

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ066263

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 770/2022, de 15 de septiembre de 2022

Sala de lo Penal

Rec. n.º 4652/2019

SUMARIO:**Delitos contra la seguridad colectiva. Delito contra la salud pública. Trafico de géneros corrompidos.**

Los delitos contra la seguridad colectiva, Capítulo II de los delitos contra la salud pública, esta integra el objeto de protección. La salud pública entendida como la salud de los consumidores. Esto es, el conjunto de condiciones objetivas que aseguran el bienestar físico y psíquico de los ciudadanos. Un concepto que abarca distintos ámbitos, desde la sanidad, hasta la salubridad y la higiene, y el riesgo para la vida y/o la integridad derivados del acceso a productos de distinta índole presentes en el mercado.

No se tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la «suma de las saludes individuales» sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores.

Abarca como sujeto activo a quienes realmente realizan tales labores, con independencia de su cualificación profesional o cualquier requisito formal. Identificación del término productor, no solo con quien fabrica o elabora los alimentos, sino también con quien los recoge de su hábitat natural con el fin de ponerlos en circulación. El distribuidor, por su parte, será quien distribuye (importa, transporta o almacena) y comerciante quien vende, es decir, las personas que participan en la puesta a disposición del producto a los consumidores.

Está configurado como un delito de peligro. Se discute si de peligro abstracto o concreto. La doctrina científica mayoritariamente, aunque no sin excepciones, se decanta por considerarlo concreto. Esta Sala de casación siempre lo ha calificado de abstracto - hipotético o potencial. No se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro y es posible su consumación sin la directa involucración del consumidor, dando cabida a la posibilidad de formas imperfectas de ejecución. La cuestión radica en determinar si el desarrollo de la acción típica requiere antes de que se produzca la consumación, de actuaciones previas de por sí generadoras de peligro, sin la cuales aquella no pudiera alcanzarse, de modo que integren el comienzo de la ejecución. Y en la modalidad que nos ocupa, es así. Solo se puede traficar con algo si se dispone de ello. Ciertamente los acusados dieron comienzo a la ejecución con la obtención del género peligroso que se proponían distribuir, si bien, habida cuenta de que los mismos fueron sorprendidos en el momento en el que iniciaban su descarga al vehículo que había de proporcionar su distribución, no llegaron no ya comercializarlo sino ni siquiera a tenerlo almacenado en condiciones de poder llegar a serlo, por lo que el delito es en grado de tentativa.

Respecto a la coautoría, todos los coautores, como consecuencia de su aportación, dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. Voto particular.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 16, 24, 25, 28, 359, 363.3 y 368.

PONENTE:

Doña Ana María Ferrer García.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 770/2022

Fecha de sentencia: 15/09/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4652/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/02/2022

Voto Particular

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Procedencia: Audiencia Provincial de Pontevedra

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: JLA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4652/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a Ana María Ferrer García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D.^a Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D.^a Susana Polo García
D.^a Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación num 4652/19 por infracción de ley e infracción de precepto constitucional, interpuesto por D^a Zulima representada por la procuradora D^a M^a Dolores González Rodríguez, bajo la dirección letrada de D^a Sandra García Alfaya; D^a María Teresa representada por la procuradora D^a Elena Celdrán Álvarez bajo la dirección letrada de D^a M^a Dolores Valle Garrido; D. Cipriano representado por el procurador D. Juan Manuel Rico Palomar, bajo la dirección letrada de D^a Esther Vaquero Fernández; y D. Cristobal representado por la procuradora D^a M^a Dolores González Rodríguez bajo la dirección letrada de D^a Patricia Gómez Santiago contra la

sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 3 de junio de 2019 (Sec. 4ª, RP 307/19) que confirmaba la sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal 1 de Pontevedra de fecha 15 de noviembre de 2018. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción num. 3 de Cangas incoó Procedimiento Abreviado num. 379/16, y una vez concluso lo remitió al Juzgado de lo Penal 1 de Pontevedra que con fecha 15 de noviembre de 2018 (PA 402/17), dictó sentencia que contiene los siguientes HECHOSPROBADOS: " ÚNICO.- El día 21 de diciembre de 2015 sobre las 18:00 horas aproximadamente, los acusados Cipriano, mayor de edad y con antecedentes penales cancelables, y Cristobal, mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se dirigieron a la Ría de Vigo a bordo de la embarcación DIRECCION000 RE-....-....., y debajo del Puente de Rande extrajeron 115 kilogramos de vieira (Cipriano iba a los mandos de la embarcación mientras Cristobal se sumergía para capturar la vieira). De allí se dirigieron al muelle de Domaio, donde les estaban esperando para descargarlas con el vehículo Skoda, matrícula-NGY, las acusadas María Teresa y Zulima, mayores de edad y sin antecedentes penales, y ello con la finalidad de destinarlas a su comercialización o venta a terceros.

Cuando se encontraban descargando las vieiras y metiéndolas en el maletero del vehículo, fueron interceptados por los Agentes del Servicio de Guardacostas con número de identificación profesional NUM000 y NUM001, y que habían venido vigilando las maniobras de los dos primeros acusados desde que estaban posicionados con la embarcación bajo el Puente de Rande.

Remitidas muestras de las vieiras intervenidas para su análisis al Instituto Tecnológico para el Control del Medio Marino (INTECMAR), se detectó la presencia de 155,7 microgramos de ácido domoico por cada gramo, cuando el límite máximo permitido para el consumo humano por la normativa no ha de exceder de 20 microgramos por cada gramo. El consumo de ácido domoico por encima de tales límites puede causar mareos, vómitos, necesidad de entubación, provocar el coma y, en casos severos, la muerte.

La embarcación DIRECCION000 RE-....-..... utilizada para extraer la vieira corrompida es propiedad de María Teresa.

El vehículo Skoda matrícula-XPL es propiedad de Zulima.

En las inmediaciones del lugar donde fueron interceptados los acusados, bien fuera dentro de la embarcación bien, a los pies de la misma y del vehículo, fueron aprehendidos un traje completo de buceo, aletas, un regulador, plomos, capachos, dos remos, dos bidones, cubos, líneas de pesca, cestas plásticas y una linterna, efectos todos ellos utilizados para la extracción de la especie incautada".

Segundo.

El Juzgado de lo Penal dictó el siguiente pronunciamiento: "Que debo condenar y condeno a DÑA. María Teresa, como autora criminalmente responsable de delito contra la salud pública, a las penas de prisión de un año y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de ocho meses con una cuota diaria de seis euros, haciendo un total de MIL CUATROCIENTOS CUARENTA EUROS, apercibiéndole de que en caso de impago quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de mariscador por tiempo de cuatro años, condenándola asimismo al abono de una cuarta parte de las costas causadas.

