

La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas

Luis Ramón Ruiz Rodríguez

Catedrático acreditado de Derecho Penal. Universidad de Cádiz

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón. La reforma penal de los delitos contra la salud pública como respuesta a las innovaciones científicas y tecnológicas. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2016, núm. 18-19, pp. 1-23. Disponible en internet:

<http://criminet.ugr.es/recpc/18/recpc18-19.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 18-19 (2016), 27 nov]

RESUMEN: La reforma del Código penal, efectuada mediante la Ley Orgánica 1/2015, ha afectado, entre otras muchas materias, a las relacionadas con la salud pública, abundando en los cambios realizados en el mismo texto en la reforma previa de 2010. Exceptuando los contenidos relativos a las drogas tóxicas y estupefacientes, cuyo punto de partida es la ilegalidad del mercado y de las sustancias a las que se refiere, la salud pública relacionada con los productos y procesos industriales de origen legal es un interés de protección penal de primer orden, sometido a continuos desarrollos técnicos y cambios normativos que exigen, a su vez la adaptación de la regulación penal. En el presente trabajo se analizan los delitos que castigan los ataques a la salud pública a la luz de las últimas reformas, con la mirada puesta en el papel del Derecho penal ante los avances científicos y la limitada capacidad de contención de riesgos que esta rama del ordenamiento jurídico es capaz de ofrecer en

sectores tan dinámicos y en continua evolución.

PALABRAS CLAVE: Delitos contra la salud pública, innovación científica, nuevas tecnologías.

ABSTRACT: Reform of the Criminal Code, effected by the Organic Law 1/2015, has affected, among many other subjects, the related to public health, abounding in changes to the same text in the previous reform of 2010. Excepting the contents concerning toxic and narcotic drugs, whose starting point is the illegality of the market and the substances to which it refers, the public health related with products and industrial processes of legal origin, is an interest of criminal protection of the first order, submit to continuous technical developments and regulatory changes that require, in turn, adaptation of criminal regulation. In this paper are analyzed the crimes that punish attacks on public health, in the light of the latest reforms, with an eye on the role of Criminal Law to scientific advances and the limited capacity of containment risks that this branch of legal system is able to offer in sectors as dynamic and evolving.

KEYWORDS: Crimes against the public health, science innovation, new technologies.

Fecha de publicación: 27 noviembre 2016

SUMARIO: I. Salud pública e innovación. II. La salud pública como objeto de protección y los cambios penales efectuados. III. Delitos relacionados con sustancias nocivas o productos químicos peligrosos. 1. Elaboración, despacho, suministro o comercio. 2. Despacho o suministro de sustancias o productos incumpliendo una autorización. IV. Delitos relacionados con los medicamentos. V. El delito de dopaje. VI. El delito alimentario. VII. A modo de conclusión. BIBLIOGRAFÍA

I. Salud pública e innovación

Desde la segunda mitad del Siglo XIX la asociación entre avance científico, desarrollo tecnológico y mejora de las condiciones de vida humana ha sido una constante de difícil contradicción, lo que ha procurado, entre otros efectos, un alargamiento considerable de la esperanza de vida y la calidad de desarrollo de la misma, cuyos límites aún están por definir y en continua evolución.

Pero, no es menos cierto que este progreso ha estado jalonado de no pocas experiencias traumáticas, como la de la Talidomida o la del aceite de colza adulterado¹, que han obligado a los responsables públicos, aún es pronto para afirmar que con éxito, a adoptar políticas de protección de la salud de las personas que reconozcan aquellos avances científicos como una necesidad y, a su vez, como un potencial riesgo para esa salud elevada a interés básico de convivencia y merecedora de la máxima protección. Como tampoco lo es que, cuando hablamos de grandes avances y mejoras de la salud, en realidad nos estamos refiriendo a unos estándares de calidad aplicables sólo a limitadas zonas geográficas del planeta y a determinados sectores dentro de esos límites geográficos de los que quedan excluidas, cada vez más, *bolsas de población* que no son referente para la salud estándar a la que se comprometen los Estados del Bienestar.

La realidad que representa que elementos esenciales para la salud humana, como son los alimentos y los medicamentos, además de otros condicionantes externos relacionados con la idea de salubridad, se sumen al núcleo central de la actividad económica de producción y de inversión financiera, especialmente en un contexto de globalización, no puede ser una variable irrelevante, ni secundaria, a la hora de abordar el tratamiento legal y político de las actividades relacionadas con estos sectores, por lo que avance tecnológico, economía y protección de la salud se convierten en un trinomio inseparable que, por su importancia, afecta de igual manera al orden jurídico penal, al que se ofrece un papel de creciente relevancia en esta materia.

¹ Martin Casals, M. y Solé i Feliu, J., “Defectos que dañan Daños causados por productos defectuosos”, en *Indret*, 1/00, http://www.indret.com/pdf/002_es.pdf, pp. 1-3.

² Solari Merlo, M., “El legislador penal ante la innovación tecnológica. Los daños informáticos en el dilema entre la reflexión filosófica y la práctica jurídico científica”, en *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 208.

³ Ferrandis Ciprián, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2ª edición, coord. Matallín Evangelio, Górriz

La reciente aprobación por la agencia del medicamento de los Estados Unidos, FDA, para producir el medicamento Spritam mediante su impresión en 3D en impresoras convencionales, sirve como ejemplo para establecer una clara relación entre avance tecnológico, desarrollo económico y riesgo para la salud de las personas. La indiscutible innovación que representa un sistema diferente de elaborar medicamentos, constituye un evidente ahorro para las corporaciones farmacéuticas, que derivan el coste de una parte de la producción final hacia el usuario, que, a su vez, asume el riesgo del control sobre esa fase final de fabricación del medicamento, y sobre la cual los responsables públicos pierden parte de la capacidad de control para garantizar la salud de las personas.

La protección de la salud bajo el condicionante del progreso técnico y científico, en principio, no admitiría mayores diferencias entre sustancias o procedimientos que aquellas que atendiesen a los efectos o peligros que representasen para el interés objeto de protección. No obstante, son muchos otros los condicionantes que surgen en el diseño de dicha protección, y no siempre están vinculados a la salud de forma directa, sino a otras valoraciones adicionales que tienen que ver con los autores, con la naturaleza de las sustancias o procedimientos, con el papel de los mismos en el sistema productivo o con valoraciones que se mueven más en el terreno de la Ética o de la Moral que en la del Derecho. Así ocurre, por ejemplo, en el Código penal español, o en la mayoría de legislaciones penales occidentales, que separan con nitidez la regulación de las conductas lesivas para la salud pública relacionadas con sustancias o procesos legales, de las que lo son igualmente para la salud, pero marcadas por una declaración general de ilegalidad sobre el conjunto del proceso productivo y de consumo.

