesando el Ministerio que los acusados indemnicen a los herederos de los tres fallecidos y en el caso de la acusación particular, que los acusados indemnicen a los herederos de Anibal y Cipriano ,manteniendo ambas acusaciones el resto de sus conclusiones y elevándolas a definitivas.

Tercero.

La defensa de los acusados, solicitó en su conclusión final, la libre absolución de aquellos, con todos los pronunciamientos favorables, tras lo cual, oído a los acusados en el ejercicio del Derecho a la última palabra, quedó el juicio visto para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. *Objeto de debate. Medios de prueba. Examen y valoración.*

En principio, el objeto de debate es el siguiente.

Las acusaciones mantienen que los acusados, Adrian y Octavio , actuando, respectivamente, como dependiente y propietario de la Pescadería Los Alisios, sita en la Avenida Las Palmeras de San Bartolomé obrando con absoluto desprecio hacia la salud pública y siendo conscientes del elevado riesgo que con su conducta creaban para la salud de los consumidores y asumiendo plenamente, así, la posibilidad del menoscabo para la integridad corporal de los consumidores que su conducta pudieran causar, entre los días 3 y 7 de diciembre de 2013, pusieron a la venta un ejemplar de mero de gran tamaño como de 30 kilos o más, que previamente había estado expuesto en el expositor de la pescadería el día 2 de diciembre, sin haber llevado a cabo previamente los procedimientos de control que establecen para la primera venta de productos pesqueros la Ley 3/2001 de Pesca Marítima del Estado y el Reglamento de la Ley de Pesca de Canarias, aprobado por Decreto 182/2004, siendo que como consecuencia del incumplimiento de tales protocolos, no se detectó que el mero estaba infectado por la ciguatoxina, y se vendió por trozos a numerosos compradores, que, como consecuencia de su consumo, resultaron infectados por la ciguatera.

Los acusados niegan que llegaron a vender un ejemplar de mero tan grande, si bien ha quedado acreditado mediante los documentos de primera venta que el acusado Octavio , al menos, compró un mero de 4 kilos el día 2 de diciembre de 2013 (folio 50 de las actuaciones) y otro de 12 kilos el 5 de diciembre de 2013 (folio 53) para proceder a su venta en la pescadería, por lo que, en definitiva, niegan que ningún mero que hayan vendido en su pescadería tuviera un tamaño superior a los 29 kilos que es el límite fijado para el control de la Ciguatoxina en los productos de la pesca extractiva salientes en los puntos de primera venta autorizados establecido por la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Aguas y vigente en el momento de la intoxicación, ni pescado por ellos mismos, ni adquirido a un tercero, negando por tanto, que ningún mero por ellos comercializado, no haya pasado los controles de detección de la ciguatoxina.

En el caso de autos, tras el examen de los medios de prueba practicados, consistentes en las testificales de los perjudicados, de los peritos-testigos y de la documental, conforme a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, se llega a la conclusión que han quedado probados los hechos objeto de acusación, conforme a los siguientes razonamientos que se van a pasar a exponer.

Existen numerosos testigos directos, algunos de los perjudicados, que llegaron a ver el tamaño del mero que se vendió a partir del día 3 de diciembre en la pescadería del pueblo de los acusados.



En este sentido, contamos con los testimonios de Fermina , que estuvo el día 2 de diciembre de 2013 y vio el mero que le llamó mucho la atención a ella y a su hijo por su gran tamaño, y que el pescadero dijo como de broma que el pescado era más grande que el niño que en esa época podía pesar con 6 años 20 kilos, y que esto lo comentó con una clienta de la farmacia que regenta, que es la perjudicada Raimunda quien destaca, asimismo, el gran tamaño del mero que vio entero antes de ser troceado y puesto a la venta al día siguiente, señalando que como clienta que acude habitualmente a la pescadería, a nunca había visto un mero tan grande, descartando que pudiera ser de 4 kilos, siendo que su marido Rosendo que también escuchó decir que el mero era más grande que el niño de 6 años y que pesaba más que el niño, manifestó que el mero parecía del terciario con grandes escamas y que era tan bonito y tan grande que daba pena comérselo y, que para él, podía pesar entre 30 a 40 kilos, expresando también su asombro por el gran tamaño del mero, Azucena , María Angeles , y Millán , quien si bien no vio el mero, su madre le dijo que al menos pesaba entre 25-30 kilos y, sobre todo, Soledad , quien no solo vio el mero sino que esperó a que lo desescamaran el día 3 de diciembre y a que lo prepararan y, además, siendo una consumidora habitual de mero (llegó a comprar algo menos de 2 kilos ese día) señaló que el mero era enorme, de una longitud de más de un metro de largo, negando que fuera un mero pequeño de 4 kilos y que, incluso, era más grande que los meros de la fotografía aportada por el acusado Octavio como documento 8, y que el acusado manifestó pesaban en torno a unos 18 kilos cada uno.

Es decir, 7 de los 14 afectados vieron o saben cómo era, el mero expuesto antes de que se procediera a su troceado y, todos, coinciden en que, no era un mero de 4 kilos, sino de mucho más peso (superaba los 20 kilos de un niño de 6 años, entorno a los 30-40 kilos, de más de un metro de longitud, incluso metro y veinte de longitud) y estos testimonios contradicen las declaraciones de los dos acusados que, por supuesto, tienen derecho a no decir la verdad en el ejercicio legítimo de su derecho de defensa. Pero estos testimonios de testigos directos que han jurado decir la verdad y que han mantenido su versión en el tiempo sin contradicciones, sin fisuras y de forma totalmente coincidente, no solo contradicen a los acusados, sino incluso las pruebas aportadas por ellos. Así, si el único mero que han acreditado los acusados que compraron para la venta el día 2 de diciembre, pesaba 4 kilos, siendo éste el único que podía haberse vendido a partir del día 3 de diciembre en la pescadería (pues personas que compraron ese día se contaminaron con la toxina), este peso de cuatro kilos no coincide con las dimensiones de un mero de gran tamaño y de más de un metro de longitud si atendemos a las explicaciones dadas, no solo por el acusado Octavio , sino por el testigo Benedicto , que es pescador y fue el que vendió el mero de 4 kilos al acusado Octavio , quienes señalaron que un mero de 28 kilos puede medir desde los pies hasta el pecho del acusado Octavio más de un metro (acusado) y un mero de 4 kilos puede medir 60 cm y uno de 12 kilos 90 cm (testigo).

No hay ninguna base para dudar de los testimonios de los testigos directos que no tienen ningún motivo para faltar a la verdad, debiendo significar que los testimonios, en cuanto al tamaño de mero que vieron y la cantidad de mero que adquirieron, lo pusieron de manifiesto de igual manera y en el mismo sentido, no solo ante el Juez Instructor, sino ante los inspectores de sanidad, sobre todo ante el jefe de la Sección de salud pública, Gregorio , que entrevistó a los perjudicados por teléfono para hacer una hoja resumen que se suele hacer siempre cuando hay un brote con la información aportada por los perjudicados sobre la cantidad de pescado que habían comprado y la fecha.

Además, de esta prueba directa, la convicción de esta Juzgadora en cuanto a que el mero que se vendió en la pescadería Los Alisios de San Bartolomé era de gran tamaño, incluso superior a los 29 kilos y que el mismo procedía de una pesca particular del barco del acusado Octavio y que no pasó los controles sanitarios para la detección de la ciguatoxina, se infiere de la prueba indiciaria o indirecta , y ello por la concurrencia de una pluralidad de indicios de criminalidad que unida a la prueba directa anterior constituida por los testimonios de los testigos perjudicados, llevan a la plena convicción de que los hechos ocurrieron como señalan las acusaciones.

1.- La cantidad de mero comprado por los perjudicados contaminados por la ciguatera a partir del 3 de diciembre de 2013 y antes del 5 de diciembre, suma las siguientes cantidades calculadas, mínimas de 11.350 gramos (11 kilos 350 gr) y, máximas 12.100 gramos (12 kilos y 100 gramos). Así, se desprende las cantidades señaladas por los perjudicados:

Rosendo y su mujer Raimunda : entre un kilo (1.000 gramos) y un kilo 300 gramos (1.300 gramos)

Eduarne : entre 1.250 gramos y 1.500 gramos. Azucena : un kilo (1.000 gramos).

María Angeles : un kilo. (1.000 gramos). Laura : un kilo (1.000 gramos). Arturo y su mujer Soledad :

entre 1.600 y 1.800 gramos.



Millán , cuya madre adquirió el mero el día 4 de diciembre no recordando en el plenario la cantidad exacta y que en la hoja resumen del técnico de Salud Pública se señala que es medio kilo (500 gramos). A estas cantidades hay que sumar la siguiente cantidad que resulta de la hoja resumen del inspector Gregorio , referente a una persona que no se ha constituido como perjudicado llamado Epifanio , pues se indicó por la médico forense que aunque presentaba síntomas, los mismos no eran compatibles con el de la ciguatera, quien manifestó al técnico de Salud Pública que había adquirido medio kilo (500 gramos) de mero el día 5 de diciembre, lo mismo que Belarmino , quien manifestó que adquirió poco menos de un kilo (1.000 gramos) el 4 de diciembre, pues el hecho de que sus síntomas no se hayan considerado como ciguatera no es óbice para que las compras que realizaron de mero esos días concretos sirvan para calcular el peso de mero vendido que debería coincidir con el de 4 kilos, que es el único que señalan y han acreditado los acusados que vendieron entre el 2 al 5 de diciembre de 2013.

Además, el perjudicado Juan Manuel falleció durante la tramitación de la causa, y ambas acusaciones solicitaron que se trajera al plenario su declaración sumarial obrante a los folios 536 a 537, por vía del art. 730 de la LECrM mediante su lectura, a lo cual se procedió al solicitar tener por reproducida la documental. Conforme a dicha declaración el perjudicado, éste compró 2 kilos y medio de mero, y si bien no recordaba la fecha de compra, de la documental obrante en autos, el informe de urgencias y el médico forense obrante a los folios 758 a 770, se infiere que lo hizo antes del día 6 de diciembre, pues ese es el día que fue a urgencias por primera vez, refiriendo tener síntomas desde hacía varios días atrás y, en concreto, en la ocasión que acudió a urgencias el día 14 de diciembre se hizo constar que se intoxicó por ciguatera hacía 11 días, luego se intoxicó el día 3 de diciembre, por lo que la adquisición del mero tuvo que ser ese día, por lo que hay que sumar a la cantidad de mero vendido entre el 3 al 5 de diciembre, los dos kilos y medios (2.500 gramos) adquiridos por el difunto Sr. Juan Manuel .