Que debo condenar y condeno a DÑA. Zulima, como autora criminalmente responsable de delito contra la salud pública, a las penas de prisión de un año y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de ocho meses con una cuota diaria de seis euros, haciendo un total de MIL CUATROCIENTOS CUARENTA EUROS, apercibiéndole de que en caso de impago quedará sujeta a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de mariscador por tiempo de cuatro años, condenándola asimismo al abono de una cuarta parte de las costas causadas.

Que debo condenar y condenó a D. Cipriano, como autor criminalmente responsable de delito contra la salud pública, a las penas de prisión de un año y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de ocho meses con una cuota diaria de seis euros, haciendo un total de MIL CUATROCIENTOS CUARENTA EUROS, apercibiéndole de que en caso

de impago quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas, e inhabilitación para el ejercicio de la Profesión de mariscador por tiempo de cuatro años, condenándolo asimismo al abono de una cuarta parte de las costas causadas.

Que debo condenar y condeno a D. Cristobal, como autor criminalmente responsable de delito contra la salud pública, a las penas de prisión de un año y seis meses, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, multa de ocho meses con una cuota diaria de seis euros, haciendo un total de MIL CUATROCIENTOS CUARENTA EUROS, apercibiéndole de qué en caso de impago quedará sujeto a una responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas diarias de multa no satisfechas, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de mariscador por tiempo de cuatro años, condenándolo asimismo al abono de una cuarta parte de las costas causadas.

Se acuerda el comiso de la embarcación DIRECCION000 KA-....-....., propiedad de María Teresa, y los restantes útiles intervenidos (un traje completo de buceo, aletas, un regulador, plomos, capachos, dos remos, dos bidones, cubos, líneas de pesca, cestas plásticas y una linterna).

Notifíquese la presente resolución a las partes y al Ministerio Fiscal haciéndoles saber que no es firme, y que contra la misma cabe interponer recurso de apelación que, en su caso, deberá de formalizarse mediante escrito presentado ante este Juzgado en un plazo de DIEZ DÍAS contados a partir del siguiente al de su notificación".

Tercero.

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por D^a Zulima, por D^a María Teresa, por D. Cipriano y por D. Cristobal, dictándose sentencia por la Audiencia Provincial de Pontevedra, con fecha 3 de junio de 2019 y cuya parte dispositiva es la siguiente: " DESESTIMAR los Recurso de Apelación interpuestos por el Procurador Sr Maquieira Gesteira en representación de María Teresa, por la Procuradora Sra López Maroto en representación de Zulima, por la Procuradora Sra Méndez-Benegassi Gamallo en representación de Cipriano y por el Procurador Sr Rivas Gandasegui en representación de Cristobal contra la sentencia de fecha 15.11.2018 dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de Pontevedra, que se confirma sin imposición de costas procesales.

La presente resolución no es firme, contra la misma cabe interponer recurso de casación por infracción de Ley del motivo previsto en el N^o 1 del Art. 849 de la LECr. Preparándolo ante esta Sala dentro de cinco días siguientes a su notificación".

Cuarto.

Notificada la resolución a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, por la representación de D^a Zulima, de D^a María Teresa, de D. Cipriano y de D. Cristobal, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

Quinto.

El recurso interpuesto por D^a. Zulima se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 24.2 de la CE al haberse vulnerado la presunción de inocencia por entender que la prueba de cargo no es suficiente para desvirtuar el principio de inocencia.

2º.- Por infracción de Ley del artículo 363.3 del CP al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM.

3º.- Por infracción del artículo 16 del CP al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM.

4º.- Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM por indebida aplicación del artículo 66 del CP en relación con el artículo 363.3 del CP.

El recurso interpuesto por D^a. María Teresa se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único.

Al amparo del artículo 849.1 de la LECRIM.

El recurso interpuesto por D. Cipriano se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

Único.

Por infracción de Ley del artículo 849.1 de la LECRIM, dado los hechos probados se han infringido los artículos 20.2º, 21.1º y 21.6º, todos ellos del CP, al concurrir la eximente o atenuante de drogadicción, así como la existencia de dilaciones indebidas.

El recurso interpuesto por D. Cristobal se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1º.- Al amparo del artículo 849.1º LECRIM por infracción del artículo 363 del CP.

2º.- Al amparo del artículo 849.1º LECRIM por infracción de los artículos 21.1 en relación 20.2, 21.2º y 21.7º del CP.

3º.- Al amparo del 849.1º LECRIM por infracción de los artículos 21.6 del CP en relación al artículo 24.2 de la CE.

Sexto.

Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, solicitó su inadmisión, la Sala admitió a trámite el mismo, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

Séptimo.

De conformidad con el artículo 197 LOPJ se convocó Pleno Jurisdiccional de esta Sala para la deliberación y fallo del recurso, los que se llevó a efecto el día 3 de febrero de 2022, habiéndose prolongado su deliberación, seguida de la redacción definitiva de esta sentencia y la elaboración del voto particular que la acompaña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se formula recurso de casación por la representación procesal de Dª Zulima, Dª María Teresa, D. Cipriano y D. Cristobal contra la sentencia dictada con fecha 3 de junio de 2019 por la Audiencia Provincial de Pontevedra. Esta sentencia desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la de fecha 15 de noviembre de 2018 del Juzgado de lo Penal 1 de la misma ciudad, que había condenado a los cuatros recurrentes, como autores de un delito contra la salud pública del artículo 363.3 CP.

1. Nos encontramos en la vía impugnativa que habilitó la reforma de la LECRIM operada por la Ley 45/2015, de 5 de octubre, al introducir en el artículo 847.1 b) la posibilidad de recurso de casación contra las sentencias dictadas en apelación por la Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional. Responde a un esquema que permite el acceso a casación y, con él, a la función unificadora de doctrina que a esta Sala corresponde, de todos los delitos previstos en el CP con la única exclusión de los leves, salvo cuando estos se enjuician a través de los procedimientos previstos para delitos menos graves o graves.

Se trata de un recurso limitado en cuanto a sus posibilidades de planteamiento a la infracción de ley prevista en el número 1º del artículo 849 LECRIM, orientado a enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal buscando la generalización, cuya admisión queda condicionada a la existencia de interés casacional.

2. Esta Sala, en acuerdo de pleno no jurisdiccional el 9 de junio de 2016, fijó criterio en orden a interpretar el alcance de esta nueva posibilidad de acceso a la casación y concretar qué debe interpretarse por "interés casacional". Entre otros, consideró que lo tenían los recursos basados en cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales. Y este es el caso que ahora nos ocupa. A través de sendos motivos de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM, los recursos interpuestos por tres de los recurrentes, las Sras. Cipriano y María Teresa, y el formalizado por el Sr. Cristobal, cuestionan la aplicación del tipo previsto en el artículo 363.3 CP por el que se condenó, precepto este sobre el que existen posiciones contrapuestas entre las distintas Audiencias en torno a una serie de discrepancias. Esta Sala, desde la entrada en vigor del CP de 1995, no ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta figura.

Segundo.