Seguramente existen razones de peso para sostener ese trato diferenciado, motivaciones político criminales de primer nivel, pero es necesario reflexionar acerca de cuantas y cuáles de esas razones tienen que ver de manera directa con la protección de la salud pública y cuantas con otros fines, igualmente de interés de criminológico, pero que colocan a la salud de las personas en una posición de segundo orden respecto de otros planteamientos más cercanos, por ejemplo, a la lucha contra la criminalidad organizada y las derivaciones que la misma presenta.

Lo cual, no es exclusivo del discurso jurídico penal ante los retos de la innovación y el crecimiento económico en relación con la salud, discurso que “se ve profundamente transformado ante esta perspectiva; enfoque de la inseguridad como un problema de ingobernabilidad, sustracción del debate público de medidas represivas para aumentar la *eficiencia* del sistema con la consiguiente pérdida de legitimidad democrática, tecnicismo en la tipificación de nuevas conductas y un aumento sistemático de las penas forman parte del método adoptado para enfrentarse al *reto tecnológico*. Si al comienzo de este trabajo se señalaba la esclavitud de los artefactos a la que se ve sometido el hombre en la sociedad

tecnológica, la misma consecuencia obtenemos circunscribiendo el análisis al campo del Derecho”².

De este modo, la licitud del sector productivo que genera riesgos para la salud pública se convierte en elemento determinante para abordar la regulación sancionadora asociada a esos riesgos, entre otras razones, porque la regulación completa de un sector permite, al menos en los ordenamientos jurídicos más avanzados, un control administrativo, y, por ende, penal, de todas las fases de desarrollo y acceso de los usuarios a un determinado producto o procedimiento relacionados con la salud.

Sólo en atención a esta diferenciación entre sectores productivos regulados y sectores ilegalizados o criminalizados, se afronta la reforma penal introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el Código penal, en los artículos 359 a 367, para la mejor protección de la salud pública, ya que estos tipos penales son los que mejor representan la influencia de la innovación científica y tecnológica en los bienes jurídicos personalísimos del mayor interés, la salud de las personas y, en último extremo, la propia vida.

II. La salud pública como objeto de protección y los cambios penales efectuados

A pesar de la importancia de las modificaciones introducidas en la reciente reforma, resulta destacable que los cambios relevantes de los artículos 362 y siguientes no han merecido comentario alguno por parte del legislador en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 1/2015, más allá de expresar la necesidad de adaptación de la normativa penal a las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de abril de 2014, sobre falsificación de productos médicos y otros delitos similares que suponen una amenaza para la salud pública, conocido como Convenio Medicrime³, y han pasado igualmente desapercibidos en los trabajos parlamentarios de las respectivas comisiones de trabajo, por lo que sólo cabe intuir las razones por las que se ha abordado un cambio de este tipo.

Este desinterés a nivel de justificación político criminal de la reforma, contrasta con el hecho de afectar a uno de los bienes jurídicos con mayor capacidad de sensibilizar a la opinión pública (recuérdense las crisis del ébola, de las vacas locas o de la gripe A) y de movilizar recursos públicos para afrontar dichas situaciones de emergencia. Probablemente, la excepcionalidad de los casos concretados de afectación a la salud colectiva en los países occidentales, una cierta convicción

² Solari Merlo, M., “El legislador penal ante la innovación tecnológica. Los daños informáticos en el dilema entre la reflexión filosófica y la práctica jurídico científica”, en *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, p. 208.

³ Ferrandis Ciprián, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2ª edición, coord. Matallín Evangelio, Górriz Royo y González Cussac, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 361.

social de que la salud colectiva sólo se lesiona si personas concretas resultan perjudicadas y puede ponerse cara a sujetos afectados por el peligro común y, por último, el alto nivel de control sanitario en nuestro entorno geográfico frente a los riesgos para la salud social⁴, sitúan esta materia lejos del debate político y jurídico más inmediato.

A ello, es preciso añadir dos factores adicionales en relación con el uso de medicamentos y en el trato con los alimentos que alejan estos sectores del debate más inmediato: con frecuencia, los efectos nocivos de unos y otros se difieren en el tiempo y se combinan con otros factores o circunstancias que dificultan notablemente imputar posibles daños a productos alimenticios o sanitarios que recibieron la aprobación inicial de todas las administraciones competentes en el sector; en segundo lugar, los objetos lesivos forman parte, casi siempre, de la actividad productiva ordinaria y lícita, y se enmarcan entre los sectores económicos de mayor importancia y más globalizados, por lo que las reacciones defensivas frente a discusiones públicas sobre los riesgos de alimentos o medicamentos son extraordinariamente potentes y capaces de atenuar, cuando no anular, cualquier debate público negativo que pueda dañar los procesos económicos en los que se encuentran integrados.

Si a esos elementos de riesgo que conviven con la vertiente lícita de la producción y el comercio legal de alimentos y medicamentos, se añade el componente ilícito o fraudulento que se desarrolla alrededor de estos mercados, como señalan JORDA y GIMENEZ-SALINAS, argumentado que “la flexibilidad, la transnacionalidad y la rapidez en las actuaciones ilegales, especialmente facilitadas por el uso de internet y de estructuras legales, son componentes relevantes para la versatilidad del crimen organizado actual en general, y de las organizaciones ilegales dedicadas al tráfico de medicamentos en particular”⁵, la importancia de valorar la respuesta jurídico penal en esta materia es de primer orden.

A pesar de todo ello, la necesidad de actualizar la regulación penal y extrapenal es una realidad condicionada por la rapidez con la que se están incorporando innovaciones científicas y tecnológicas de gran calado en estos sectores. Los rápidos progresos de la biomedicina, la biotecnología, así como de las ciencias y tecnologías agroalimentarias, exigen mantener una razonable alerta normativa y de control que sea fruto de la experiencia obtenida de las graves consecuencias de algunas inacciones del pasado y de acompañar el paso de Ciencia y Derecho lo más rítmicamente posible para que sigan la dirección común que las exigencias de protección de la salud pública debe marcar a todos los operadores del sistema.

Sólo mediante una adecuada ubicación de la salud pública como interés de pro-

⁴ Muñoz Conde, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 470.