Los otros perjudicados, Esperanza , su marido Jose Ignacio y el hijo de ambos, Juan Ramón que adquirieron entre 1.100 y 1.400 gramos en dos bandejas, compraron el mero el 7 de diciembre, y aunque en este caso, el mero que adquirieron estaba mezclado porque la muestra que entregaron a los inspectores dio negativo a la toxina y, sin embargo, todos los miembros de esta familia se contaminaron, no se puede saber qué cantidad de mero contaminado compraron exactamente, motivo por lo que, en beneficio del reo, no se va a sumar esta cantidad adquirida de mero por esta familia, a la cantidad anterior resultante, para poder alcanzar la convicción sobre el tamaño del mero, si bien, se ha de tener en cuenta que el mero contaminado pesaría aún más de lo que se llegue a calcular por este motivo.

Estas cantidades designadas por los perjudicados en el plenario coinciden casi prácticamente con las consignadas por el inspector Gregorio en su hoja resumen a los folios 89 y 90 de las actuaciones, en la que la suma de las cantidades que le refirieron algunos de los perjudicados, no todos, alcanza la cifra de los 6.500 gramos (6 kilos y medio), lo cual desacredita la versión de los acusados de que el mero puesto a la venta a partir del día 2 de diciembre que fue expuesto al público pesara solo 4 kilos, pues la suma de las cantidades adquiridas por los perjudicados desde el 2 de diciembre hasta antes del día 5 de diciembre, que es cuando se compró el segundo mero con un peso de 12 kilos y que se puso a la venta el día 7 de diciembre, supera en 7 kilos 350 gramos (cantidad mínima aproximada calculada) o en 8 kilos 100 gramos (cantidad máxima aproximada calculada) al de 4 kilos, es decir, casi triplica el peso del mero que se dice haber vendido por los acusados , sin perjuicio de recordar que no se ha añadido la cantidad adquirida por Esperanza (entre kilo 100 gramos a casi kilo y medio de mero) porque, en este caso, el mero intoxicado estaba mezclado con el no intoxicado. Este cálculo basado en las declaraciones de los perjudicados, desacredita la versión de los acusados de que vendieron un mero de apenas 4 kilos y, además, por gramos y no por kilos, lo que denota que mienten para ocultar deliberadamente el peso real del mero vendido esos primeros días de diciembre de 2013.

2.- A todo ello hay que unir el hecho de que es imposible a juicio de los expertos de salud pública que un mero de 12 kilos presente ciguatoxina y mucho menos uno de 4 kilos, que es el que produjo los afectados.

En este sentido, Natalia , como TÉCNICO INSPECTORA DE SALUD PÚBLICA dependiente de la DIRECCIÓN DEL ÁREA DE SALUD DE L ANZAROTE y que ocupa su cargo desde 1995, explicó como entre sus funciones se encuentra el control de los establecimientos de pescadería y las lonjas en Lanzarote, en concreto, el control de las condiciones higiénicosanitarias de los establecimientos de pescadería, incluida la lonja, si bien, la Consejería de Agricultura y Pesca se encarga del control de la pesca y de la venta del pescado. En cuanto a la ciguatera, señaló que para prevenir este problema se marcaron unos pesos a partir de los cuales había que hacer una prueba de ciguatera, en el caso del mero se puso, un peso de más de 29 kilos para el control, siendo que la ciguatoxina tiene que ver con el peso del pescado, concluyendo que, en su opinión, un mero de 4 kilos es imposible que tenga ciguatoxina, y que de tener esta toxina no produciría síntomas o los produciría en escasa intensidad y probablemente solo a personas que anteriormente hubieran estado expuestas a esta toxina, entendiéndose que puede



ocurrir que haya meros de gran peso (superior a los 29 kilos) que no tengan la toxina y otros de menor peso que sí la tengan, pero que de tenerla, los meros de mayor peso tendrían lógicamente una mayor concentración de la toxina.

En términos similares se pronunció el perito testigo, Gregorio , JEFE DE SECCIÓN DE SALUD PÚBLICO DEL ÁREA DE SALUD DE LANZAROTE, quien dijo expresa y tajantemente que, nunca en Canarias, ni en toda la Macaronesia, se ha dado un caso de mero de 12 kilos y mucho menos uno de 4 kilos, que tengan ciguatoxina, que sería la primera vez en la historia, y que si dieran crédito a esta posibilidad, tendrían que considerar la prohibición total de comercializar meros sin realizar previamente pruebas de detección de ciguatoxina, ratificándose en este extremo en su informe pericial obrante a los folios 86 a 88.

Esta Juzgadora comparte los argumentos de los expertos que son los que conocen esta materia, y ello pese a que el tema de la ciguatoxina en los pescados de gran tamaño sea una materia tan cambiante, en la que el peso del mero por ejemplo se ha llegado a reducir de los 29 kilos vigentes en 2013 hasta los 17 kilos de peso según la última modificación operada en el protocolo para el control de la ciguatoxina en marzo de 2017.

3.- Siguiendo el hilo de lo anteriormente expuesto, los expertos, sobre todo, Gregorio , tiene la teoría de que se había puesto a la venta un mero con ciguatera, puesto que no concordaban los datos que daba el vendedor, porque si lo que decía el vendedor era correcto, debía concluirse que tanto el mero de 12 kilos como el mero de 4 kilos tenían ciguatera, y eso no había ocurrido nunca en Canarias.

Ratificándose en su declaración ante el Juez de Instrucción manifiesta que tiene casi la certeza total que el mero que se vendió a los afectados, no se corresponden con los meros que figuran en las dos facturas aportadas por la pescadería, no solo por el hecho de que las cantidades adquiridas por los afectados superan los 4 kilos del mero que se dice haber vendido, sino también por el resultado de los análisis, porque han recibido meros positivos y meros negativos, es decir, que podría haber habido varios meros a la venta en el expositor y, entre ellos, el que tenía la ciguatera, por lo que cree que había mezclados filetes de mero afectados por la ciguatera con otros que no, que por ello alguna de las muestras que se mandaron para analizar, daban negativo a ciguatera.

Que la teoría que tienen es que, el martes día 3 de diciembre de 2013, empezaron a vender pescado con ciguatera y ese mismo día aparecieron los primeros afectados, que el día 5 de diciembre de 2013 la pescadería compró un mero de 12 kilos, y entonces el día 6 de diciembre de 2013 no hubo venta porque fue fiesta, y el día 7 de diciembre de 2013 se terminó de vender todo el mero, es decir, el que tenía ciguatera y el otro mero de 12 kilos, que por eso se han cogido muestras de mero que al analizar han salido sin ciguatera, pues se correspondería con filetes de ese mero de 12 kilos, que estuvieron mezclados con los filetes del mero con ciguatera.

Esta tesis del jefe de la Sección de Salud Pública, viene confirmada o avalada por el hecho de que la familia compuesta por Esperanza , su marido Jose Ignacio y el hijo de ambos, Juan Ramón que adquirieron entre 1.100 y 1.400 gramos de mero, el 7 de diciembre, lo compraron en dos bandejas y se intoxicaron los tres, si bien, la muestra que entregaron a los inspectores, en concreto, la número 0092-LZ el 10 de diciembre, envasada, congela y con número de precinto 13240 dio NEGATIVO a la ciguatera, con lo que es evidente, que compraron mero infectado por la toxina y mero que no lo estaba. Esta versión viene, asimismo, confirmada o ratificada por el perjudicado Jose Ignacio , que es cocinero profesional y señala como el mero de las dos bandejas no era igual, que él cogió un filete que era mucho más ancho y más vistoso que el otro, que era más fino y el cual congeló y que fue el que se entregó a los inspectores, y que como cocinero sabe distinguir si los trozos de un pescado se corresponden o no con la misma pieza.

La presencia de dos tipos de mero uno con toxina y el otro sin ella, infiere a pensar de forma lógica, tal y como lo hiciera Gregorio , que el mero puesto a la venta el 2 de diciembre tenía la toxina y se mezcló a partir del día 7 de diciembre con trozos de otro mero (posiblemente el de 12 kilos) que no estaba infectado, y si esta familia adquirió mero infectado tuvo que ser del puesto a la venta el día 3 de diciembre, por lo que a la cantidad de mero vendida a partir de este día habría que añadir más cantidad de mero, aunque se desconoce en qué cantidad exacta pues adquirieron mero de dos piezas diferentes, si bien, esta familia adquirió entre 1.100 y 1.400 gramos, lo que refuerza aún más si cabe el indicio de criminalidad analizado en el primer punto, en cuanto a la mayor cantidad de mero vendido muy por encima de los 4 kilos de mero que se dice haber vendido por los acusados.

Además, el hecho de haber vendido mero de una misma pieza desde el 3 de diciembre hasta al menos el día 7 de diciembre, denota que la pieza de mero era grande, sobre todo si se parte de que los compradores no se limitaban a comprar por gramos, siendo por kilos, y si no hubo mas afectados por este mero de gran tamaño se debió a que los acusados el día 9 de diciembre, sabedores de que iban a acudir las inspectoras a la pescadería por haber sido recriminados por una de las victimas ese mismo día por la mañana, procedieron a retirar todo el mero de su pescadería, tanto el intoxicado como el que no lo estaba tal y como se verá a continuación al analizar los otros indicios de criminalidad.



4.- El acusado Octavio , pudo perfectamente capturar el mero de gran tamaño en su BARCO000 que es llevado por dos personas, patrón y marinero, y no someterlo al preceptivo control al contar con los medios y con la necesaria experiencia para ello.

Así, según se desprende de los folios 58 y 70 de las actuaciones, la operación de fecha 7 de noviembre del 2013, número NUM004 , se corresponde con una pesca de un mero de 19 kg por su barco y venta así mismo. Luego el acusado, al tener barco propio y ser pescador deportivo experimentado, hace verosímil la posibilidad de que el mismo capturara el mero de gran tamaño, incluso superior a los 29 kilos, porque de hecho, tal y como reconoció, en una ocasión capturó un medregal de 80 kilos que fue record mundial (folios 291 y 292) incluso en el plenario aportó como documento 8 una fotografía con dos meros que él dijo pesaban unos 18 kilos, pero que el perito testigo Gregorio cifró entre 15-20 kilos y el testigo de la defensa, Benedicto , calculó en 27 kilos cada uno. Luego el acusado, tenía la posibilidad de pescar el mismo un mero de grandes dimensiones, porque tenía los medios (barco preparado para tal fin) y la amplia experiencia en este tipo de capturas. Si bien, tampoco se descarta que lo adquiriese de un tercero, lo cual tampoco es relevante para dar por probados los hechos objeto de acusación.