No está de más recordar que la discrepancia que habilita el artículo 849.1 LECRIM nada tiene que ver con el significado y la suficiencia incriminatoria de la prueba sobre la que se asientan los hechos, sino con la calificación jurídica de éstos. Solo cabe cuestionar el juicio de tipicidad, esto es, la subsunción proclamada por el Tribunal de instancia, a partir de la secuencia histórica que la Sala sentenciadora ha declarado probada. En este caso, la sentencia recurrida respaldó sin fisuras el relato de hechos que el Juzgado de lo Penal había declarado probados,

por lo que sobre el mismo habremos de proyectar la concurrencia de los presupuestos que reclama la tipicidad aplicada.

El recurso interpuesto por Zulima, en los tres motivos por infracción de ley que plantea (segundo, tercero y cuarto, pues el primero lo es por presunción de inocencia), denuncia la aplicación indebida del artículo 363.3 CP porque equipara el mero acompañamiento con el transporte. Añade que, en los términos en que aparecen descritos hechos, al no llegarse a iniciar la acción de distribuir el género que se dice corrompido, pues la intervención de los guardacostas impidió incluso que llegara a cargarse en el coche, no puede considerarse el delito consumado. Que el estadio alcanzado no habría superado el mero acto preparatorio impune, en cuanto que su consideración como tipo de peligro abstracto impide la apreciación de formas imperfectas de ejecución. Por último, denuncia vulneración de principio de proporcionalidad en la determinación de la pena que se le ha impuesto.

El recurso formalizado en nombre de María Teresa, en el motivo que formula por infracción del artículo 363.3, plantea una disidencia más propia de un motivo de presunción de inocencia, en cuanto alega que su intervención no iba destinada a distribuir las vieiras intervenidas, sino a adquirir las mismas para ingerirlas familiarmente durante las fiestas navideñas. Reclama además la atenuante de dilaciones indebidas.

El recurso que formaliza Cristóbal denuncia que los actos de acopio como los descritos en la sentencia objeto del presente recurso, no son punibles al no generar el peligro concreto que esta modalidad delictiva exige. Que no llegó a realizar ninguna de las acciones que el tipo describe, ni a tener la disponibilidad de las vieiras. Añade que no puede presumirse en su perjuicio, que la adquisición fuera con ánimo de comercializar con ellas, ni mucho menos que dicha comercialización se hubiera realizado efectivamente, por lo que, en todo caso, el grado de ejecución no puede ser otro que el de la tentativa, y cita en su apoyo la SAP A Coruña, sección 2ª, 908/2017, de 10 de octubre, que se decantó por considerar los hechos en un supuesto análogo, como tentativa, aunque rechazó que pudiera presumirse en contra del reo que el destino era la venta, por lo que finalmente absolvió; y la SAP A Coruña, sección 1ª, 475/2008, de 3 de diciembre, absolutoria por entender que el mero hecho de extraer las vieiras del mar y depositarlas en una saca no resultaría sancionable por tal tipo penal, al no concurrir el requisito de haber generado algún peligro, por lo que no rebasaría el ámbito de la infracción administrativa. Reclama asimismo la atenuante de drogadicción y la de dilaciones indebidas.

El recurso que formaliza Cipriano proyecta la infracción de ley que denuncia en la inaplicación de la eximente incompleta o atenuante de drogadicción, así como la existencia de dilaciones indebidas.

1. Establece el artículo 363 del CP "serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores: 1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición. 2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud. 3. Traficando con géneros corrompidos. 4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos. 5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos.

Por su ubicación en el código, en el Título XVII del Libro II del CP, "De los delitos contra la seguridad colectiva", Capítulo II de los delitos contra la salud pública, esta integra el objeto de protección. La salud pública entendida como la salud de los consumidores. Esto es, el conjunto de condiciones objetivas que aseguran el bienestar físico y psíquico de los ciudadanos. Un concepto que abarca distintos ámbitos, desde la sanidad, hasta la salubridad y la higiene, y el riesgo para la vida y/o la integridad derivados del acceso a productos de distinta índole presentes en el mercado.

Conviven en el mismo capítulo preceptos que persiguen la protección de las personas frente a los riesgos provenientes del uso y consumo de productos peligrosos en sí mismos, como las drogas, frente al de otros que lo son por el estado en que se encuentran (medicamentos o alimentos). Entre estos últimos se encuadra el artículo 363 CP.

En palabras que tomamos de la STS1210/2001, de 22 de junio, que aunque referidas a un precepto cercano al que ahora nos ocupa (el artículo 364.2 CP) resultan de plena aplicación a nuestro caso, "no se tutela de modo inmediato la salud individual de un consumidor concreto, sino la salud pública, que no hay que equiparar meramente a la "suma de las saludes individuales" sino al conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad, y en el caso presente la seguridad alimenticia de los consumidores...". Es decir, la seguridad en el consumo alimentario.

2. El artículo 363 CP se enuncia en principio como delito especial propio, en cuanto delimita la autoría en los "productores, distribuidores o comerciantes". Sin embargo es necesario superar el rigor formalista que implica ceñir la interpretación de esos términos a la estricta descripción de tales categorías en la legislación mercantil, con una injustificada reducción de su ámbito de aplicación y consecuente desprotección de la salud de los consumidores, bien jurídico que se pretende preservar, frente a quienes realizan este tipo de actividades fuera de los circuitos legales.

Se impone una interpretación de la terminología legal desde una perspectiva material que abra el espectro aplicativo para abarcar a quienes realmente realizan tales labores, con independencia de su cualificación profesional o cualquier requisito formal. Se trata de un extremo sobre el que existe consenso en doctrina y la jurisprudencia. La autonomía del derecho penal así lo autoriza. Sirva como ejemplo la particular definición de documento que contiene el artículo 24 CP, o las pautas que acotan el concepto de discapacidad (artículo 25 CP). Lo que no obsta para que la reglamentación administrativa sea tomada como pauta interpretativa.

Así será productor quien produce, la persona que ha obtenido o creado el alimento o sustancia objeto de la concreta modalidad delictiva. Cuando se trata de producción primaria, en sectores como el de la obtención de productos del mar, la misma necesariamente abarca la pesca. El Reglamento 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, define en su artículo 3 la producción primaria como "la producción, cría o cultivo de productos primarios, con inclusión de la cosecha, el ordeño y la cría de animales de abasto previa a su sacrificio. Abarcará también la caza y la pesca y la recolección de productos silvestres". Definición que en el ámbito nacional, y más allá de la aplicación directa del citado instrumento normativo, la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, acoge como propia. Con arreglo a la misma, no puede tacharse de extensiva la identificación del término productor, no solo con quien fabrica o elabora los alimentos, sino también con quien los recoge de su hábitat natural con el fin de ponerlos en circulación, es decir, en este caso, quien obtiene el producto directamente del mar.