⁵ Jordá, C. y Giménez-Salinas, A., “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-10, 2015, p. 21.

tección jurídica de primer nivel, como factor de sostenimiento esencial del propio sistema económico y de la paz social, podrá abordarse una correcta regulación penal y administrativa de este bien jurídico cuya separación de la salud individual de cada persona debe ser jurídica y científicamente consolidada.

La salud pública colectiva como objeto de protección por el Derecho penal, diferenciada de la propia e individual de cada sujeto, surge a partir del desarrollo de la conciencia social de la necesidad de disfrutar de unas condiciones mínimas de salubridad e higiene que permitan, por un lado, garantizar ciertos mínimos para la salud de cada persona y, por otro, incrementar el grado de bienestar del colectivo humano. Por ello, la salud pública alcanza un nivel autónomo de protección penal al ser funcional para la salud individual de cada uno de los miembros de la comunidad⁶.

Reconocida la relevancia de este concepto en la Constitución, la salud pública tiene un tratamiento transversal en todo el ordenamiento jurídico que, en el caso del Derecho penal, queda reducido a los casos más graves de atentado contra la misma bajo el principio de la mínima intervención y de subsidiariedad frente a otras ramas del ordenamiento. Esta reserva, no obstante y debido a la naturaleza del bien jurídico protegido, no impide la utilización generalizada de tipos de peligro cuya sanción se adelanta a la producción de resultados que, en esta materia, podrían llegar a ser catastróficos de esperar a su materialización.

Igualmente, por ese carácter subsidiario, en algunas materias, la dependencia de la reglamentación administrativa obliga a crear numerosos tipos penales en blanco, menos frecuentes en los delitos de tráfico de drogas y más abundantes en los relacionados con el uso de medicamentos o con los fraudes alimentarios.

III. Delitos relacionados con sustancias nocivas o productos químicos peligrosos

Algunas de las principales catástrofes medioambientales o para la salud pública producidas desde los años cincuenta del siglo XX están asociadas al manejo de sustancias nocivas o productos químicos que, potencialmente, constituyen un serio riesgo para la salud de las personas. Pesticidas, residuos industriales, sustancias explosivas, etc., han sido y son la causa de daños de gran magnitud para la salud y son un potencial riesgo que precisan un control exhaustivo del poder público de su manejo y tráfico comercial.

Para el legislador penal, la puesta en relación entre los avances científico-técnicos y los riesgos para bienes jurídicos merecedores de protección penal es compleja, y se parte del sometimiento natural de las actividades peligrosas a un estricto control administrativo, de modo que, mediante la elusión de dichos contro-

⁶ Mendoza Calderón, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 146.

les, se llegue a imponer una posible valoración penal de las conductas vinculadas a tales riesgos.

En el juicio político criminal tendente a seleccionar las conductas merecedoras de sanción penal, se impone, entre otras exigencias, la necesidad de identificar los bienes jurídicos objeto de protección y la elección de la técnica de tipificación más adecuada para abordar tal protección. En ese sentido, si la salud pública es el bien merecedor de protección, y la referencia de estos tipos penales, la selección de conductas punibles asociadas a las sustancias nocivas y los productos químicos ha de responder a esta necesidad, tanto como la ausencia de otras posibles conductas relacionadas con esos objetos peligrosos.

Por eso, resulta llamativa la selección de conductas típicas recogidas en los artículos 359 y 360 del Código penal, ya las mismas se centran en aquellos aspectos relacionados con la movilidad de los objetos (con la excepción de la elaboración del artículo 359) y no con la utilización de los mismos. Es cierto que el despacho, suministro, comercio o elaboración de tales sustancias pueden representar un peligro para la salud pública, tanto si se hace sin autorización, como si se hace sin cumplir las formalidades legales existentes para realizar tales actividades; pero, no lo es menos, que la utilización de los productos químicos o de las sustancias nocivas en procesos industriales, agrícolas o de servicios representan un riesgo más próximo para la salud pública que el simple intercambio o comercio con ellos sin las autorizaciones preceptivas o incumpliendo las formalidades legales existentes. Si se plantea cual es la situación penal de quien, con las autorizaciones legales pertinentes, realiza un uso inadecuado de productos químicos que ponen en riesgo la salud, no resulta sencillo ofrecer una respuesta clara para responder al interrogante. Salvo que el uso inadecuado se materialice en daños personales, los cuales permitirían la aplicación de los delitos de homicidio o de lesiones, o en daños medioambientales, los riesgos para la salud pública de estas conductas podrían quedar en el terreno de la impunidad a pesar de constituir un riesgo más cercano para la salud pública que el comercio ilícito de los mismos productos o sustancias peligrosas.

La preocupación por garantizar los poderes de policía y el control sobre las actividades sometidas a regulación administrativa, poniendo el acento penal sobre las conductas que, además, sean incumplidoras de las normas reguladoras de actividades de riesgo, tiende a obviar otras posibles fuentes de peligro para la salud pública que no representen *per se* una violación previa de normas administrativas de control o supervisión, por lo que el análisis de los delitos contra la salud pública, cometidos con sustancias nocivas o productos químicos, deben tener en cuenta estas posibles lagunas para completarlas mediante una interpretación no analógica incumplidora del principio de legalidad, o mediante el señalamiento crítico de las carencias que puedan detectarse para una futura solución.

1. *Elaboración, despacho, suministro o comercio sin autorización*

El artículo 359 CP abre el Capítulo de los delitos contra la salud pública con un precepto que, como buena parte de los incluidos en el mismo, tiene una fuerte dependencia de la normativa extrapenal que, en este caso, es doble. Por un lado, existe una importante dispersión legal de naturaleza administrativa respecto de cuáles sean las sustancias nocivas para la salud o los productos químicos capaces de causar estragos y, en segundo lugar, se trata de conductas autorizables, por lo que la tipicidad de la conducta dependerá básicamente de los procedimientos de autorización y mantenimiento de la misma.

La salud pública, en éste y en los demás delitos del Capítulo tercero, es el bien jurídico protegido, entendido como indisponible, aunque el referente a la salud individual de las personas sea indispensable para dar contenido a la concepción colectiva de la salud. No se trata de proteger la acumulación de intereses individuales relativos a la salud, sino de dotar de autonomía a las condiciones que garantizan la salud del conjunto de ciudadanos.