5.- Por otro lado, los acusados han tenido la posibilidad de cometer este acto ilícito, al no someter a los debidos controles para la detección de la ciguatoxina el mero que vendieron a partir del día 3 de diciembre de 2013, como consecuencia de las irregularidades que se cometen en las propias cofradías que son las que deben velar precisamente por garantizar estos controles.

Así, Natalia , como TÉCNICO INSPECTORA DE SALUD PÚBLICA, explicó cómo ha habido muchos problemas con la Cofradía de San Ginés porque hacían las etiquetas sin controlar realmente de qué pescado se trataba. Que lo lógico es que el pescador vaya a la lonja con sus cajas de pescado y allí se clasifique el pescado por talla, peso y especie y entonces la lonja elabore unas etiquetas, que acompañan al pescado desde ese momento y que la etiqueta debería ponerse pegada en cada caja para comercializarse.

Que a la caja, además de la etiqueta, debe acompañarle una factura que hace la propia lonja en la que se describe el producto que ha pasado por ese trámite, que se llama Primera Venta y que por cada caja tiene que haber necesariamente una etiqueta.

Que este sistema no se venía cumpliendo hasta que ocurrió el caso que ha dado lugar a la presente causa, y es que el problema era que la cofradía y los pescadores tenían un horario distinto, que entonces los pescadores iban directamente al distribuidor y le entregaban el pescado sin documentación alguna, y la documentación se emitía posteriormente, y que el Área de la declarante ha levantado diversas actas en las que se hace constar que se ha comprobado la anterior circunstancia, así que el problema era que el pescado estaba a la venta antes de que realmente se hubiera etiquetado y facturado en la lonja. Es más, la testigo perito explicó como muchas veces se pesaba la caja con el pescado sin individualizar las piezas de pescado, es decir, una caja de 30 kilos de mero, podía corresponder a una sola pieza o varias, pero en ningún caso, ni siquiera tratándose de una sola pieza que en tal caso hubiera superado el límite de los 29 kilos, se hubiera sometido a análisis y, es más, comentó, lo cual fue ratificado por su compañero el Jefe de la Sección Gregorio , que incluso había muchas ocasiones en que los adquirentes de pescado, dejaban en pescado en sus furgonetas y, sin pesar, ni examinar el cargamento, los de la cofradía les hacían las etiquetas y las facturas de primera venta fiándose de su palabra, lo cual llamó poderosamente la atención de esta magistrada, porque ello supone que con esta irregular praxis de las cofradías se ha puesto en peligro de la salud de las consumidores de toda la isla de Lanzarote durante muchos años, y es hasta sorprendente que no haya habido más brotes por contaminación por ciguatera como este, a lo largo de los últimos 20 años.

Es decir, que como consecuencia de esta mala práctica de las cofradías de esta isla, el acusado Octavio , pudo perfectamente no presentar el mero de gran tamaño para su examen y conseguir una etiqueta y factura de primera venta por un mero de menor peso (4 kilos). Es decir, que el acusado tenía el mecanismo con el que conseguir una etiqueta y factura por un mero que no se correspondiera al realmente destinado a la venta y que no tenía que ser sometido análisis por no superar el peso de 29 kilos.

6.- En cuanto al interés de no someter a control un pescado de gran tamaño que haya sido capturado por uno mismo o se haya adquirido de un tercero, está el evitar la pérdida económica de una pieza tan cotizada y que tanto valor reportaría al vendedor final.

Así, según explicó la inspectora Natalia , para prevenir este problema de la ciguatera se marcaron unos pesos a partir de los cuales había que hacer una prueba de ciguatera y que para el mero se puso un peso de más de 29 kilos para el control. Explicó que el pescado debía quedar inmovilizado hasta que el personal correspondiente tomara muestras para el análisis y volviera el resultado, que en un primer momento fue el Área de la declarante la que hacía la toma de muestras, y luego fue la propia lonja. Que una vez llegaba el análisis, a ese pescado se le acompañaba un certificado acreditativo de haberse realizado la prueba. Que el problema era que las pruebas tardaban y el pescado debía quedar en la lonja congelado, sin existir cámaras adecuadas, y entonces el pescado

normalmente ya no servía, y no se ponía a la venta, porque no tenía la calidad necesaria, y que incluso las pruebas han llegado a tardar entre uno y tres meses.

Según el acusado Octavio , él jamás hubiera vendido un mero de gran tamaño sin someterlo a control pues no pierde nada, ya que el etiquetado le cuesta un céntimo por kilo, lo cual no es un coste en absoluto y que, por tanto, no se arriesgaría a poner en peligro la salud de los consumidores. Por su parte, el acusado Adrian llegó a reconocer que él no ha visto nunca meros tan grandes, pero que en la empresa para la que trabaja ahora (CHACON) de grandes dimensiones, sus jefes no quieren comprar meros de más 20 kilos pues sabe que estos han de someterse a análisis y deben ser congelados consecuentemente, porque para ellos el mero congelado pierde valor y no les gusta.

Este es pues el móvil de la posible comisión ilícita, la búsqueda de enriquecimiento o de no perder dinero con una pieza de gran tamaño, pues un mero superior a 29 kilos debía someterse a control necesariamente, y si resultaba positivo a la ciguatera quedaba decomisado, y aún en el caso de ser negativo el resultado, el pescado al haberse congelado durante mucho tiempo ya no iba a servir para la venta, produciéndose, asimismo, en tal caso, la pérdida del producto, pero por pérdida de valor o de calidad.

Además, hay que pensar que Octavio había consumido un medregal de 80 kilos sin que se viera afectado por la ciguatera cuando el límite de peso para someterlo a control es menor que en el caso del mero (en la actualidad está en 14 kilos por los 17 kilos del mero) y, ello, pudo infundirle la confianza necesaria de que un mero de más de 29 kilos no iba causar ningún daño a la salud de los consumidores y por ello pudo asumir el riesgo de poner en peligro la salud de los consumidores.

7.- Los acusados fueron avisados por los perjudicados Esperanza y su marido Jose Ignacio de que habían sido contaminados por el mero el lunes día 9 de diciembre sobre las 11:00 horas, una hora antes de que aparecieran las inspectoras de salud Publica en la pescadería (sobre las 12:15 horas) por lo que tuvieron tiempo de deshacerse de las pruebas y de idear una versión de los hechos.

En este sentido, les dio tiempo a retirar todo el mero que había en su interior, tanto del puesto a la venta a partir del día 3 que estaba contaminado como el puesto a la venta el día 7 (probablemente el de 12 kilos) no contaminado, de hecho la inspectora Natalia señaló como cuando fueron a inspeccionar, su compañera fue a la cámara frigorífica y comprobó que no había mero y, además, que ningún pescado del que estaba en la cámara tenía la preceptiva etiqueta, pero que facturas sí que tenían. Los testigos Esperanza y Juan Ramón mantienen que las inspectoras les recriminaron que pese a haber querido avisar a los pescaderos de que no siguieran vendiendo pescado corrompido para no causar más problemas de salud a más personas, que alertaron sin querer a los mismos a los efectos de poder desprenderse de pruebas.

Si el mero de 12 kilos que compraron el día 5 de diciembre se puso a la venta el día 7 de diciembre (sábado) y el día 8 (domingo) no despacharon mero porque no abren la pescadería según manifestó el acusado Adrian , y lo vendieron íntegramente según le dijo el acusado Adrian a la Inspectora Natalia , ya que no quedaba nada el día 9 (lunes) cuando levantaron el acta, no se encuentra explicación a cómo es posible que ninguno de los acusados recuerde en cuantos días tardaron en vender ese mero de 12 kilos, alegando el acusado Octavio en el plenario que pudo tardarse entre 1 a 4 días cuando además según refirió no es frecuente vender por kilos sino por gramos. Pero es que además cuando se le interrogó sobre este extremo en instrucción al acusado Octavio , previa exhibición del folio 48 de las actuaciones, consistente en el acta de inspección de fecha 9 de diciembre de 2013 para que manifieste si era cierto que su empleado Adrian manifestó que el mero de 12 kg se vendió íntegramente el día 7 de diciembre de 2013, dijo que no recordaba si esto era así, puntualizando que un mero de 12 kg no se vende en filetes en un solo día, que se vendería durante varios días, y que lo que Adrian querría decir es que vendió íntegro el mero, no que lo vendiera íntegramente ese día concreto.

Estas alegaciones contradictorias entre lo que dicen los acusados y lo que dijo uno de ellos a las inspectoras y el hecho de que según su tesis el mero de 12 kilos se tuvo que vender en varios días, hace suponer lógica y cronológicamente, que los acusados, en efecto, retiraron todo el mero que tenían en la pescadería el día 9 de diciembre, pues necesariamente y, según su propia tesis, tendría que haber habido mero, ya que de lo contrario el mero de 12 kilos se hubiera tenido que vender íntegramente el día 7 lo cual ellos mismos rechazaron como posible.

Además, ambos peritos testigos coinciden en su extrañeza por las facturas presentadas por los acusados, ya que las inspectoras solicitaron en un primer momento al empleado Adrian que les diera la factura del mero que habían vendido durante los últimos días, siendo que éste les presentó una factura de un mero de 12 kilos que se empezó a vender el día 7 de diciembre de 2013 y, que según el empleado, se había vendido íntegramente. Pero que dado que en los días posteriores empezaron a aparecer más casos de ciguatera comprobando que las fechas en que estas personas decían que habían comprado el mero en la pescadería eran anteriores a las fechas que se reflejaban en la citada factura, acudieron por segunda vez a la pescadería el día 11 de diciembre de 2013 para

solicitar documentación sobre ventas de mero anteriores a la factura que les habían facilitado, siendo que en este caso, hablaron con el propietario de la pescadería llamado Octavio , el cual les manifestó que era posible que la factura se hubiera emitido posteriormente a la venta del pescado, pues en alguna ocasión llevaba el pescado directamente de su barco a la pescadería y luego había las gestiones en la Cofradía, de modo, que la factura era posterior al momento en que realmente se había producido la venta del pescado, así que la perito testigo fue la que requirió al acusado para que en un plazo de 24 horas presentara facturas acreditativas de la compra del mero vendido entre los días 1 y 5 de diciembre de 2013, siendo que el día 12 de diciembre de 2013, el empleado Hermenegildo acudió al Área de Salud y presentó una factura de un mero de 4 kilos, que en la factura constaba como fecha de venta el día 2 de diciembre de 2013.