El distribuidor, por su parte, será quien distribuye (importa, transporta o almacena) y comerciante quien vende, es decir, las personas que participan en la puesta a disposición del producto a los consumidores. Es la actividad desarrollada la que les otorga idoneidad como sujetos activos, sean o no profesionales, e independiente de que estén inscritos o consten como tales.

3. El tipo que atrae nuestra atención está configurado como un delito de peligro. Se discute si de peligro abstracto o concreto. La doctrina científica mayoritariamente, aunque no sin excepciones, se decanta por considerarlo concreto. Esta Sala de casación siempre lo ha calificado de abstracto - hipotético o potencial-, y en algún caso se habla de la categoría abstracto concreto, en particular en la interpretación del tipo previsto en el artículo 364 que, aunque no idéntico, guarda similitudes con el que ahora nos ocupa (STS 1210/2001, de 22 de junio). En esa misma línea nos encontramos ante un delito de peligro abstracto, o encajable en la construcción dogmática de abstracto-concreto propio de los delitos de aptitud. No se tipifica en sentido propio un resultado concreto de peligro, sino un comportamiento idóneo para producir peligro para el bien jurídico protegido. En estos supuestos, y muy en particular en el 363.3 CP que ahora nos ocupa, la situación de concreto peligro no es elemento del tipo, pero sí lo es la idoneidad del comportamiento realizado para producir dicho peligro. Es posible su consumación sin la directa involucración del consumidor. La cadena de tráfico se puede poner en marcha a través de distintos eslabones generando peligro, antes de llegar a trabar contacto con el destinatario final del género corrompido.

4. Tal categoría no impide adelantar las barreras de la punición a la culminación de la acción típica, dando cabida a la posibilidad de formas imperfectas de ejecución. Así lo entendió esta Sala en la STS 1263/2003, de 7 de octubre de 2003, referida en aquel caso a un delito de incendio, considerado igualmente como de peligro hipotético o potencial.

El artículo 363.3 CP habla de traficar. Como tal vocablo podemos interpretar con arreglo al Diccionario de la RAE, la operación de "comerciar, negociar con el dinero y las mercancías". Así se desprende de la utilización del mismo término en otros preceptos del código. Por ejemplo, en los delitos de tráfico de influencias o receptación, en los que el concepto de tráfico va vinculado al de ganancia económica. Perfilada de esta manera la configuración típica, habrá de entenderse producida la consumación cuando se alcance el momento de la comercialización o puesta en circulación (venta, permuta incluso donación) de los géneros.

La antigua jurisprudencia de esta Sala, en interpretación del precedente normativo del tipo que nos ocupa, el 346 del CP de 1973, sostuvo que el delito al ser de peligro abstracto se consumaba con el mero acopio de material (SSTS de 18 de diciembre de 1981 y de 10 de marzo 1992). Esa misma idea la hemos mantenido en relación a los delitos de tráfico de drogas tóxicas o estupefaciente (artículo 368), o incluso es la que surge de la interpretación auténtica del delito de tráfico de órganos, previsto en el artículo 156 bis (se considera tráfico la extracción no consentida o a cambio de precio y el almacenamiento de órganos, entre otras conductas "La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos"). Ahora bien, en éste surge con especial virulencia la naturaleza de la intervención que presupone la obtención de los órganos, y el compromiso real no ya hipotético que el mismo implica para quien se ve privado de un órgano.

En relación con tipos más cercanos al que nos ocupa por su respectiva ubicación en el Código, la equivalencia no podemos establecerla con el artículo 368 CP dada la especial amplitud con que el mismo viene descrito típicamente. El mismo no incluye sólo el tráfico, sino el cultivo...y cualquier acto que promueva o facilite el consumo. Es una configuración que excede de la prevista en la modalidad delictiva que nos ocupa, el artículo 363.3.

El tipo que incorpora el artículo 363 globaliza una pluralidad de comportamientos, de manera que el concepto de tráfico adquiere una sustantividad propia y más acorde al sentido literal del vocablo, vinculado a la idea de comercialización, próximo en su factura a la tipicidad que incorpora el artículo 359 CP que diferencia conceptualmente (aunque no a efectos penológicos) la elaboración de sustancias nocivas de su suministro o comercialización, o el 360 CP que identifica el tráfico con el despacho o suministro.

De acuerdo con ello, para la consumación de la modalidad que analizamos no basta el simple acopio, sino que requiere un acto de comercialización, dispensación, o cuanto menos de ofrecimiento a tales fines. Por esta última opción se decantó la STS de 10 de marzo de 1992, que entendió consumado el delito del 346 CP de 1973 (precedente del que ahora nos ocupa), cuando el género corrompido (en aquella ocasión jamones) estaba dispuesto para la venta. Un acto que no tiene por qué involucrar directamente al consumidor, destinatario final de la sustancia, pero que implica la puesta en circulación del producto, con el consiguiente peligro.

5. Y esta última conclusión nos aboca a la posibilidad de contemplar formas imperfectas de ejecución. Se trata de una opción doctrinalmente discutida cuando de delitos de peligro se trata, que sin embargo esta Sala ha admitido (en la ya citada STS 1263/2003, de 7 de octubre, y en ocasiones en relación al tráfico de drogas). Lo ha hecho de manera restrictiva, sin desdeñar el riesgo que supone adelantar las barreras de la punición en relación a tipos que ya de por sí conllevan ese adelanto, ni banalizar la tenuidad de la línea que en ocasiones separa los actos preparatorios impunes del comienzo de la ejecución.

Tienen razón los recurrentes en que existe diversidad en el criterio de las Audiencias Provinciales, desde la SAP A Coruña, sección 1ª, 475/2008, de 3 de diciembre, absolutoria por entender que el mero hecho de extraer las vieras del mar y depositarlas en una saca no resultaría sancionable penalmente por tal tipo penal, al no concurrir el requisito de haber generado algún peligro, por lo que no rebasaría el ámbito de la infracción administrativa; a la SAP A Coruña, sección 2ª, 908/2017, de 10 de octubre, que se decantó por considerar los hechos en un supuesto análogo, como tentativa, aunque rechazó que pudiera presumirse en contra del reo que el destino era la venta, por lo que finalmente absolvió. Hasta las que califican el delito previsto en el artículo 363, como de delito de peligro abstracto, que se consume con el acopio de genero destinado a la ulterior distribución (SAP Pontevedra, sección 2ª, 231/2014, de 9 de octubre); las que lo consideran igualmente, pero confirman condena por tentativa (La SAP de Pontevedra, sección 2, 23/2015, de 11 de febrero; SAP A Coruña , Sección 2ª, 611/2013, de 3 de octubre); las que se decantan por considerarlo un delito de riesgo abstracto, pero admiten abiertamente formas imperfectas de ejecución (La SAP de Pontevedra, sección 4, 18/2006, de 16 de febrero; La SAP A Coruña, sección 2ª, 415/2011, de 11 de noviembre; SAP A Coruña, sección 1ª, 280/2016, de 4 de mayo; o la SAP A Coruña (Sección 1ª) 471/2020, de 20 de noviembre).