La conducta recogida en este artículo sólo es típica si el sujeto no se encuentra autorizado para realizar las acciones descritas. Se trata de conductas en las que el peligro penalmente relevante no deriva de la naturaleza de cada acción en sí misma considerada, que es, *a priori*, objetivamente inocua, ni del modo en que se ejecutan las mismas, sino del riesgo que supone hacerlo sin que previamente una autoridad administrativa haya supervisado las condiciones y capacidades en las que los productos capaces de causar estragos van a ser utilizados.

Las conductas realizadas con autorizaciones nulas o anulables no son típicas si el sujeto desconoce tal carácter o realiza las conductas durante la vigencia de la misma. El legislador ha optado por configurar delitos de peligro abstracto en los que la sola falta de autorización supone la creación del riesgo lesivo para el bien jurídico, de modo que si la autorización se obtiene durante la tramitación del proceso penal la conducta seguirá siendo típica, por discutible que ello sea desde el punto de vista político criminal⁷.

Todas las conductas son las propias de las actividades que, con autorización, pueden realizarse con los productos o sustancias peligrosas, esto es, elaborar, despachar, suministrar y comerciar con ellas. Es importante señalar que no se penaliza la utilización del producto nocivo o químico, sino las conductas de distribución de los mismos, además de su confección, incluso esta última sin relación con las acciones anteriores.

La determinación de lo que sean productos químicos o sustancias nocivas para la salud dependerá en parte de la normativa administrativa⁸, ya que la necesidad de autorización constituye una valoración objetiva *ex ante* de la peligrosidad del

⁷ Vázquez Iruzubieta, C., *Código penal comentado*, ed. Atelier, Barcelona, 2015, p. 594

⁸ Vázquez Iruzubieta, C., op. cit., p. 593

producto pero, sobre todo, dependerá de una valoración material que establezca la capacidad material del producto o sustancia para causar estragos, esto es, afectar al bien jurídico protegido (STS, Sala de lo Penal, Sec. 2ª, sentencia de 11 de octubre de 2004).

La consumación del delito se produce con la realización de la conducta sin autorización, sin que sea necesario probar que en ese caso concreto hubo un peligro concreto para los intereses protegidos.

Este tipo tiene una configuración dolosa, pero hay que estar a lo dispuesto en el artículo 367 respecto de la comisión imprudente de los tipos del Capítulo, por ejemplo, en los supuestos de error sobre la existencia de autorización.

Finalmente, la principal relación de concurso, que será de leyes, se producirá con el delito de estragos del artículo 348. Cuando coincidan ambas conductas será aplicable este último por tratarse de una conducta de peligro concreto que absorbe el peligro abstracto.

2. Despacho o suministro de sustancias o productos incumpliendo una autorización

El legislador ha introducido en este precepto un tipo privilegiado respecto del artículo anterior en el que castiga la utilización irregular de una autorización obtenida de forma legal, sobre el mismo objeto material del artículo 359. Se trata de una norma penal en blanco que remite de forma directa a las leyes y reglamentos sectoriales que regulan la materia.

Es igualmente un tipo de peligro abstracto que parte de que el comercio irregular de los productos y sustancias por quien está autorizado ya afecta de forma relevante al bien jurídico protegido.

La reducción importante de la penalidad, que elimina la sanción privativa de libertad, se justifica por la menor gravedad de la infracción de las normas administrativas de referencia, relativas solo a los aspectos formales en el despacho, suministro o comercio de las sustancias.

En realidad, los riesgos para el bien jurídico protegido pueden ser materialmente los mismos, lo que pone el acento en la calidad de delito de desobediencia a las normas administrativas.

Para diferenciar ambas infracciones es preciso recurrir a la idoneidad de la conducta peligrosa, de la infracción de las formalidades legales y reglamentarias, para afectar al bien jurídico.

IV. Delitos relacionados con los medicamentos

Si se parte de la consideración de los medicamentos como productos elaborados para mejorar la salud o alcanzar la curación de una enfermedad, los delitos relacionados con los mismos solo podrán consistir en conductas que hagan un uso inadecuado.

cuado o ilegal de los mismos o que los creen fuera de los márgenes que ofrecen seguridad al producto a través de complejos procesos industriales y fuertes controles administrativos.

La conducta del artículo 361 CP se constituye como delito de peligro concreto para la vida y la salud de las personas, sin que sea necesario que los medicamentos alterados lleguen a estar en poder del consumidor para su inmediato consumo.

Está configurado como un delito común, por mucho que se trate de una conducta realizada normalmente a través de farmacias, de laboratorios farmacéuticos o de empresas de comercialización de esta clase de productos, por lo que cualquiera que realice la acción típica será sujeto activo del delito.

La reforma de este precepto en 2015 ha introducido importantes cambios, tanto en la conducta típica como en el objeto del delito. Si bien el medicamento sigue siendo el objeto material central del delito, precisando para comprender su definición efectuar una remisión a la legislación del sector, básicamente a la Ley del Medicamento (art. 8), ahora el legislador ha realizado una considerable ampliación⁹, sumando a los medicamentos de uso humano, aquellos que tengan un uso veterinario, los medicamentos en fase de investigación y los productos sanitarios, esto es, los que se correspondan con los regulados por las directivas europeas 90/385/CEE de productos sanitarios implantables activos, 98/79/CE de producto sanitario para diagnóstico in vitro y 93/42/CEE para productos sanitarios generales.

La ampliación es de tal magnitud al incluir estos productos sanitarios¹⁰, que surge la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de tales productos a aquellos que tengan la capacidad de afectar a la salud pública en términos similares a los que lo haría un medicamento, por lo que la capacidad de representar un riesgo colectivo para la salud debe estar presente tanto en cuanto a potenciales resultados lesivos como a capacidad de extensión colectiva del riesgo. De lo contrario, unas simples cánulas o guantes de examen no podrían ser el objeto de referencia del tipo penal equiparables a los medicamentos. De cara a mantener la necesaria lesividad

⁹ Ferrandis Ciprián, (op. cit, p. 363) relaciona el amplio catálogo de sustancias que pueden ser considerados medicamentos: “tendrán la consideración de medicamentos a efectos penales **los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial, las fórmulas magistrales, los preparados oficiales y los medicamentos especiales** (art. 7.1 Ley 29/2006), entre los que se incluyen las vacunas y demás medicamentos biológicos (art. 45 Ley 29/2006), los medicamentos de origen humano como derivados de la sangre, del plasma y de los demás fluidos, glándulas y tejidos humanos (art. 46 Ley 29/2006), los de terapia avanzada (art. 47 Ley 29/2006), los radiofármacos (art. 48 Ley 29/2006), los medicamentos con sustancias psicotrópicas con potencial adictivo (art. 49 Ley 29/2006), los homeopáticos (art. 50 Ley 29/2006), los de plantas medicinales (art. 51 Ley 29/2006) y los gases medicinales (art. 52 Ley 29/2006). Asimismo, resultarían incluidas **las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales** (art. 7.2 Ley 29/2006) y los medicamentos en investigación (art. 8. k Ley 29/2006)”.