La primera factura de un mero de 12 kilos de 5 de diciembre que se empezó a vender el 7 de diciembre, se corresponde con un pescador llamado Prudencio que trabaja para el acusado Octavio , con respecto a la cual no hubo distribuidor porque había sido comprada directamente por el acusado, y la segunda factura de un mero de 4 kilos de 2 de diciembre y que se empezó a vender el día 3 de diciembre se corresponde con el pescador Jose Antonio , el cual había vendido el pescado al distribuidor llamado Benedicto que a su vez se la vendió al acusado.

Se estima que la aparición de esta segunda factura fue un tanto sorprendente, puesto que en la primera inspección que se realizó en el establecimiento por parte de Natalia se refería otra factura distinta, de un mero de 12 kilogramos y con la segunda factura se trataba de justificar la compra de un mero en días anteriores al 5 de diciembre de 2013, lo cual era preciso porque habían comprobado los inspectores que había afectados por compras anteriores a esta fecha, y que por ello, la factura que habían indicado en la primera inspección no daba respuesta a estos afectados anteriores.

8.- La perito testigo Natalia no le consta que antes de ocurrir los hechos se hubiera congelado en la lonja algún mero de más de 29 kilos para realizar la prueba de ciguatera. Este dato viene corroborada por la documentación solicitada a las Cofradías de la isla de Lanzarote a los que se les solicitó información sobre el número de capturas de meros superiores a 28 kilos entre enero de 2013 a 13 de junio de 2017, contestando todas ellas (cuatro en total) que en 2013 no hubo ninguna captura de un mero de este peso.

9.- Ambos acusados saben y les consta que es la ciguatera, y que los meros de más de 29 kilos debían someterse a control para su análisis para prevenir la ciguatera. Así, Octavio , como experto en pesca deportiva conocía la ciguatera de oídas, pero el hecho de que en el Facebook mantuviera una conversación en el 2012 obrante al folio 290, en que aparece la expresión "escapamos lokos" en referencia a las fotos de los folios 291 y 292 y que dijera que se trataba de un pescado que comieron hace muchos años y que en efecto se referían a que por el gran tamaño del mismo se libró de la ciguatera, se concluye que el mismo tenía perfectamente conocimiento de que los pescados de gran tamaño podrían contener la toxina, al margen que reconoció expresamente que sabía que tenía que someter a control los meros de peso superior a 29 kilos.

Por su parte, el acusado Adrian si bien hizo ver que no conocía la ciguatera en aquella época durante el plenario, lo cierto es que desde la fase de instrucción reconoció, que a veces, acudía al etiquetado del pescado en la Cofradía por lo que tenía que saber necesariamente que pescados debían de someterse a control, señalando en el plenario que él nunca hubiera vendido un pescado sin la oportuna etiquetación.

10.- Por lo demás, y en cuanto al testigo presentado por la defensa, Hermenegildo , que era empleado de la pescadería y que se encontraba de vacaciones en Madrid en esa época, aunque no recuerda los días exactos, su testimonio, no sirvió para esclarecer el objeto de debate, porque si bien afirmó que puede que estuviera cuando se empezó a vender mero el día 3 de diciembre en la pescadería, no lo puede asegurar, y si bien nunca vio un mero de 30 kilos o de más peso, ni en esa época, ni jamás en su vida puesto a la venta, lo cierto es que también añadió que pudiera haber estado fuera de la pescadería en ese momento y no enterarse por tanto de la existencia de un mero de gran tamaño puesto a la venta.

11.- En el presente caso, pese a las declaraciones de los testigos que mantienen la misma versión sobre el tamaño del mero, los acusados no han dado una explicación racional plausible de cómo es posible que tantas personas mantengan una versión homogénea, idéntica, mantenida en el tiempo y corroborada por numerosos indicios o datos de carácter objetivo que las dotan de plena credibilidad y de verosimilitud, por lo que esta ausencia de explicación hace decaer plena y absolutamente su tesis exculpatoria, que se entiende, se ha dado en el derecho legítimo de los acusados a no declararse culpables.

A ello, hay que añadir que sus testimonios fueron desde el primer momento, ambiguos e inconcretos, pues no daban respuesta exacta a cuestiones básicas sobre cómo se vendieron los meros de 4 y 12 kilos o sobre los días en que abrieron la pescadería durante esos días en que alguno de ellos era festivo nacional (6 de diciembre), incluso en el caso de Octavio , se mostró reticente a contestar incluso en fase sumarial, sobre el extremo de la pesca y venta por él de un mero de 19 kilos en noviembre de 2013, un mes antes de ocurrir los hechos.



12.- La defensa, aportó en el plenario hasta un total de 8 documentos, con el fin de acreditar lo cambiante que ha sido la legislación en materia de la ciguatera en el sentido de que se ha reducido el límite de peso en el caso de los meros para tener que ser sometidos a control sanitario, habiéndose rebajado el mismo desde el año 2011 hasta este año 2017, de 29 a 17 kilos y que como los posibles vectores de ciguatera en Canarias responsables de la transmisión podrían ser varios ya que el origen propiamente dicho está por descubrir, siendo muy difícil determinar si pescados de menor tamaño pueden causar o no síntomas ya que de hecho según uno de los artículos aportados (el número 4) el 16% del pescado analizado en las islas tenía ciguatera y, por tanto, que no se trata de un fenómeno extraordinario sino común (nota de prensa como documento 6).

Pues bien, a pesar de esta documentación aportada, la cual es muy ilustrativa sobre el fenómeno de la ciguatera y su evolución a lo largo del tiempo en Canarias, la misma no sirve para desacreditar o desvirtuar las legítimas pruebas directas e indirectas que se han analizado en este fundamento de derecho a los efectos de tener como probados los hechos objeto de acusación. Es más, de esta documentación se desprende que la mayor parte de las intoxicaciones se deben a capturas realizadas por la pesca recreativa, debido a que con frecuencia el pescado no pasa por el control de ciguatera en los puntos de primera venta (documento 5, trabajo de fin de grado en Biología realizado por Rosario , en septiembre de 2015, Universidad de La Laguna) y que la enfermedad se previene analizando las especies de riesgo (documento 4, publicación de artículo de prensa), lo que refuerza la tesis acusatoria de que los acusados tuvieron la oportunidad de pescar un mero de gran tamaño el cual no quisieron someterlo a control porque sabían que al hacerlo lo iban a perder diese o no resultado positivo, porque en ambos casos, el mero se hubiera perdido (por decomiso en caso de ser positivo o por pérdida de valor y calidad por haber estado congelado demasiado tiempo en caso de ser negativo y, por ende, inapropiado para la venta), optando por asumir el riesgo de la contaminación a los consumidores en lugar de perder la gran cantidad de dinero que proveyeron ganar con un pescado que es de los más caros, a 20 euros el kilo.

En CONCLUSIÓN, partiendo del hecho probado de que el mero que se vendió en la pescadería era de un tamaño enorme, muy superior a los 4 kilos que señalaron los acusados, dado que la suma de lo que ha quedado probado que adquirieron algunos de los afectados, al menos, triplicaba esa cantidad (11 kilos o más), de que los acusados podían haberlo capturado dicho mero en el barco del acusado Octavio al disponer de los medios y de la experiencia necesaria para ello, y de que incluso pudieron perfectamente o, no llevarlo a la cofradía sabedores de que en tal caso tenía que pasar el control y estaban abocados a perder semejante ejemplar o, que habiéndolo llevado a la Cofradía, no lo sometieron a examen y pesaje, obteniendo de forma absolutamente irregular la etiqueta y factura de primera venta por un mero no real de 4 kilos, pues era mucho mayor, a lo que hay que añadir el comportamiento sospechoso de los acusados, al no contar con mero en el local el día de la inspección cuando tenía que haber habido necesariamente según sus propias manifestaciones y presentar las facturas de una forma tan extraña, primero la del día 5 de diciembre y luego la del 2 de diciembre y, tras un doble requerimiento por parte de las inspectoras, se debe concluir en el sentido de que, el mero vendido entre los días 3 a 5 de diciembre superaba, en opinión de esta Magistrada y salvo mejor criterio, el peso límite de 29 kilos, porque de lo contrario, no hubieran procedido a no pasar por la Cofradía el ejemplar de mero.

Así, que se puede concluir en el sentido de que los acusados sabedores de que el mero tenía que pasar por el control de análisis por superar el límite de 29 kilos fijado por la Resolución de 27 de septiembre de 2011 de la Viceconsejería de Pesca y Aguas del Gobierno de Canarias, por la que se aprueba el protocolo provisional de actuación para el control de la "ciguatoxina" en los productos de la pesca extractiva salientes de los puntos de primera venta autorizados (folio 532 de las actuaciones) y el protocolo provisional de actuación para el control de la ciguatoxina en el archipiélago Canario de acuerdo con lo expuesto en la citada resolución (folio 535) y que en tal caso estaban irremediablemente abocados a perder una pieza que les podía reportar cuantiosos beneficios (20 euros el kilo por 30 kilos o más, unos 600 euros), con desprecio a la salud de los futuros consumidores, optaron por poner el mero a la venta sin cumplir con la normativa aplicable que les obligaba a tener que someter al citado mero a análisis, con el riesgo de que en caso de dar positivo se procediese al decomiso de la pieza y por tanto a su pérdida definitiva, o en el caso de dar negativo a su pérdida de valor por haber estado el mero congelado durante un mes o más tiempo, e imposibilidad de ulterior venta por este motivo. Es decir, con independencia del resultado de los análisis que se le debieran de haber practicado al mero objeto de autos, lo cierto, es que en todo caso, ello hubiera supuesto la pérdida de la pieza, a lo que no quisieron renunciar los acusados.