Por su parte la STS de 10 de marzo de 1992, descartó la tentativa, si bien en referencia a un supuesto en el que los productos se encontraban expuestos para su venta, habiéndose vendido incluso alguno de ellos.

6. La cuestión radica en determinar si el desarrollo de la acción típica requiere antes de que se produzca la consumación, de actuaciones previas de por sí generadoras de peligro, sin la cuales aquella no pudiera alcanzarse, de modo que integren el comienzo de la ejecución. Y en la modalidad que nos ocupa, es así. Solo se puede traficar con algo si se dispone de ello. Y en el particular caso, cuando de género que por sus peculiares circunstancias es perjudicial para la salud se trata, el pertrecharse del mismo con la finalidad de introducirlo en un circuito comercial, implica el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llegó a alcanzar por causas independientes de su voluntad, lo que nos coloca ante un supuesto de tentativa del artículo 16 CP.

7. En aplicación de lo expuesto al caso que nos ocupa, las quejas de los recurrentes han de ser en parte aceptadas. Cada uno de ellos, con su respectiva aportación fáctica, dieron comienzo a la ejecución del hecho, en terminología del artículo 28 CP, desarrollando roles que encajan perfectamente en el concepto de productor, respecto a Cipriano y Cristobal, que se encargaron de las labores de extracción, y las de distribución, a las que se sumaron María Teresa y Zulima, que a su vez aportaron los medios de transporte utilizados, al ser ellas las titulares tanto de la embarcación empleada como del vehículo.

Ninguno puede considerarse extraño respecto al acotamiento subjetivo que requiere el tipo. Como dijimos en la STS 658/2021, de 3 de septiembre, la jurisprudencia (entre otras muchas SSTS 1242/2009, de 9 de diciembre; 170/2013, de 28 de febrero; 761/2014, de 12 de noviembre; 604/2017, de 5 de diciembre; 265/2018, de 31 de mayo; 607/2019, de 10 de diciembre; o 22/20, de 28 de enero) ha entendido que para que la ejecución conjunta pueda ser apreciada, no es preciso que todos y cada uno de los intervinientes en esa fase ejecutiva procedan a llevar a cabo la conducta prevista en el verbo nuclear del tipo. La coautoría requiere un elemento subjetivo consistente en un acuerdo respecto de la identidad de aquello que se va a ejecutar, el cual puede ser previo y más o menos elaborado, o puede surgir incluso de forma simultánea a la ejecución, precisándose sus términos durante ésta, siempre que las acciones de cada interviniente no supongan un exceso imprevisible respecto a lo aceptado tácitamente por todos ellos, pues en ese caso respondería individualmente. Y, además, superando las tesis subjetivas de la autoría, es precisa una aportación objetiva y causal de cada coautor, orientada a la consecución del fin conjuntamente pretendido, sin ser necesario que cada uno ejecute por sí mismo los actos que integran el elemento central del tipo,

pues cabe una división del trabajo, sobre todo en acciones de cierta complejidad, pero sí lo es que su aportación lo sitúe en posición de disponer del condominio funcional del hecho.

De esta forma todos los coautores, como consecuencia de su aportación, dominan conjuntamente la totalidad del hecho delictivo, aunque no todos ejecuten la acción contemplada en el verbo nuclear del tipo. La consecuencia es que entre todos los coautores rige el principio de imputación recíproca que permite atribuirles la autoría de la totalidad con independencia de su concreta aportación al hecho.

En este caso, los cuatro dieron comienzo a la ejecución, guiados por el propósito compartido de comercializar el material obtenido, deducción que fluye con naturalidad a la vista de la cantidad de vieras obtenidas, que supera la suma del acopio para consumo propio, aun contando que hubieran de distribuirse entre cuatro familias.

8. Todos ellos colman la tipicidad subjetiva. El dolo en los delitos de peligro requiere el conocimiento del peligro jurídicamente desaprobado que el autor crea con su acción, lo que en este caso se infiere del relato de hechos probados a partir de las condiciones de clandestinidad en que se desarrollaron los hechos, las circunstancias de lugar y tiempo, y la vinculación de todos los acusados con el mar, en los términos que ampliamente razonó la sentencia de primera instancia. Una argumentación que la de apelación respalda y que los recursos no cuestionan.

En lo que atañe al elemento del dolo integrante del tipo subjetivo de las diferentes modalidades delictivas, conviene recordar que, según consolidada jurisprudencia de esta Sala, actuar con dolo significa conocer y querer los elementos objetivos que se describen en el tipo penal; sin embargo, ello no excluye un concepto normativo de dolo eventual basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en su modalidad eventual el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, pese a lo cual el autor lleva a cabo su ejecución, asumiendo o aceptando así el probable resultado que pretende evitar la norma penal (SSTS 708/2015, de 20 de noviembre; 687/2018, de 20 de diciembre; 744/2018, de 7 de febrero; o 315/2020, de 15 de junio).

En otras palabras, se estima que obra con dolo eventual quien, conociendo que genera un peligro concreto jurídicamente desaprobado, no obstante actúa y continúa realizando la conducta que somete al bien jurídico a riesgos sumamente relevantes que el autor no tiene seguridad alguna de poderlos controlar o neutralizar, sin que sea preciso que persiga directamente la causación del resultado lesivo, que en el caso que ahora nos ocupa sería un resultado de peligro, ya que es suficiente con que conozca que hay un elevado índice de probabilidad de que su comportamiento lo produzca. Entran aquí en la valoración de la conducta individual parámetros de razonabilidad de tipo general que no puede haber omitido considerar el autor, sin que sea admisible por irrazonable, vana e infundada la esperanza de que el resultado no se materialice, hipótesis que se muestra sin peso frente al más lógico resultado de actualización de los riesgos que el agente ha generado (SSTS 311/2014, de 16 de abril; 759/2014, de 25 de noviembre; 155/2015, de 16 de marzo; 191/2016, de 8 de marzo; 597/2017, de 24 de julio; o 955/2021, de 3 de diciembre).

Sobre la misma materia, argumentó la sentencia 474/2013, de 24 de mayo, que esta Sala, especialmente a partir de la sentencia de 23 de abril de 1992 (relativa al caso conocido como del "aceite de colza" o "del síndrome tóxico") ha venido aplicando en numerosas resoluciones un criterio más bien normativo del dolo eventual, en el que prima el elemento intelectual o cognoscitivo sobre el volitivo, al estimar que el autor obra con dolo cuando haya tenido conocimiento del peligro concreto jurídicamente desaprobado para los bienes tutelados por la norma penal.