¹⁰ *Ibidem*, p. 363, “aun así, la cantidad de útiles o sustancias susceptibles de ser catalogados como producto sanitario resulta inabarcable, piénsese en productos que van desde bolsas de orina y de sangre, medias elásticas, bastones y andadores, gasas y vendas, enemas, guantes de examen, preservativos con espermicida, líquidos para lentes de contacto, cánulas, drenajes o suturas quirúrgicas hasta válvulas cardíacas, prótesis dentales y de cadera o mama”.

material de las conductas, no basta con la existencia de deficiencias en estos productos sanitarios, sino que las mismas deben ser un elemento central de la creación del riesgo para la salud colectiva. Dado el estado de evolución de la ciencia médica y de la Biología, así como la utilización de productos de alto riesgo en procesos industriales relacionados con la alimentación o con la defensa, los riesgos objetivos, además de los que se originan mediante virus o bacterias desarrolladas mediante procesos naturales, resulta evidente que muchos de los productos sanitarios que desde ahora se consideran elementos objetivos del tipo penal podrán generar un riesgo en aquellas actividades de alto riesgo si no cumplen su función con la seguridad suficiente que les permite ser comercializados, pero, no debe ser menos visible el hecho de que no puede derivarse a estos elementos, en muchos casos simplemente accesorios, el núcleo del peligro para la salud que, en realidad, se encuentra en las creaciones industriales y en los experimentos científicos, o en los simples procesos de ejecución sanitarios, que no pueden ser obviados dirigiendo la mirada a productos sanitarios que actúan como simples complementos en otras actividades de riesgo para la salud. Si el medicamento, para el Tribunal Supremo (STS de 4 de octubre de 1999), debe tener aptitud para causar un perjuicio a la salud de las personas¹¹, sólo los productos sanitarios que puedan causar directamente o de forma principal ese mismo daño a las personas constituirán elementos materiales del delito.

Si bien la norma reguladora de los medicamentos estaba dirigida antes de la reforma a los que fuesen de uso humano o animal, en atención al bien jurídico protegido, solo el medicamento prescrito para humanos era considerado como objeto material del delito. Tras la reforma, cambia esta concepción, pero introduce una duda aún mayor al ser necesario precisar si el medicamento de uso veterinario cumplimenta el tipo penal sólo cuando vaya dirigido a animales que puedan incidir sobre la salud de las personas, o si incluye cualquier tipo de medicamento para cualquier uso animal o para cualquier tipo de animal no directamente relacionado con los humanos. Esta interpretación amplia no parece adecuada a la ubicación sistemática del tipo y al bien jurídico salud pública, por lo que será preciso interpretar en cada supuesto de medicamento de uso animal que el mismo representa un peligro para la salud pública humana, no para la animal o para la ambiental, que encontraría una ubicación más adecuada en el delito ecológico o contra la flora y fauna.

Aunque el criterio de la venta en farmacia, o en centro autorizado para la venta de medicamentos veterinarios, con prohibición de venta en otros establecimientos pueda ser un criterio guía, habrá productos que por su complejidad de elaboración o dispensación no se vendan en farmacias sino que solo se suministren en centros

¹¹ Monzón Pérez, H., “De los delitos contra la salud pública”, en *Código penal con jurisprudencia*, dir. Morales García, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizúr Menor, 2013, p. 825.

sanitarios o clínicas veterinarias. También serán medicamentos si son reconducibles al artículo octavo mencionado, por ejemplo, el supuesto de la sangre o sus derivados.

La nueva reforma penal amplía notablemente las conductas prohibidas, lo que “revela una voluntad político-criminal de carácter incriminador destinada a abarcar todas las fases de la cadena de suministro farmacéutica”¹². Mantiene los antiguos comportamientos consistentes en expender o despachar el medicamento:

- a) Cuando éste tenga algún defecto, porque se encuentre deteriorado o caducado, o porque no cumpla las exigencias técnicas legales por las que obtuvo la autorización administrativa para su comercialización.
- b) Cuando se sustituya un medicamento que cumple las condiciones legales, por otro, también legal, pero sin la autorización que concede el artículo 90.1 de la Ley del Medicamento

Si bien la primera conducta es la habitual que se realice en farmacias, la segunda puede ser igual de frecuente en otras circunstancias, por ejemplo, en residencias de ancianos o centros donde convivan colectivos vulnerables o sometidos a sujeción: centros de menores o cárceles.

La nueva regulación abandona la concepción tradicional del delito centrado en la idea del medicamento objetivamente peligroso, por su estado o por el proceso de fabricación, para poner el acento en la regulación administrativa de los productos y en los aspectos industriales y económicos relacionados con ellos. Así, se castiga la fabricación, importación, exportación, suministro, intermediación, comercialización, oferta, colocación en el mercado o almacenamiento de los medicamentos, constituyendo la falta de supervisión administrativa del producto el factor determinante de la existencia del riesgo para la salud pública.

Para que sea típica la conducta ha de ponerse en peligro la vida o salud de las personas. La determinación del peligro no puede realizarse de forma automática, por ejemplo, vendiendo un medicamento con un día de caducidad. Se tendrá que determinar la peligrosidad de la conducta en vía judicial.

Con una terminología muy confusa contraria al principio de taxatividad, se rediseñan todas las formas agravadas en el artículo 362 CP, con un incremento de pena de hasta cuatro años de prisión máximo para una serie de conductas que son difíciles de diferenciar del propio tipo básico. Éste castiga la fabricación de medicamentos o productos sanitarios, mientras que el número primero de la agravante castiga la elaboración o producción de los mismos productos, distinción insostenible desde el punto de vista gramatical con una obligada consulta al diccionario de la Real Academia de Lengua Española, que considera fabricar, elaborar o producir como términos equivalentes. Sólo diferenciando la fabricación como la simple elaboración en serie del producto, de la elaboración como el proceso de investigación

¹² Ferrandis Ciprián, D., op. cit., p. 364.

dirigido a crear un medicamento, se podría establecer alguna diferencia, distinción que, desde el punto de vista material de ataque al bien jurídico no es sostenible. Es preciso reivindicar la regulación derogada como más clara y precisa, aunque se hubieran podido incluir mejoras en cuanto a las sustancias o componentes sometidos a control penal que ahora se incluyen como novedades en el tipo, particularmente los excipientes, elementos o accesorios que sean esenciales para la integridad de los medicamentos o los productos sanitarios.