Por todo ello, se declaran probados los hechos objeto de acusación, concluyendo que con su conducta los acusados incurrieron en responsabilidad criminal y civil.



Segundo. *Calificación jurídica.*

Los hechos declarados probados en el precedente apartado de esta resolución, integran un delito contra la salud pública previsto y penado en el artículo 363.2 y 3 del Código Penal en concurso ideal (art.77 del CP) con 3 delitos de lesiones del art. 147.1 del CP y 11 faltas de lesiones del art. 617 del CP , al constar acreditado de la prueba practicada la concurrencia de los requisitos que hace nacer la citada figura penal.

A diferencia de otros consumos o exposiciones a sustancias de riesgo o peligrosas ya analizadas, los alimentos no llevan implícitos riesgos para la salud en su propia consideración, ya que constituyen el elemento básico para la supervivencia humana. Sin embargo, en la actualidad, la equiparación entre alimento puesto a disposición de los consumidores y producto natural que aporta los elementos esenciales para el mantenimiento de la vida humana es muy limitada y ha perdido casi por completo el hilo directo entre el desarrollo natural del producto y el consumo final del mismo.

La industrialización de la actividad alimentaria llega a tal grado, que la transformación de los alimentos y conservación para garantizar el acceso a los mismos en condiciones de accesibilidad económica se ha convertido en el centro del funcionamiento de este sector de actividad económica, con una potente sustitución de los procesos naturales por los mecanizados y químicos que garanticen la superproducción de alimentos a nivel mundial.

Si bien estos procesos han incorporado grandes dosis de seguridad alimentaria, tanto por las fuertes exigencias administrativas en los países más desarrollados económicamente, como por la delicada situación en que colocan a las industrias alimentarias los fallos de seguridad en los mercados de consumo, no es menos cierto que la progresiva sustitución del proceso natural de deterioro de los productos naturales por sistemas de conservación y de añadido de elementos no naturales que favorecen e intensifican el consumo, hacen que continuamente aparezcan en el mercado de alimentos productos que difícilmente puede afirmarse que cumplan esa función inicial de sostenimiento de la vida humana para convertirse en instrumentos de negocio que generan situaciones de clara adicción o de riesgo grave para la salud mediante la inducción o potenciación de numerosas patologías vinculadas a los malos hábitos alimentarios.

El debate sobre la condición de alimentos de numerosas sustancias y productos de consumo humano legal está abierto, y la tendencia a acotar, al menos administrativamente, el uso y distribución de esta clase de alimentos cuyo principal aporte es satisfacer necesidades no fisiológicas, es un hecho creciente, que no alcanza, de momento, a la vía penal.

Desde el punto de vista de la protección de la salud pública, resulta evidente que la ingesta de alimentos es la vía de más rápida por la que pueden materializarse los riesgos para la salud pública, y ello porque se trata de la única actividad humana que es ineludible y que se practica de manera continua, día a día, por todos los sujetos. Esa necesidad permanente de alimentación, junto con los altos estándares de seguridad alimentaria impuestos en los países desarrollados, tiene un doble efecto, minimizar al máximo las crisis alimentarias con daños visibles inmediatos por defectos en los productos, por un lado, y derivar al medio y largo plazo las afectaciones perjudiciales para la salud por un efecto de acumulación temporal de efectos negativos que dificulta la evidencia científica y la imputabilidad jurídica entre los resultados dañinos para la salud y la existencia de una anomalía, una sustancia o un efecto pernicioso para aquella.

La respuesta a estas situaciones de riesgo , buena parte de ellas con epicentro en el marco de la responsabilidad penal por el producto, tanto de manera activa como omisiva, se ha debido anticipar a momentos muy anteriores a la producción de los daños a sujetos concretos, pero se trata de una respuesta muy casuística que parte de una heterogeneidad enorme de maneras legales y técnicas de entender y afrontar el problema del fraude alimentario . La resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014 (2013/2091(INI)) señala precisamente esta complejidad y la fragilidad del sistema de seguridad alimentaria y propone, entre otras medidas (propuesta 63), la utilización armonizada de sanciones penales para los supuestos de puesta en peligro de la salud pública cuando se haga de forma intencionada o cuando se haga con productos destinados a consumidores vulnerables.

Tanto la Resolución europea, como la nueva regulación administrativa española de la materia, a través de la Ley 28/2015, de 30 de julio, para la defensa de la calidad alimentaria, atienden a la paradójica situación de crecimiento paralelo de la seguridad alimentaria y de los riesgos para la salud pública . La primera, por la enorme capacidad de innovación tecnológica aplicable a esta industria y los segundos porque esta introducción continúa de procesos industriales sobre los alimentos aleja, cada vez más, los productos finales consumidos de los productos naturales originales, aunque se sigan publicitando como tales a efectos comerciales, sin que se hayan evaluado siempre todas las posibles consecuencias que tales procesos introducen en la cadena alimentaria. La regulación penal actual, tras sucesivas reformas, intenta dar respuesta a la protección de la salud pública atendiendo a estos



factores, pero con las carencias propias de un sector con normativa reguladora cambiante y una industria potente en constante evolución.

Los artículos 363 a 366 CP recogen las conductas delictivas que, en el marco de la defensa de la salud pública, se relacionan con la manipulación y distribución de alimentos. Se trata de delitos que, en todos los supuestos, ponen en peligro la salud pública colectiva mediante el recurso a la técnica del delito de peligro abstracto al no exigirse en ninguna de las conductas la existencia de un riesgo específico de consumo por parte de los consumidores, sino que es suficiente con generarlas condiciones de riesgo en los propios alimentos sin que sea necesario que los mismos se hayan puesto a disposición de las personas. La gravedad de las conductas y el potencial peligro que conllevan justifican este castigo adelantado.

El artículo 363 castiga cuatro conductas muy diferentes que tienen en común la limitación del sujeto activo que solo puede ser un productor, distribuidor o comerciante, constituyendo un delito especial justificado por tratarse de conductas relacionadas con la fabricación, distribución y puesta a disposición de alimentos a las personas, lo que obliga, especialmente a determinados sujetos, a cumplir las obligaciones legales establecidas en materia de alimentos y a supervisar todos los procesos de la cadena alimentaria.

Algunas de las conductas constituyen tipos penales en blanco que requieren una remisión a la normativa administrativa en la materia para completar el sentido de la prohibición. Así, claramente, el ofrecimiento en el mercado de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición del apartado primero, o elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud del apartado cuarto.

Será en estos casos la legislación del sector la que permita determinar la antijuricidad de la conducta, aunque sea necesario en todos los supuestos probar el peligro hipotético de cada uno para la salud pública. La Ley 28/2015, de calidad alimentaria, sanciona conductas muy similares como infracciones graves, especialmente las recogidas en el artículo 14.9 de la norma, que castiga "de fraudar en las características de los productos alimentarios o las materias primas o ingredientes y las sustancias para la elaboración y la comercialización alimentarias, especialmente las relativas a su identidad, naturaleza, especie, composición, contenido, designación, definición reglamentaria, calidad, riqueza, peso, volumen o cantidad, exceso de humedad, contenido en principios útiles, aptitud para el uso o cualquier otra discrepancia existente, entre las características reales y las que ofrece el operador alimentario, así como todo acto de naturaleza similar que implique una transgresión o incumplimiento de lo dispuesto por la legislación vigente".

La identidad con el apartado primero del artículo 363 del Código penal es palmaria cuando castiga el ofrecimiento de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos legales sobre caducidad o composición, por lo que la aplicación de una u otra rama del ordenamiento dependerá de la interpretación judicial de la relevancia para la afectación al bien jurídico, sin que se haya previsto un elemento normativo en el tipo penal atinente a la gravedad de la conducta o del peligro.

En cambio, otros de los apartados del mismo precepto admiten una interpretación penal completa, por ejemplo, en los supuestos de tráfico con géneros corrompidos, en los que la constatación del hecho objetivo requiere un análisis técnico pero no jurídico administrativo (STS de 18 de diciembre de 1981).

Muchas de estas conductas, si conllevan la llegada de los productos a los consumidores, se podrán castigar en relación de concurso de delitos con los tipos de la estafa o con el delito publicitario. De hecho, la idea de fraude alimentario aproxima terminológicamente más estas conductas a la idea de engaño que a la de afectación a la salud pública, por lo que es preciso delimitar claramente los supuestos que representan un engaño al consumidor que le genera un daño de tipo económico o en la confianza en los mercados, de aquellos que claramente atentan o arriesgan la salud de los consumidores como efecto central de la conducta ejecutada.

A modo de conclusión hay que señalar que aunque los delitos contra la salud pública presentan aspectos fenomenológicos propiamente criminales, en algunos de sus supuestos más característicos vinculados al crimen organizado, los riesgos para el bien jurídico protegido, en realidad, proceden en la mayor parte de los casos de actividades reguladas con un componente intenso de licitud o pseudo licitud en el desarrollo de las mismas. Los riesgos a los que se refieren estos tipos penales representan excesos o malos funcionamientos de industrias básicas e imprescindibles en las sociedades modernas, pero dichos defectos de actividad ya no son consecuencia, como podía suceder en los albores de la sociedad industrial, de la falta de conocimientos suficientes sobre las consecuencias del uso de determinados elementos peligrosos o de la utilización de procedimientos no suficientemente experimentados. En el actual estado de conocimiento científico y tecnológico, aun sabiendo que quedan por incorporarse numerosos descubrimientos y avances en cada campo, los riesgos y los daños para la salud pública, o para el medio ambiente ya no son el pago inevitable de la modernidad, por lo que los niveles de exigencia técnica y jurídica a los operadores de las industrias peligrosas ha de ser el más exigente posible. Sin

necesidad de poner en cuestión el modelo económico y jurídico en los que se han producido las diferentes revoluciones industriales, estas exigencias seguramente quedarán en aguas de borrajas, por lo que, cualquier cambio real y de fondo en los modelos que favorecen la aparición y materialización de estos riesgos, estará sometido tanto a avances en el conocimiento que incrementen la seguridad frente a productos peligrosos, la seguridad farmacológica y la alimentaria, como a modificaciones en los sistemas productivos que permitan no condicionar al modelo de expansión ilimitada los sistemas de control de riesgos que derivan del mismo.