Sin embargo, afirmó la sentencia 69/2010, de 30 de enero, que ello no quiere decir que se excluya de forma concluyente en el dolo el elemento volitivo ni la teoría del consentimiento o del asentimiento. Más bien puede entenderse que la primacía que se otorga en los precedentes jurisprudenciales al elemento intelectual obedece a un enfoque procesal del problema. De modo que, habiéndose acreditado que un sujeto ha ejecutado una acción que genera un peligro concreto elevado para el bien jurídico con conocimiento de que es probable que se produzca un resultado lesivo (aun de peligro), se acude a máximas elementales de la experiencia para colegir que está asumiendo, aceptando o conformándose con ese resultado, o que cuando menos le resulta indiferente el resultado que probablemente va a generar con su conducta.

Así pues, más que excluir o descartar el elemento volitivo -sigue diciendo la sentencia 69/2010-, "la jurisprudencia lo orilla o lo posterga en la fundamentación probatoria por obtenerse de una mera inferencia extraíble del dato de haber ejecutado el hecho con conocimiento del peligro concreto generado por la acción. Y es que resulta muy difícil que en la práctica procesal, una vez que se acredita el notable riesgo concreto que genera la acción y su conocimiento por el autor, no se acoja como probado el elemento de la voluntad o del consentimiento aunque sea con una entidad liviana o claramente debilitada. A este elemento volitivo se le asignan los nombres de asentimiento, asunción, conformidad y aceptación, en lo que la doctrina ha considerado como una auténtica disección alquimista de la voluntad, y que en realidad expresa lingüísticamente el grado de debilidad o precariedad con que emerge en estos casos el elemento voluntativo".

En nuestro caso, a partir de los hechos probados se sustenta la inferencia de que los cuatro acusados, no solo eran conocedores de que desarrollaban una acción prohibida, sino también del riesgo que para la salud de los consumidores implicaba el consumo de la viera sin ser sometida al correspondiente proceso de depuración en las condiciones oficialmente marcadas. Probablemente no conocían con exactitud la concentración de ácido Domoico del material incautado, pero sí la alta probabilidad de que esta superara los niveles que resultan nocivos para la

salud, lo que no supuso freno alguno a su actuación. De esta manera se colman los presupuestos que integran la tipicidad subjetiva, aun en la modalidad de dolo eventual.

8. Ahora bien, en lo que si tienen razón los recurrentes es en que el delito por el que vienen condenados, con arreglo a las pautas que hemos marcado en los anteriores apartados de este mismo fundamento, no llegó a consumarse. Ciertamente los acusados dieron comienzo a la ejecución con la obtención del género peligroso que se proponían distribuir, si bien, habida cuenta de que los mismos fueron sorprendidos en el momento en el que iniciaban su descarga al vehículo que había de proporcionar su distribución, no llegaron no ya comercializarlo sino ni siquiera a tenerlo almacenado en condiciones de poder llegar a serlo. Todo ello descartado, porque no lo recoge así el relato de hechos probados, que la acción de extracción de vieiras fuera fruto de un previo convenio con terceros que hubieran asegurado la compra, lo que introduciría un nuevo enfoque.

En atención a ello, los recursos interpuestos van a ser parcialmente estimados, dando lugar al dictado de una segunda sentencia en la que individualizaremos la pena.

Tercero.

Las restantes cuestiones que plantean los recursos carecen de interés casacional, en los términos que hemos descrito. La vulneración de la presunción de inocencia proyectada sobre la valoración probatoria de los Tribunales de instancia y apelación, no tiene cabida en esta modalidad de casación.

En lo que afecta a las atenuantes que se reclaman, el motivo de infracción de ley del artículo 849.1 LECRIM no proporciona soporte para su estimación. El relato de hechos probados al que aquel se supedita, no recoge aserto alguno que permita fundar la apreciación atenuatoria que se solicita. La sentencia cuestionada no se aparta de la doctrina reiterada y unánime de esta Sala acerca de los presupuestos que viabilizan los efectos atenuatorios por reducción de la culpabilidad vinculados al consumo de drogas. Otra cosa distinta es que no considere que los mismos concurren en este caso, lo que queda al margen del alcance revisorio de esta modalidad de casación, razón por la cual las pretensiones deducidas en este sentido deben de ser rechazadas.

Cuarto.

Lo mismo ocurre respecto a las demandas de apreciación de la atenuante de dilaciones indebidas. Como ocurriera en el supuesto anterior, la sentencia recurrida, como ya hiciera en su día la de instancia, han sustentado la denegación en la reiterada jurisprudencia de esta Sala. Las dilaciones indebidas implican retardos injustificados en la tramitación, que han de evaluarse con el análisis pormenorizado de la causa y los lapsos temporales muertos en la secuencia de los distintos actos procesales. El "plazo razonable" es un concepto mucho más amplio y más orientado a la duración total del proceso, que significa el derecho de todo justiciable a que su causa sea vista en un tiempo prudencial, y ha de tener como índices de referencia la complejidad de la misma y los avatares procesales de otras de la misma naturaleza, junto a los medios disponibles en la Administración de Justicia (SSTS 91/2010, de 15 de febrero; 269/2010, de 30 de marzo; 338/2010, de 16 de abril; 877/2011, de 21 de julio; 207/2012, de 12 de marzo; 401/2014, de 8 de mayo; 248/2016, de 30 de marzo; o 524/2017, de 7 de julio, entre otras).

La causa de atenuación que nos ocupa aparece regulada, a partir de la reforma operada en el CP por la LO 5/2010, en el artículo 21. 6ª del CP, que exige que se haya producido una dilación extraordinaria e indebida en la tramitación del procedimiento, lo que excluye los retrasos que no merezcan tal consideración; y exige también, que tal demora no sea atribuible al propio inculpado ni guarde proporción con la complejidad de la causa (SSTS 1002/2021, de 17 de diciembre o 68/022, de 27 de enero).

En este caso los recursos que plantean la cuestión, residencian su queja en entender excesivo el transcurso de cerca de tres años entre la iniciación de la causa penal, y la celebración del juicio en la instancia. Se trata de un periodo de tiempo que, en principio, y al margen de cualquier otra consideración, impide calificar el ritmo de tramitación como óptimo. Sin embargo, en cuanto que no se singularizan periodos de inactividad de especial relevancia, pues incluso en el tiempo que transcurrió hasta la celebración del juicio ante el juzgado de lo penal, se estuvieron practicando las pruebas periciales solicitadas por las defensas en sus respectivos escritos. La ponderación que contiene la sentencia recurrida, no se aparta de las pautas jurisprudencialmente marcadas.

Todo ello sin perjuicio de que el transcurso del tiempo pueda ser tomado en consideración en la determinación penológica que realicemos en la sentencia subsiguiente a esta, consecuencia de la estimación parcial de los recursos interpuestos.

Quinto.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 901 LECRIM, dada la estimación parcial del recurso, procede declarar de oficio las costas de esta instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D^a. Zulima, D^a. María Teresa, D. Cipriano y D. Cristobal contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 3 de junio de 2019 (Sec. 4^a, RP 307/19) en causa seguida contra los mismos por delito contra la salud pública, y en su virtud casamos y anulamos la expresada sentencia, dictándose a continuación otra de acuerdo con lo que acabamos de exponer.