Aún menos justificable es la inclusión en la agravante de objetos que no aparecen en el tipo básico y que son parte de los propios medicamentos. Se incluyen además de estos, las sustancias activas o excipientes de dicho medicamento. Una interpretación absurda llevaría a afirmar que fabricar ilegalmente el excipiente de un medicamento es una conducta impune en el artículo 361, pero elaborarlo, de acuerdo con el artículo 362, es una conducta punible de forma agravada. Sólo con una interpretación amplia del concepto de medicamento que incluya sus sustancias activas o excipientes en el tipo básico, con el riesgo de extensión del tipo contraria al principio de legalidad, se puede salvar la aplicación de ambos preceptos.

Los artículos 362 bis, 362 ter y 362 quater, abundan en la línea de regulación profusa con una ampliación de las antiguas agravantes del artículo 362, tanto en lo relativo a la imitación o falsificación de medicamentos, como en cuanto a la cualidad especial de los sujetos activos vinculados a la Administración, al sector sanitario, educativo o deportivo.

Sin embargo, acertadamente introduce un tipo atenuado respecto del tipo básico (art. 362 ter) para los supuestos de falsificación de la información o envase de los productos de referencia para el delito, dado que la capacidad de afectación de la conducta al interés protegido es más lejana al representar un menor peligro para la salud.

Todas las conductas exigen la puesta en peligro para la vida o salud de las personas, aunque algunos comportamientos tengan un sentido más próximo al fraude que al riesgo de la salud. Por ello, si el fraude existe y el riesgo para la salud no, los tipos aplicables serán los patrimoniales o socioeconómicos (arts. 248 o 282 CP).

Por ejemplo, la alteración del medicamento o producto debe privarle del efecto terapéutico asociado, siempre que sea peligroso, porque si lo convierte en un placebo se tratará solo de un fraude patrimonial, a menos que la falta de medicación ya suponga un peligro para la vida o salud (STS, Sala de lo Penal, Sec. 2ª, sentencia de 11 de octubre de 2004).

Por eso, la imitación de medicamentos del artículo 362 bis es punible cuando se realice con intención de expenderlos o utilizarlos de cualquier modo, lo que no deja mucho margen para otros fines diferentes, tal vez el autoconsumo.

V. El delito de dopaje

La aparición del dopaje como fenómeno de tipificación independiente entre los delitos contra la salud pública es el resultado de una transformación social de primer orden respecto del significado del deporte en las sociedades del bienestar, en las cuales el ocio ocupa un papel central de la misma. La utilización de ese tiempo de ocio para la práctica del deporte individual o colectivo ha experimentado un crecimiento exponencial, pasando el colectivo ciudadano de una posición mayoritariamente espectadora a una posición ampliamente participante bajo la calificación de práctica amateur.

En ese giro copernicano de la relación entre sociedad y deporte, una de las consecuencias más visibles desde la perspectiva de la salud, ha sido la incorporación progresiva de los avances técnicos que han facilitado la mejora de los resultados deportivos a nivel profesional, a la práctica del deporte aficionado, mejoras que han tenido lugar en todos los aspectos relacionados con el deporte: desde los instrumentos materiales para su práctica, hasta los productos alimenticios especialmente desarrollados para la práctica del deporte, pasando por las metodologías de entrenamiento y trabajo dirigidos a incrementar la eficiencia en los resultado por parte de los deportistas.

Esta última idea de eficiencia en los resultados, tanto a nivel profesional como amateur, se ha convertido en la guía central de la actividad deportiva, convirtiendo a ésta en un sector pujante de la economía de los países económicamente más desarrollados, en el cual, lógicamente, las conductas ilícitas emergen al calor del creciente beneficio económico que se produce en este sector de la economía.

Si bien algunas de las conductas ilícitas que se producen alrededor del deporte tienen una mera naturaleza defraudatoria (apuestas ilícitas, compra venta de partidos, etc.), o están relacionadas en algunos deportes con la práctica de la violencia, lo cierto es que lo fundamental en la actividad deportiva es la actividad física de sus participantes, y las conductas ilícitas dirigidas a mejorar esos resultados obtenidos por los deportistas entroncan de forma directa con la salud de los mismos al someterse a procedimientos y al consumo de sustancias de mejora del rendimiento que, al margen de su eficacia, son capaces de alterar los resultados deportivos de las competiciones tanto como poner en riesgo la salud de sus participantes. La idea de nocividad está presente en la regulación del dopaje y en la decisión político criminal de incluirlo en algunas de sus formas entre las conductas penalmente castigadas como atentado con la salud pública¹³, por lo cual, su presencia entre los delitos que regulan y castigan los usos irregulares de medicamentos, alimentos o sustancias nocivas, sobre todo, busca visibilizar desde un punto de vista político criminal un fenómeno que responde a pautas fenomenológicas distintas a las de los demás

¹³ Cortés Bechiarelli, E., *El delito de dopaje*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

delitos del Capítulo, pero que son reconducibles a ellos porque se pone el acento, por una parte, en aspectos ajenos a la salud –la modificación de los resultados de las competiciones-, y, por otra, porque se reduce el colectivo de sujetos pasivos a los que practiquen deportes, aunque ello no merme la identificación de la salud pública como bien jurídico protegido¹⁴. A diferencia del resto de infracciones del Capítulo, se trata de conductas que están influidas más por la finalidad de la conducta, aunque vinculada a consecuencias, que al propio producto o método que se dispensa.

La reforma de 2015 ha modificado la ubicación del delito de dopaje, desde el anterior artículo 361 bis, al nuevo 362 quinquies, manteniendo íntegramente su contenido, introducido por la LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte. La LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, no modificó previamente los contenidos penales, incorporando como única novedad en esta materia la posibilidad establecida en el artículo 33.3 de que “en caso de que el proceso penal finalice con una condena firme por la comisión de un delito previsto en el artículo 361 bis del Código Penal, la misma llevará aparejada automáticamente, como medida asociada, la suspensión de la licencia federativa por el mismo plazo establecido en la Ley”, generando posibles situaciones de *bis in idem* prohibidas¹⁵.