El papel del Derecho penal debe seguir siendo subsidiario de un ordenamiento administrativo de control y de supervisión que sea eficaz y atinente a la protección de los intereses en conflicto, pero bajo la premisa de que ninguno de los intereses en juego, por relevante que sea, puede anular o colocar en un papel secundario la salud pública colectiva de todos. Por ello, esta materia seguirá siendo objeto de continuas revisiones derivadas de los cambios materiales que aporten las ciencias y la tecnología, adaptación que deberá evitar la tentación de hacer un seguidismo tecnológico en la redacción de los tipos penales y mantener la atención puesta en la protección del bien jurídico frente a la maleza de gadgets y procedimientos cuyos brillos cieguen la necesariamente pausada y centrada actividad del legislador penal.

El artículo 363 del Código Penal sanciona como autores de un delito contra la salud pública a 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 haya autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.

El bien jurídico protegido en dicho artículo es la salud pública y más específicamente la salud de los consumidores, consistiendo su estructura típica la de un delito de peligro, exigiendo la puesta en peligro de la salud de los consumidores en sentido colectivo, siendo suficiente la aptitud lesiva del producto para dañar dicha salud sin que se exija la puesta en peligro de la salud de algún consumidor en particular, y siendo objeto del delito los productos alimenticios, tanto bebidas como comestibles, entendidos en sentido amplio. La conducta descrita en el apartado 1 se configura como un tipo penal parcialmente en blanco, remitiéndose a las leyes y reglamentos administrativos para la integración de la norma penal, determinando cuáles son los requisitos establecidos sobre caducidad y consumición, y en los restantes apartados los productos son, en sí mismos, nocivos para la salud, bien desde su fabricación o bien por estar corrompidos, inutilizados o desinfectados.

El art. 363 CP castiga con pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial por tiempo de tres a seis años las conductas prohibidas llevadas a cabo por los "productores, distribuidores o comerciantes", de modo que alude necesariamente a la condición de "profesional" del sujeto activo de estas infracciones; se trata de personas que desempeñan estos puestos no con un carácter coyuntural ni meramente eventual de elaborar, hacer un reparto o vender ocasionalmente un producto. La razón por la que estos delitos se configuran como figuras especiales se debe, principalmente, al hecho de que tales profesionales tienen una gran capacidad para propagar posibles riesgos a un extenso colectivo de destinatarios así como para incidir con elevada intensidad o posición preponderante sobre el mercado.

El concepto de "productor" puede identificarse con quien lo sea de materias primas, productos agrícolas o ganaderos o también el fabricante de productos terminados, aptos para el consumo final. Por "distribuidor" deberemos entender quien actúe en la cadena de acercamiento de productor a consumidor o usuario hasta la fase inmediatamente anterior a la puesta a disposición al uso o consumo final (por ejemplo, almacenistas o transportistas); y, finalmente, el "comerciante" será el vendedor profesional (no necesariamente coincidente con el sentido otorgado por el Código de comercio). Esta configuración permitirá castigar, en su caso, la "omisión" de tales sujetos, dada su posición de garantes (art. 11 CP) respecto de las condiciones de los productos y la obligación de su retirada del mercado en el caso de que adviertan defectos susceptibles de causar perjuicios a los potenciales consumidores.

No se trata, por tanto, de un sujeto activo indeterminado; no todo ciudadano -quien carezca de esa condición de profesional- podrá ser sujeto activo; de ahí que un importante sector doctrinal reclame para estos delitos alimentarios la sustitución de esta fórmula a favor de crear un delito "común", acudiendo, por ejemplo, al empleo de una expresión análoga a la prevista en los arts. 359 y 360 CP que incriminan a "el que sin hallarse debidamente autorizado", y a partir de aquí, sería razonable contemplar una agravación en el caso de que el sujeto activo del fraude alimentario nocivo fuera una persona cualificada (cualquiera de los profesionales mencionados en el art. 363). Ello quizás contribuiría a salvar las dudas que surgen respecto de aquellas personas que pueden generar riesgos similares a los expresamente contemplados en estos preceptos, pero que no se pueden integrar formalmente



en las categorías de "productor, distribuidor o comerciante"; este sería el caso de un manipulador de alimentos o de otros sujetos que intervienen en la cadena de acercamiento de los productos al consumidor final; sólo si su condición profesional permite incluirlos dentro del denominado "campo semántico" de aquellas tres nociones legales indicadas, podrían ostentar la condición de sujetos activos penalmente responsables.

Por su parte, la condición de sujetos pasivos, no presenta particularidades, de modo que se indentifican con la categoría de los consumidores y/o usuarios de productos, objetos y servicios.

Nos encontramos ante un delito de peligro -pues así ha de interpretarse el tenor legal "que pongan en peligro la salud de los consumidores"-, por lo que no se exige la causación de una efectiva lesión . De producirse una lesión a la integridad física o la muerte de uno o varios consumidores, estaremos en presencia de un concurso ideal de delitos, a resolver por las reglas previstas en el art. 77 CP .

Debe quedar claro que no se castiga la mera tenencia sino la oferta en el mercado del producto nocivo. No es preciso que la oferta se realice al consumidor final, sino que basta con que se haya irrumpido en uno de los eslabones de la cadena productiva, industrial o de comercialización. Algunos, como GARCÍA ALBERO, exigen un "inminente contacto nocivo" entre la salud del consumidor y el objeto material que incorpora el peligro -"resultado de peligro"

. Según sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, Sección 4ª, Sentencia 137/2011 de 1 Sep. 2011, Rec. 81/2011 , "... estamos ante un delito de peligro abstracto que no requiere la venta efectiva para su consumación. Así lo expresa la citada sentencia de 13 de septiembre de 2006 : " Sabido es que este delito es tradicional y actualmente considerado por la jurisprudencia como un delito de peligro abstracto, e incluso más concretamente, como dice la S. de 22 de Junio de 2.002 T.S ., un delito de peligro hipotético o potencial, una modalidad de peligro abstracto en el que la prohibición obedece precisamente al riesgo potencial que la utilización del producto genera para la salud de las personas.

En la misma línea la STS 14421 2002 de 14 de septiembre justifica que en relación con otro tipo de sustancia tóxica", está fuera de discusión que la sustancia suministrada a los animales no está permitida. Cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia regulada por estos delitos es especialmente sensible y requiere no solo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino incluso la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración. Cuando existe una prohibición formal de esta naturaleza, basada en el principio de precaución, la realización del tipo no depende de un peligro concreto y científicamente demostrado de forma absoluta y concluyente del acierto del legislador al establecer la prohibición. La materia reguladora por estos delitos es especialmente sensible y requiere no sólo la prohibición de peligros totalmente demostrados, sino inclusive la de aquellos peligros razonablemente sospechados por la Administración".

Es claro que los acusados conocían la prohibición de la venta libre de vieira por los peligros que la sustancia tóxica detectada puede ocasionar a la salud , pese a lo cual procedieron a su captura con fin de su venta para el consumo estando además en veda la zona donde procedieron a su extracción.

Este peligro hipotético o potencial es el que permite afirmar la consumación del delito con ese destino pues como resuelve el T.S. en su sentencia de 10 de marzo de 1992 , " no es preciso que llegue ésta a efectuarse para su consumación ni menos aún que se ocasione un daño a la salud de quien los infiera " y ya el mismo TS en Sentencia 18-12-1981 "este delito se perfecciona y consume con la simple posesión del producto en tales condiciones (en aquel caso partidas de jamón corrompido) con propósito y ánimo de venta a terceras personas(S. 18-12-1981) ".

La conducta prohibida, pues, consiste en "exponer nocividad", traducida en la puesta en peligro del bien jurídico colectivo; esta modalidad típica puede revestir cualquiera de las distintas modalidades alternativas expresamente tipificadas.

1- Ofrecimiento en el mercado de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición (norma penal en blanco que obliga a tener en cuenta la legislación administrativa vigente en este campo) . Se trata de comportamientos que enlazan un eslabón con otro dentro de la cadena alimentaria de acercamiento del producto al consumidor final, por ejemplo, productos depositados en un almacén mayorista o en una tienda .

2- Fabricación o venta de bebidas o comestibles destinadas al consumo público y nocivos para la salud. Una interpretación correcta de este requisito exige que el sujeto conozca la nocividad del producto, a pesar de que su fabricación o venta respete formalmente la normativa administrativa; tal sería el supuesto en el que, dados los importantes esfuerzos en investigación de grandes multinacionales, después de realizar contrastados análisis



científicos bromatológicos o farmacológicos, hubieran descubierto la dañinidad de tales productos, hasta ahora, sin embargo, desconocida .

3- Traficar con géneros corrompidos. Normalmente, suele adjudicarse a este número y al anterior el de alzarse como "tipos de recogida", dado que permiten incluir prácticamente todas las conductas imaginables.

4- Elaboración de productos de uso no autorizado, perjudicial para la salud o comercio con ellos.

En consecuencia, en la realización de cualquiera de estas conductas prohibidas deben concurrir (1) la presencia del carácter especial del sujeto activo sumado a (2) la nocividad del bien o producto ofertado o puesto en circulación en la cadena de consumo y (3) la correlativa causación de un peligro para la salud de los consumidores . El grado de peligro dependerá de la modalidad típica en la que nos encontremos; en este sentido, deberá exigirse un peligro "hipotético o potencial" (conducta apta o con capacidad de dañar efectivamente el bien jurídico en el sentido que más adelante analizaremos) en casos de fabricación, elaboración o tráfico de productos; pero, dada su lejanía con el consumidor final es prácticamente imposible exigir la presencia de un peligro "concreto" que, sin embargo, sería más imaginable en el nº de este precepto, relativo al "ofrecimiento en el mercado".

En el aspecto subjetivo, estamos ante conductas dolosas , que requieren la presencia de conocimiento y voluntad tanto de los elementos de la conducta como de la producción del resultado de peligro. El sujeto deberá saber, tener conciencia, de los presupuestos de la conducta en cada caso -la peligrosidad del producto- y aún así ponerlo en el mercado con conocimiento de que entraña riesgos para los consumidores. En principio , bastará la presencia de dolo eventual: el sujeto "asume", "se conforma con", o "no se muestra disconforme con" los posibles resultados que eventualmente puedan causar sus productos nocivos . Este es el criterio sustentado por la STS 23-4-92 en el conocido caso del aceite de colza; ante la enorme dificultad de probar la concurrencia de dolo, se ha procedido a normativizar o a suprimir el componente volitivo del dolo, en el sentido de que basta el elemento cognitivo, esto es, que actúa con dolo quien conociendo los hechos (la peligrosidad de su conducta para la salud pública) -por ejemplo, traficar con aceite desnaturalizado- no adopta las medidas necesarias para detener el peligro y evitar la posibilidad de lesión (por ejemplo, retirando tal producto nocivo).