Se declaran de oficio las costas correspondientes al presente recurso.

Comuníquese esta resolución y la que a continuación se dicta a la citada Audiencia Provincial a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco
Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet
Susana Polo García Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

SEGUNDA SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Andrés Martínez Arrieta
D. Julián Sánchez Melgar
D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Antonio del Moral García
D. Andrés Palomo Del Arco
D^a. Ana María Ferrer García
D. Pablo Llarena Conde
D. Vicente Magro Servet
D^a. Susana Polo García
D^a. Carmen Lamela Díaz
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
D. Ángel Luis Hurtado Adrián
D. Leopoldo Puente Segura
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 15 de septiembre de 2022.

Esta Sala ha visto el procedimiento abreviado incoado por el Juzgado de Instrucción 3 de Cangas, remitido al Juzgado de lo Penal 1 de Pontevedra y seguido en apelación, ante la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Pontevedra por delito contra la salud pública y en cuyo procedimiento se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 3 de junio de 2019, y que ha sido casada y anulada parcialmente por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada como queda expresado al margen.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D^a Ana María Ferrer García.

ANTECEDENTES DE HECHO

Único.

Se reproducen e integran en esta Sentencia todos los de la sentencia de instancia parcialmente rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Único.

En atención a lo expuesto en la sentencia que antecede, dado el grado de ejecución alcanzado, que no permitió siquiera que las vieiras fueran totalmente cargadas en el vehículo que habría de trasladarlas desde el muelle en el que fueron incautadas, con el consiguiente reflejo que ello tuvo en el peligro generado con el intento, se estima razonable la rebaja penológica en un doble grado, que autoriza el artículo 62 CP. Y dentro de la pena así determinada, en atención al tiempo transcurrido nos decantamos por la opción cercana al mínimo que especificaremos en la parte dispositiva.

En cuanto a la cuantía de la cuota que conforma la multa, respetaremos el criterio del Tribunal de instancia, cercano al mínimo legal, y que se acomoda a los parámetros que la jurisprudencia de esta Sala ha fijado, tal y como la misma explica, en el sentido de que el mínimo absoluto queda reservado a los supuestos de práctica indigencia, que no pueda sostenerse que sea el caso de los recurrentes.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

CONDENAMOS a D^a Zulima, D^a María Teresa, D. Cipriano y D. Cristobal como autores de un delito intentado del artículo 363.3 CP, en relación con el 16 y 62 del mismo texto, a la pena a cada uno de ellos de tres meses y 15 días de prisión, con la correspondiente inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo que dure la condena; multa de dos meses, a razón de una cuota diaria de 6 euros, y una responsabilidad personal subsidiaria de dos días de privación de libertad por cada cuota impagada; e inhabilitación para el ejercicio de la profesión de mariscadora/mariscador respectivamente por tiempo de 10 meses. Se ratifica en lo que no se oponga a lo señalado los pronunciamientos de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Pontevedra de fecha 3 de junio de 2019.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Julián Sánchez Melgar Miguel Colmenero Menéndez de Luarca
Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre Antonio del Moral García Andrés Palomo del Arco
Ana María Ferrer García Pablo Llarena Conde Vicente Magro Servet
Susana Polo García Carmen Lamela Díaz Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
Ángel Luis Hurtado Adrián Leopoldo Puente Segura Javier Hernández García

VOTO PARTICULAR que formulan los EXCMOS SRES. D. ANTONIO DEL MORAL GARCÍA Y D. LEOPOLDO PUENTE SEGURA a la sentencia de pleno recaída en el recurso de casación nº 4652/2019.

I.-

Nuestra respetuosa discrepancia con la sentencia que ha concitado el apoyo de una abrumadora mayoría del Pleno de esta Sala de Justicia se refiere a la difusa frontera entre los actos preparatorios y el inicio de la ejecución que permite hablar de tentativa (arts. 16 y 62 CP). Ésta se castiga en todo caso (art. 16); aquéllos, sólo cuando el Código contiene una previsión expresa (art. 17.3 CP) según la fórmula que han hecho suya los códigos históricos más liberales, frente a los más autoritarios en los que conspiración, proposición y provocación se penaban como regla general.

El Código de 1995 se adscribió al primero de los sistemas mereciendo el aplauso generalizado de la doctrina. Era una muestra más de respeto al principio de intervención mínima y consideración del derecho penal como ultima ratio. Se reservan a herramientas sancionadoras menos agresivas los casos en que la respuesta penal no se revela como proporcionada y absolutamente necesaria para tutelar un bien jurídico.

La sensación generalizada de que el legislador de los últimos años acude al derecho penal con demasiada facilidad es algo más que una impresión. Se viene produciendo un fenómeno, bien teorizado, de conquista para el derecho penal de territorios que tradicionalmente eran ocupados por el derecho administrativo sancionador -al que el Código Penal continúa arrebatando materias-, o por otras ramas del ordenamiento derecho (ilícitos civiles o mercantiles).

En ocasiones, el uso del derecho penal se ha revelado como indispensable, obligando incluso a adelantar las barreras de protección del bien social tutelado: delitos de peligro.

Nos enfrentamos aquí, como bien explica la sentencia mayoritaria, ante uno de esos supuestos en que aparece justificada esa reacción prematura pero necesaria, para una eficaz tutela. Pero las barreras ya adelantadas por el legislador, no pueden ser desplazadas todavía más por una interpretación extensiva arrastrada por contagio por esa tendencia legislativa de expansión del derecho penal. Al legislador corresponde señalar las fronteras de lo punible, ampliándolas más o menos según sus criterios de política criminal; al juzgador aplicar la normativa penal emanada del Parlamento, pero interpretándola con rigor, de manera estricta, huyendo de la analogía o de un afán expansionista que es legítimo -dentro de ciertos límites- para el legislador; pero nunca para el intérprete. Éste no puede caer en la tentación de lanzar las ya demasiado acaparadoras redes del derecho penal (sirva la imagen por su relación con la conducta objeto de enjuiciamiento), a espacios ajenos, espacios que no le corresponden.

II.-

Este preámbulo enmarca nuestro enfoque y la solución que propusimos para el caso concreto analizado: no habían comenzado actos ejecutivos (i) ; estamos ante un delito en el que el legislador ha excluido el castigo de la conspiración (ii) ; y, por tanto, el llamado a intervenir es el derecho administrativo sancionador (iii) .