La incorporación de las conductas delictivas de dopaje a este capítulo del Código Penal clarifica la finalidad político criminal del precepto que, ante la posible duda sobre si se quiere proteger el deporte o la salud de quienes lo practican, opta claramente por lo segundo, ya que no se establece diferencia alguna entre niveles deportivos, clase de deporte, profesionalidad o amateurismo, sino que es la dedicación a una actividad deportiva el elemento que centra la aplicabilidad del precepto.

La experiencia adquirida a lo largo de las últimas décadas sobre el pernicioso efecto de sustancias consumidas sin control sanitario por deportistas de élite y deportistas amateurs, materializadas en resultados lesivos consistentes en la generación o agravamiento de enfermedades, lesiones, o incluso de muertes, han llevado a penalizar unos comportamientos que coinciden con la mayor parte de los delitos del capítulo en dar respuesta a un espacio de riesgo para la salud por el incumplimiento de las normas sanitarias de control de medicamentos, alimentos, sustancias químicas, drogas, etc. Resulta de especial interés en este aspecto el contenido de la sentencia dictada en el conocido supuesto de la “Operación Puerto”, que opta por aplicar el artículo 361 CP, en vez del artículo 361 bis, entendiendo que la protección que dispensa a la salud pública el precepto general es adecuado para el castigo

¹⁴ Galán Hidalgo, E., “Reflexiones político-criminales sobre el delito de dopaje”, en *Revista online de estudiantes de Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 8-9.

¹⁵ Palomar Olmeda, A. y Rodríguez García, J., “La legislación contra el dopaje en España y Francia”, en *Materiales para la Historia del Deporte*, núm. 11, 2013, p. 135.

de este tipo de conductas (Juzgado de lo Penal núm. 21 de Madrid, Sentencia de 29 de abril de 2013).

El inicio del precepto resulta clarificador cuando condiciona la sanción de la conducta a la ausencia de justificación terapéutica, indicación que convierte a la conducta en atípica. Lo justificado del tratamiento resulta incompatible con la relevancia del peligro para la salud o la vida del deportista, salvo que haya una desproporción excesiva entre el problema de salud que se pretende atajar y la clase de tratamiento suministrado. En todo caso, la justificación terapéutica no impide que en vía administrativa deportiva se pueda sancionar tanto al deportista como al suministrador por una situación de dopaje objetiva, pero lo que no habrá es delito.

Se trata de un delito común que no requiere ninguna capacitación profesional al autor, formación que solo será tenida en cuenta para la agravación del apartado segundo. En cambio, el sujeto pasivo es identificado por el legislador con el término deportista, concepto que se emplea de forma amplia y que incluye tanto al federado como al no federado que realiza alguna actividad deportiva por recreo. Al no concretarse más la clase de actividad de referencia, la dedicación mayor o menor del sujeto a esa práctica, el grado de reconocimiento administrativo del deporte en cuestión, el precepto resulta de una amplitud excesiva. Es cierto que el bien jurídico protegido es la salud pública y que todos los sujetos pasivos que realicen actividad física deben estar protegidos frente a la distribución de sustancias no controladas perjudiciales para la salud pública, pero no lo es menos que la prohibición está acotada al mundo del deporte y que no toda actividad física por el hecho de serlo puede ser considerada automáticamente deportiva. De este modo, la interpretación deberá estar condicionada por lo que la legislación administrativa sobre esta materia reconozca como deporte.

La conducta típica se describe con un listado de verbos sinónimos entre sí que buscan no dejar fuera supuesto alguno, si bien no finaliza con una cláusula de cierre expansiva a cualquier clase de comportamiento. Lo que sí describe el precepto es el resultado típico mediante la tipificación de un peligro concreto para la salud o la vida del deportista.

Instrumento de comisión del delito son las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos o los métodos no reglamentarios, lo que hace depender la aplicación del precepto de la regulación administrativa existente para el deporte a partir de las listas elaboradas a nivel nacional o internacional contra el dopaje. En este punto se pueden plantear problemas de legalidad al hacer el legislador penal una referencia genérica a prohibiciones que provienen de federaciones deportivas o de organismos internacionales del deporte cuya legitimidad para generar normas que fundamenten un delito puede ser muy discutible. Por lo tanto, realizar la conducta con sustancias no prohibidas, por perjudiciales que sean para la salud, no es punible, aunque

podría aplicarse el artículo 359 o, en su caso, los delitos de lesiones si se produce un daño individual a la salud.

Finalmente, el tipo incorpora un elemento subjetivo específico consistente en que el dopaje se realice para aumentar las capacidades físicas del deportista o para modificar los resultados de las competiciones, lo que impide la aplicación del artículo 367, que castiga la comisión imprudente de todos los delitos anteriores del capítulo. Cualquier otra finalidad distinta convierte la conducta en impune y se equipara al auto dopaje que solo es sancionable en el ámbito deportivo.

La conducta se agrava si el sujeto pasivo es menor de edad, si se ha utilizado engaño o intimidación o si, por último, el responsable se prevale de una relación de superioridad laboral o profesional. Estas agravaciones están pensadas y serán aplicables casi siempre a entrenadores, médicos y directores de equipos, excepto cuando la iniciativa del dopaje proceda del propio deportista.

VI. El delito alimentario

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 (véase la reciente quiebra en un solo mes de la empresa de agua envasada que comercializaba la marca Font d'Arinsal), 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 fisiológicas¹⁶, 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 producto¹⁷, tanto de manera activa como omisiva¹⁸, 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 alimentario¹⁹. La resolución del Parlamento Euro-

¹⁶ Rueda Martín aborda la temática bajo la denominación de productos de consumo masivo ("El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo", en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, p. 398).

¹⁷ Para Vogel, sólo los resultados lesivos, aun provenientes de estos riesgos, pertenecen a este concepto: "la responsabilidad por el producto no se fundamenta precisamente en modernos delitos de peligro abstracto que tutelan bienes jurídicos supraindividuales indeterminados -como por ejemplo la "salud pública" o la "seguridad en el producto-, sino en delitos de resultado lesivo, que pertenecen al derecho penal clásico y que se orientan a la protección de bienes jurídicos individuales determinados con precisión. Que en el marco de la imputación objetiva deba partirse de la situación de peligro ex ante y del ámbito de responsabilidad resulta obligado para una teoría personal del injusto y, en general, para un derecho penal acorde con el principio de culpabilidad. Ciertamente en la responsabilidad penal por el producto se persigue también la prevención y la seguridad, pero ni más ni menos que en el resto del derecho penal y sobre todo no ex ante, sino ex post tras la lesión del bien jurídico" ("La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro", en *Revista penal*, núm. 8, 2001, p. 103).