En el caso de autos, los acusados Adrian y Octavio con su conducta al no someter a análisis un mero de gran tamaño y que superaba los 29 kilos de peso que es el límite fijado por la normativa aplicable para la detección de la ciguatera en determinadas especies de pescados, incurrieron en la conducta prevista en el art. 363.2 y 3 del CP , en cuanto que concurren los presupuestos objetivos y subjetivo de este delito especial contra la salud pública en su modalidad de fraude alimentario.

En el caso de Octavio , su responsabilidad deriva de ser propietario de la pescadería y el encargado en la mayoría de los casos de llevar el pescado adquirido tanto proveniente de la pesca de su propio barco como del adquirido a otros distribuidores a las Cofradías para obtener las etiquetas y facturas de primera venta, y por lo tanto, por ser conocedor de que un mero que superase el peso de 29 kilos lo tendría que haber llevado a pesar y a analizar a los efectos de cumplir con la normativa y protocolo existente con base en ella para la detección de ciguatoxina en pescados de gran tamaño. Y, en el caso de Adrian , por ser el empleado de la pescadería y conocer también esta normativa o protocolo o que debiera haberlo conocido en cuanto que él en algunas ocasiones ha acudido a la cofradía para el etiquetado de primera venta del pescado que vendían, siendo que tal y como reconoció, él no hubiera vendido un pescado que no estuviera etiquetado por ser de ese tamaño, por lo que se le supone dicho conocimiento, debiendo responder en su caso por su condición de garante (art. 11 del CP), por su conducta omisiva al permitir la venta de un mero que superaba el límite legal para su venta sin previo análisis por parte del laboratorio.

El hecho de que no se haya acusado al otro empleado que trabajó en la pescadería en la época de los hechos, Hermenegildo , se debe a que no ha quedado probado que realmente estuviera trabajando en algunos de los días en los que se vendió el mero contaminado con ciguatera porque estuvo de vacaciones en Madrid sin haber acreditado en qué fecha exacta lo estuvo, siendo que el hecho de haber sentado en el banquillo a un empleado y al otro, se debe a una opción de las acusaciones, que habrán considerado no tener pruebas para hacerlo, pero sin que ello implique o prejuzgue, que el acusado Adrian no sea responsable de los hechos imputados a él en concreto.

Los acusados al poner a la venta un pescado de gran tamaño sin analizarlo por si podía o no tener ciguatoxina, pusieron en el mercado un producto potencialmente nocivo para la salud (art. 363.2 CP) porque sabían que podía causar la ciguatera, por lo que traficaron con un producto totalmente corrompido (art. 363.3 CP), en cuanto, quedó acreditado que el mero vendido contenía la temible toxina, ya que enfermaron con síntomas muy graves numerosos consumidores (un total de 14) que ha quedado probado que enfermaron de ciguatera y otros que si bien comieron el mero adquirido en las mismas fechas y presentaban síntomas no ha podido quedar acreditado que enfermaran de ciguatera. Luego, con su conducta crearon un peligro para la salud de los consumidores que se



concretó en una serie de lesiones en todos ellos, algunas de las cuales precisaron tratamiento médico y otras no. Por ello, se cumplen los elementos objetivos de este tipo penal.

En cuanto al elemento subjetivo, los acusados aunque no supieran a ciencia cierta que el mero vendido contenía la ciaguatoxina, lo tenían que haber previsto pues conocían el riesgo de que un pescado que superase los 29 kilos la contuviera, con lo que asumieron, se conformaron, o no se mostraron disconformes con los posibles resultados que eventualmente puedan causar el mero corrompido. Concorre el elemento cognitivo de elemento subjetivo (dolo eventual), ya que ambos acusados, conociendo los hechos (la peligrosidad de su conducta para la salud pública) no adoptaron las medidas necesarias para detener el peligro y evitar la posibilidad de lesión (por ejemplo, retirando tal producto nocivo de su establecimiento).

Por otro lado, los hechos son además constitutivos en concurso ideal (art. 77 del CP) con el delito del art. 363.2 y 3 del CP, de tres delitos de lesiones, previstos y penados en el artículo 147.1 del Código Penal, y con once faltas de lesiones, previstos y penados en el artículo 617.1 del Código Penal, y ello, porque solo tres de los perjudicados, en concreto, Millán, Rosendo, Raimunda precisaron tratamiento médico, que es lo que diferencia el delito de lesiones del art. 147 del CP de la antigua falta de lesiones del art. 617 del CP (en la actualidad tras la reforma operada por LO 1/2015 de 30 de marzo, delito leve de lesiones del art. 147.2 del CP).

En principio, no se acepta la tesis de la defensa de que los resultados lesivos se integran dentro del delito contra la salud pública y no procede la incriminación añadida e independiente como delitos o faltas de lesiones, pues como se ha analizado anteriormente estamos ante un delito de peligro -pues así ha de interpretarse el tenor legal "que pongan en peligro la salud de los consumidores"-, por lo que no se exige la causación de una efectiva lesión y por tanto, en el caso de producirse una lesión a la integridad física o la muerte de uno o varios consumidores, estaremos en presencia de un concurso ideal de delitos, a resolver por las reglas previstas en el art. 77 CP. Con lo cual si bien cabe la incriminación de los delitos o faltas de lesiones, lo que no procede en virtud de las normas concursales es la condena independiente de los resultados lesivos, al tener que imponer por ello, la pena de la infracción más grave, que en el caso de autos, es la del delito contra la salud pública por fraude alimentario.

Tampoco se admite la tesis de la acusación particular de que los delitos de lesiones lo sean graves (art. 147.1 en relación con el art. 148.2 del CP) en este caso por el medio especialmente peligroso usado para la causación de las mismas, mediante la venta de productos tóxicos con conocimiento de su potencial peligro para la integridad de los consumidores y pese a ello aceptando el resultado, ya que lo que determina la calificación entre delito de lesiones y falta de lesiones es la necesidad o no de tratamiento médico según pacífica y reiterada doctrina jurisprudencial sobre la materia, siendo que en el caso probado de los tres delitos de lesiones calificados por haber precisado tratamiento, no se puede considerar la calificación de las lesiones agravadas por haber puesto a la venta del mero intoxicado, pues como se ha analizado anteriormente, esta circunstancia forma parte del elemento objetivo de la conducta tipificada en el art. 363.2 y 3 del CP, no pudiendo, en consecuencia, venir a formar parte de otro elemento constitutivo de otro tipo penal (instrumento peligroso del delito de lesiones graves), pues ello supondría criminalizar la conducta dos veces, lo cual está absolutamente proscrito en nuestro derecho penal.

Como consecuencia de todo lo antedicho, los acusados, cometieron un delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE FRAUDE ALIMENTARIO previsto y penado en el art. 363.2 y 3 del CP, en concurso ideal (art. 77 del CP) con de tres delitos de lesiones, previstos y penados en el artículo 147.1 del Código Penal, y con once faltas de lesiones, previstos y penados en el artículo 617.1 del Código Penal.

Tercero. Autoría.

Del delito CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD DE FRAUDE ALIMENTARIO en concurso ideal con de tres delitos de lesiones y con once faltas de lesiones, son responsables en concepto de autores los acusados, Adrian y Octavio al haber ejecutado directamente y de común acuerdo, los hechos que la integran (art. 27 y 28 del C.P.).

Ambos acusados son autores de la misma manera y en el mismo grado, porque ambos sabían o debían de saber por dedicarse al comercio de pescado, que el mero que pusieron a la venta no pasó el preceptivo control sanitario, asumiendo el riesgo de que los consumidores pudieran intoxicarse de ciguatera y lo hicieron precisamente en la creencia de que no iba a pasar nada pues nada le había pasado al acusado Octavio cuando consumió un medregal de 80 kilos de peso y no se contaminó, pese a que este pescado en esa época tenía un límite de peso menor que la del mero para someterlo al preceptivo control analítico, más de 15 kilos, siendo que ambos pudieron evitar el daño, retirando o no vendiendo el mencionado mero a los clientes.



Cuarto. Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el acusado Adrian , ya que si bien fue condenado como autor de un delito de tráfico de drogas cualificado mediante sentencia ejecutoria de 7 de febrero de 2017 a la pena de tres años y un día de prisión, no le computa a los efectos de la agravante de reincidencia por ser de fecha posterior a cometerse los hechos que se juzgan en el presente procedimiento, concurriendo en el acusado Octavio , la circunstancia agravante de la responsabilidad criminal, 8ª del artículo 22 del C.P ., de reincidencia , en relación con el delito contra la salud pública, en tanto que ejecutoriamente condenado mediante sentencia de 9 de abril de 2008 como autor de un delito de tráfico de drogas cualificado a la pena de 4 años de prisión, habiendo sido condenado asimismo junto con el otro acusado Adrian en el mismo procedimiento por sentencia ejecutoria de 7 de febrero de 2017 a la pena de tres años y 10 meses de prisión por hechos cometidos el 8 de junio de 2014. QUINTO- PENAS.

El art. 363 CP castiga con 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 las conductas prohibidas llevadas a cabo por los "productores, distribuidores o comerciantes".

En el presente caso, ponderadas las circunstancias personales de los acusados y los perjuicios causados a las víctimas procede imponer las siguientes penas a los siguientes acusados:

- A Octavio , la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 11 meses de multa, con una cuota diaria de 8 euros y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago, que equivaldrían a un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas que podrían cumplirse incluso mediante trabajos en beneficio de la comunidad e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cinco años.

- A Adrian , la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 8 meses de multa, con una cuota diaria de 8 euros y la responsabilidad personal subsidiaria del artículo 53 del Código Penal para el caso de impago que equivaldrían a un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas que podrían cumplirse incluso mediante trabajos en beneficio de la comunidad; e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cuatro años.

Se han impuesto estas penas porque son las penas intermedias dentro de la mitad superior a la prevista en la ley en el caso de Octavio y de la señalada por la ley para el delito en el caso de Adrian , sin que se observen que existan motivos para la aplicación, ni de la mínima, ni tampoco, de la máxima en ninguno de los casos.