Hay varios temas dogmáticos implicados; pero optamos por un planteamiento esquemático que nos parece suficiente para acotar nuestro razonamiento:

a) Se condena por un delito cuya tipicidad reza así: poner en peligro la salud de los consumidores " traficando con géneros corrompidos" (art. 363.3 CP). La condición de delito de peligro abstracto (nos abstenemos de adentrarnos en los perfiles y modalidades de esa categoría bien analizados en la sentencia mayoritaria) no se pone en duda. No es necesario acreditar un riesgo concreto, sino la idoneidad de la conducta para generarlo. Nada tenemos que objetar ni podemos matizar a la sentencia mayoritaria.

b) En la modalidad delictiva aplicada se excluye el castigo de los actos preparatorios; previsto, sin embargo, para otros preceptos del mismo capítulo (art. 373). Tenemos la convicción de que si en el art. 373 existiese una mención al art. 363 cualquier penalista, sin vacilar, encajaría los hechos en ese art. 373 -conspiración para cometer el delito-; nunca en la tentativa -que exige un comienzo de ejecución-. Se piensa en la tentativa cuando se comprueba que la conspiración no está penada. Pero eso supone invadir espacios de los actos preparatorios para forzosamente atraerlos al terreno de lo punible, estirando el significado de la tentativa. La generalizada o muy amplia punición de los actos preparatorios, ha escrito un brillante penalista patrio, en idea que tampoco es original, entraña gravísimos riesgos para las libertades individuales. La fijación de las fronteras entre los actos preparatorios y la tentativa, por su efecto multiplicador, reclama cautelas, uso de pincel y no trazo grueso de brocha. El voluntarismo represivo debe dejarse a un lado.

c) La tentativa exige que se haya producido algún acto ejecutivo. Dar principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores.

Aquí sin duda se han producido hechos exteriores. Pero solo forzando las cosas puede hablarse de un acto ejecutivo directo. Si el verbo rector del tipo es traficar; y traficar, según el la RALE, es comerciar, negociar con el dinero y las mercancías o hacer negocios no lícitos, quien ha hecho acopio de mariscos y se dispone a transportarlos no ha empezado a traficar. No ha comenzado a conjugar el verbo rector del tipo. Tiene intención de traficar, pero todavía no ha traspasado la línea que separa el acto preparatorio del acto de ejecución, por inequívoco que pueda ser su propósito. Está preparando las cosas para traficar, para comerciar, para negociar.

Alguno de los precedentes invocados en la sentencia (STS 1263/2003) contempla un supuesto sustancialmente distinto: se había producido fuego y habría comenzado a propagarse (incendio en grado de tentativa)

III.-

Recién obtenidas las vieiras del mar, se disponían los acusados a cargarlas en un vehículo, con la intención, -conforme resulta del ahora irrefutable relato de hechos probados- "de destinarlas a su comercialización o venta a terceros".

En el parecer mayoritario, del que respetuosamente discrepamos, el mero acopio de las vieiras, unido al propósito de comerciar con ellas, ingresa ya en el terreno ejecutivo, haciendo surgir el riesgo para el bien jurídico protegido que con el precepto penal aplicado trata de conjurarse.

No compartimos ese punto de vista. Ciertamente, el propósito de destinar el producto obtenido (los "géneros corrompidos") a su futura comercialización o venta, pertenece al ámbito de lo estrictamente subjetivo, a la voluntad o intención del autor, en cuya ausencia, naturalmente, nos encontraríamos ante un comportamiento penalmente atípico. El acopio de las vieiras con un propósito distinto, independiente del grado de desarrollo ejecutivo de lo planificado, no resultaría subsumible en el art. 363.3 CP. Lo relevante resulta, por lo tanto, determinar si la mera captura de los moluscos, unida a aquella (indispensable) intención, constituía ya un intento de traficar con ellas y no un mero acto preparatorio.

Desde luego, traficar con un determinado objeto requiere como presupuesto, al menos a los efectos que aquí importan, contar con su disposición, obtenida en este caso por su captura en el mar. Pero no cualquier presupuesto fáctico de la conducta proyectada comporta un inicio de la ejecución del hecho típico.

No lo es la adquisición de un cuchillo con el propósito de causar con él la muerte dolosa de un tercero. Ni lo sería tampoco, -así creemos y lo entiende también el criterio mayoritario-, que los acusados embarcaran con el propósito de recoger las vieiras del mar y después comercializarlas, siendo interceptados (o desistiendo de su propósito al advertirse vigilados) antes de poder obtenerlas. La navegación con dicho propósito constituye (también) un presupuesto indispensable de la acción típica, --en la medida en que no de otra forma podían obtenerse en el caso las vieiras con las que se proyectaba traficar--, pero inequívocamente permanecería en el marco del acto preparatorio impune.

No advertimos que la captura, el mero acopio del género corrompido, sin la realización de ninguna conducta inequívocamente destinada a su posterior comercialización consienta hablar de tentativa. No constituye un principio de ejecución de la acción típica. Se trata, de una conducta que todavía resulta inocua, equívoca; necesaria para la finalidad proyectada pero todavía meramente preparatoria. No existe reflejo alguno en el factum de la resolución impugnada de que cualquiera de los acusados hubiera protagonizado algún contacto, sondeo o aproximación con ningún posible consumidor o con distribuidor o distribuidores de las vieiras, para negociar de ningún modo con ellas ni introducirlas en el tráfico. En esa misma medida, los actos efectivamente realizados, la mera captura de las vieiras, (aun con la intención dicha) resultaba todavía un acto equívoco, remoto con referencia al verbo rector del tipo (traficar). Se trata de una conducta que aún podría haber sido perfectamente inocua con relación al bien jurídico protegido (la salud pública), habida cuenta de que el producto corrompido, ya a disposición de los acusados, permanecía todavía bajo su exclusivo control, así como lo estaba el destino que, finalmente, manteniendo o desistiendo de su propósito inicial, hubieran podido darle. El mero hecho de obtener los moluscos tan citados no comprometía de ningún modo directo la salud pública. No lo hacía más, por ejemplo, en términos cualitativos, que la decisión de navegar con rumbo al caladero. Ningún intento se había producido hasta entonces, --no hay constancia de ello en el relato de hechos probados--, de traficar con las sustancias que apenas acababan de ser obtenidas. Se preparaba la acción delictiva, que no se había comenzado. La conducta no es punible, como no lo es la de quien tras ingerir abundante alcohol es interceptado cuando se dirige al vehículo en el que se ha desplazado al local de ocio con la intención de regresar en él.

IV.-

Resumiendo: consideramos que la disponibilidad del género corrompido constituye, ciertamente, presupuesto necesario, a los efectos que aquí importan, para la comisión del delito previsto en el art. 363.3 CP, en la medida en que, en principio, no es posible traficar, en términos penalmente censurables, con una sustancia de la que no se dispone. Pero la mera posesión material del género corrompido, aun con la intención de destinarlo al tráfico, cuando, como aquí, aparece desvinculada de cualquier conducta ejecutiva tendente a favorecer su consumo por terceros, ayuna de cualquier intento de comercialización o aproximación a un circuito comercial, de tráfico, no debería traspasar la frontera, máxime en el marco de un delito de peligro como el que aquí se analiza, de los meros actos preparatorios impunes.

Entendemos, en consecuencia, que los acusados debieron ser absueltos, sin perjuicio de la activación de otros mecanismos sancionadores.

Antonio del Moral García Leopoldo Puente Segura

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.