¹⁸ Juanatey Dorado, C., "Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LVII, 2004, pp. 53 y ss.

¹⁹ Sobre la heterogeneidad de definiciones de fraude alimentario, vid. González Vaqué, L., "La prevención y represión de los fraudes alimentarios en la Unión Europea", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015, pp. 126 y ss.

peo 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 continua de procesos industriales sobre los alimentos aleja, cada vez más, los productos finales consumidos de los productos naturales originales²⁰, 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 generar las 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 cinco 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 reglamen-

²⁰ Rueda Martín, M.A., *op. cit.*, p. 403.

tos 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 “defraudar 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 peligro²¹.

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.

Con idéntica penalidad, en el artículo 364 se recogen otros comportamientos nocivos para la salud en el tratamiento de alimentos que tienen en común la idea de

²¹ Este problema se acentúa dependiendo de cuál sea la identificación del bien jurídico protegido. Si, como propone Rueda Martín (*op. cit.*, pp. 418 y ss.), en estos delitos, el bien jurídico protegido es la calidad del consumo, la posibilidad de delimitar los ámbitos en los que resulta aplicable el Derecho penal se difumina aún más que situando a la salud pública en el centro de la protección, ya que graduar los diferentes niveles de afectación a la calidad del consumo en cuanto a la intensidad del ataque puede hacerse depender de factores instrumentales ajenos por completo a la protección de la salud y más centrados en cuestiones de producción o de mercado.

adulteración. Se trata, en estos casos, de actos relacionados con alimentos que no son perjudiciales para la salud por sí mismos, como ocurría en el caso anterior, sino que son objeto de añadido de elementos que los convierten en peligrosos.

Aunque, en la práctica, lo habitual será que la autoría de esta infracción se corresponda con los mismos sujetos que en el precepto anterior, lo cierto es que el legislador no ha querido en este supuesto limitar el número de sujetos activos, creando un delito común que se agrava cuando el sujeto sea el propietario o el responsable de la producción. La mayor facilidad para ejecutar las conductas de adulteración y el mayor número de sujetos que en la cadena alimentaria pueden intervenir agregando sustancias peligrosas a productos sanos justifica esta ampliación.

De nuevo se trata de tipos de peligro abstracto en los que la acción típica no exige demostrar el riesgo concreto para los consumidores. Pero el peligro no derivará del uso de aditivos u otros agentes que sean objetivamente peligrosos, ya que esta opción implicaría tener que disponer de un listado previo de sustancias prohibidas, sino del uso contraindicado de los mismos para la actividad con alimentos, bien porque sea otra su función, bien porque se utilice de modo o en dosis peligrosas para la salud. Lo que sí existirá es un uso reglamentario de tales sustancias cuya violación podrá ser un primer indicio de la infracción penal, pero no el dato definitivo.

En el apartado segundo se regula una manera especial de adulterar alimentos, consistente en hacerlo directamente sobre los animales que luego serán destinados al consumo humano. La experiencia de graves efectos para la salud humana del uso de sustancias que han provocado enfermedades como las de las «vacas locas» justifican estas infracciones que, si bien no se dice expresamente en las cuatro modalidades, todas deben ser peligrosas para la salud humana, al menos en términos hipotéticos. Así, actos de engorde artificial de animales que no afecten a la salud no serán subsumibles en estos tipos, aunque pueden dar lugar al delito de estafa del productor respecto del consumidor que finalmente adquiere la carne.

Finalmente, el artículo 365 recoge un tipo de envenenamiento de mayor penalidad que el precepto anterior, que castiga la puesta en peligro hipotética de la salud colectiva mediante el uso de sustancias objetivamente tóxicas o infecciosas en productos o elementos destinados al consumo humano o al uso público. A diferencia del artículo 364, ahora la sustancia siempre deberá ser venenosa o tener capacidad infecciosa, si bien la penalidad dependerá de la cantidad de sustancia dispensada para que sea capaz de afectar al bien jurídico protegido. Las sustancias tendrán como destino final el colectivo humano a través de las aguas potables o las sustancias alimenticias, siendo el agua potable la de consumo en boca o cocina y la destinada a la higiene.

VII. A modo de conclusión

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 refiere el capítulo analizado 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.

Bibliografía

- CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, en *Comentarios a la reforma penal de 2015*, 2ª edición, coord. Matallín Evangelio, Górriz Royo y González Cussac, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- GALAN HIDALGO, E., “Reflexiones político-criminales sobre el delito de dopaje”, en *Revista online de estudiantes de Derecho*, núm. 3, 2013, pp. 1-31.
- GONZALEZ VAQUÉ, L., “La prevención y represión de los fraudes alimentarios en la Unión Europea”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015, pp. 125-142.
- JORDÁ, C. Y GIMÉNEZ-SALINAS, A., “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-10, 2015, pp. 1-22.
- JUANATEY DORADO, C., “Responsabilidad penal omisiva del fabricante o productor por los daños a la salud derivados de productos introducidos correctamente en el mercado”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, núm. LVII, 2004, pp. 53-75.
- MARTIN CASALS, M. y SOLÉ i FELIU, J., “Defectos que dañan Daños causados por productos defectuosos”, en *Indret*, 1/00, http://www.indret.com/pdf/002_es.pdf, pp. 1-10.
- MENDOZA CALDERON, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MONZON PEREZ, H., “De los delitos contra la salud pública”, en *Código penal con jurisprudencia*, dir. Morales García, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizúr Menor, 2013, pp. 822-837.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª edición, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- RUEDA MARTIN, M.A., “El bien jurídico protegido en los delitos relativos a productos de consumo masivo”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXX, 2010, pp. 395-445.
- SOLARI MERLO, M., “El legislador penal ante la innovación tecnológica. Los daños informáticos en el dilema entre la reflexión filosófica y la práctica jurídico científica”, en *Moderno discurso penal y nuevas tecnologías*, ed. Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2014, pp. 201-217.
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código penal comentado*, ed. Atelier, Barcelona, 2015.
- VOGEL, J., “La responsabilidad penal por el producto en Alemania: situación actual y perspectivas de futuro”, en *Revista penal*, núm. 8, 2001, pp. 95-104.