En el caso de Octavio , al constarle una agravante de reincidencia se ha tenido que partir de la franja constituida por la mitad superior, y si bien, esta condena pudiera estar cumplida por haber sido condenado en 2008, hay que señalar que volvió a ser condenado por un delito contra la salud pública en su modalidad de tráfico de drogas en el 2017 junto con el otro acusado, por hechos cometidos apenas 6 meses después de cometer los que ahora se han juzgado, lo que demuestra un absoluto desprecio por la salud pública, pero al tratarse de una condena posterior no puede suponer una circunstancia para agravar la pena hasta el límite máximo de las previstas dentro de la franja establecida para la mitad superior, si bien, dado el número elevado de víctimas (un total de 14 probados sin perjuicio de otros que no lo han probado o que ni siquiera hayan advertido que estuvieran contaminados) y los graves síntomas que padecieron y que aún padecen algunos de ellos, aunque solo tres de ellos precisasen de tratamiento médico, han hecho considerar ajustadas la imposición de unas penas intermedias cercanas al límite máximo en el caso del acusado Octavio .

En el caso de Adrian , el hecho de que tenga una condena posterior por delito de la misma naturaleza y dada la misma participación en los hechos que se le ha atribuido, así como por los elevados perjuicios causados a las víctimas, se deben de trasladar las mismas consideraciones que se han hecho con respecto al coacusado Octavio , en cuanto a la imposición de la pena intermedia de prisión en su caso.

Con respecto a la pena de multa , se han impuesto las penas intermedias con una cuota de 8 euros, al no haber acreditado la capacidad económica de los acusados, si bien consta que trabajan uno como dependiente y el otro de la pesca, y en aras de evitarle perjuicios económicos de conformidad con el art. 50.5º del CP , siendo esta la cuota que suele imponer en casos similares de no acreditación de la capacidad económica.

Finalmente, lo mismo cabe decir de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio.

Sexto. Responsabilidad civil.

Con respecto a la RESPONSABILIDAD CIVIL, en el caso de autos se causaron las siguientes lesiones a las siguientes personas.

Esperanza . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad una primera asistencia facultativa, con 30 días de curación sin impedimento. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Laura . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad una primera asistencia facultativa, con 45 días de curación, de los cuales 14 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Millán . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad tratamiento médico prescrito por el Servicio de Neurología, consistente en el tratamiento con Tryptizol , con 60 días de curación sin impedimento para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 3 puntos.

Rosendo , que padeció intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad tratamiento médico prescrito por el Servicio de Neurología, consistente en el tratamiento con Tegretol y Tryptizol. Con 97 días de curación, de los cuales, TODOS fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 3 puntos.

Raimunda , que padeció una intoxicación por ciguatera que requirió para su sanidad tratamiento médico prescrito por el Servicio de Neurología, consistente en el tratamiento con Tegretol y Tryptizol, con 90 días de curación, de los cuales, 30 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 3 puntos.

Jose Ignacio . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Para su sanidad requirió una primera asistencia facultativa, con 30 días de curación sin impedimento. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Juan Ramón . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Para su sanidad requirió una primera asistencia facultativa, con 30 días de curación, de los cuales, 2 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

María Angeles . Se le diagnosticó intoxicación por ciguatera. Para su sanidad requirió una primera asistencia facultativa, con 30 días de curación, de los cuales 14 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Anibal . Su diagnóstico fue de intoxicación por ciguatera. Para su sanidad requirió una primera asistencia facultativa, con 30 días de curación, de los cuales 14 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Azucena . Se le diagnosticó intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad una primera asistencia facultativa, con 60 días de curación, de los cuales 14 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Eduarne , a la que se diagnosticó intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad una primera asistencia facultativa, con 45 días de curación, de los cuales 14 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Cipriano , al que se diagnosticó intoxicación por ciguatera. Requirió para su sanidad una primera asistencia facultativa, con 45 días de curación, de los cuales 14 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 2 puntos.

Juan Manuel . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Para su sanidad requirió una primera asistencia facultativa, con 45 días de curación, de los cuales, 30 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Secuelas: parestesias (por analogía), de 1 a 3 puntos.

Arturo . Diagnóstico de intoxicación por ciguatera. Para su sanidad requirió una primera asistencia facultativa. 21 días de curación, de los cuales, 7 fueron impositivos para sus ocupaciones habituales. Sin secuelas.

Los perjudicados Anibal , Cipriano y Juan Manuel han fallecido durante la tramitación de la presente causa, así que tal y como interesó el Ministerio Fiscal, en estos casos, se deberá indemnizar a los herederos de estos perjudicados.

El Ministerio Fiscal y la acusación particular han solicitado distintas cantidades en concepto de indemnización para las víctimas, mayores en el caso de la acusación particular, y siendo que esta cuestión no ha



sido objeto de debate y ante las secuelas que siguen teniendo muchos de los afectados, se estima adecuadas y ajustadas a derecho las solicitadas por la acusación particular para sus defendidos en cuanto es la parte que mejor conoce los padecimientos de sus clientes y el estado actual de los mismos, si bien, en el caso de los dos últimos perjudicados que no se han constituido en acusación particular se conceden las que ha solicitado el Ministerio Fiscal para ellos.

Se acuerda que los acusados Adrian y Octavio indemnicen conjunta y solidariamente a:

- a) Esperanza en la cantidad de 2.242 euros
- b) Laura , en la cantidad de 3.634 euros,
- c) Millán , en la cantidad de 3.759euros,
- d) Rosendo , en la cantidad de 10.401 euros,
- e) Raimunda , en la cantidad de 6.701 euros,
- f) Jose Ignacio , en la cantidad de 2.184 euros,
- g) Juan Ramón , en la cantidad de 2.476 euros,
- h) María Angeles , en la cantidad de 2.805 euros,
- i) LOS HEREDEROS DE Anibal , en la cantidad de 2.805 euros, herederos que deberán concretarse quienes son en ejecución de sentencia y para el caso de no llegar a conocerse se restará este importe de la cantidad total a indemnizar por los acusados,
- j) Azucena , en la cantidad de 4.384 euros,
- k) Edurne en la cantidad de 3.505 euros,
- l) LOS HEREDEROS DE Cipriano en la cantidad de 3.505 euros, herederos que deberán concretarse quienes son en ejecución de sentencia y para el caso de no llegar a conocerse se restará este importe de la cantidad total a indemnizar por los acusados,
- m) LOS HEREDEROS DE Juan Manuel , en la cantidad de 2.431 euros, herederos que deberán concretarse quienes son en ejecución de sentencia y para el caso de no llegar a conocerse se restará este importe de la cantidad total a indemnizar por los acusados,
- n) Arturo , en la cantidad de 910 euros,

Y, todo ello, más los intereses legales que correspondan desde la fecha de la presente sentencia hasta el completo pago de la deuda de conformidad con el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Séptimo. Costas.

Las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los criminalmente responsables de todo delito o falta, conforme a lo preceptuado en el artículo 123 del Código Penal y 239 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento Criminal .

En el presente caso, se imponen las costas por mitad a ambos acusados por entender que su participación en los hechos es la misma, incluyendo las costas de la acusación particular .

Vistos los preceptos legales citados, concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que debo condenar y condeno a Octavio y a Adrian como autores penalmente responsables de un DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN SU MODALIDAD de FRAUDE ALIMENTARIO EN CONCURSO IDEAL CON TRES DELITOS DE LESIONES Y ONCE FALTAS DE LESIONES, con la concurrencia de la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal consistente en la AGRAVANTE DE REINCIDENCIA en el caso de Octavio y sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en el caso de Adrian , a las siguientes penas:

A Octavio , la pena de tres años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 11 meses de multa, con una cuota diaria de 8 euros y la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago, que equivaldrían a un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas que podrían cumplirse incluso mediante trabajos en beneficio de la comunidad, e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cinco años .



A Adrian , la pena de dos años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena; 8 meses de multa, con una cuota diaria de 8 euros y la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago que equivaldrían a un día de privación de libertad por cada dos cuotas no satisfechas que podrían cumplirse incluso mediante trabajos en beneficio de la comunidad, e inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión, oficio, industria o comercio durante cuatro años .

Y, a ambos acusados, a la condena en costas del procedimiento por mitad, incluyendo las costas de la acusación particular.

Al mismo tiempo y en concepto de responsabilidad civil, se condena a los acusados Adrian y Octavio a que indemnicen conjunta y solidariamente a:

- a) Esperanza en la cantidad de 2.242 euros,
- b) Laura , en la cantidad de 3.634 euros,
- c) Millán , en la cantidad de 3.759 euros,
- d) Rosendo , en la cantidad de 10.401 euros,
- e) Raimunda , en la cantidad de 6.701 euros,
- f) Jose Ignacio , en la cantidad de 2.184 euros,
- g) Juan Ramón , en la cantidad de 2.476 euros,
- h) María Angeles , en la cantidad de 2.805 euros,
- i) LOS HEREDEROS DE Anibal , en la cantidad de 2.805 euros, herederos que deberán concretarse quienes son en ejecución de sentencia y para el caso de no llegar a conocerse se restará este importe de la cantidad total a indemnizar por los acusados,
- j) Azucena , en la cantidad de 4.384 euros,
- k) Edurne en la cantidad de 3.505 euros,
- l) LOS HEREDEROS DE Cipriano en la cantidad de 3.505 euros, herederos que deberán concretarse quienes son en ejecución de sentencia y para el caso de no llegar a conocerse se restará este importe de la cantidad total a indemnizar por los acusados,
- m) LOS HEREDEROS DE Juan Manuel , en la cantidad de 2.431 euros, herederos que deberán concretarse quienes son en ejecución de sentencia y para el caso de no llegar a conocerse se restará este importe de la cantidad total a indemnizar por los acusados,
- n) Arturo , en la cantidad de 910 euros.

Y, todo ello, más los intereses legales que correspondan desde la fecha de la presente sentencia hasta el completo pago de la deuda .

Pronúnciese ésta Sentencia en Audiencia Pública y notifíquese a las partes con la advertencia de que, contra la misma, se podrá interponer recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los diez días siguientes a su notificación.

Así por esta mi Sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Dada, leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez que la dicta en el día de la fecha estando constituido en audiencia pública, de todo lo cual, yo Letrado de la administración de Justicia, doy fe.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.