

- ARTÍCULO O LIBRO
- CONTENIDO: EN DESARROLLO DEL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA SALUD PÚBLICA, EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL HA DISPENSADO SIEMPRE UN AMPLIO ESPECTRO DE CONDUCTAS PUNIBLES (DROGAS TÓXICAS, FABRICACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN ILEGAL DE ALIMENTOS Y BEBIDAS, SUSTANCIAS DOPANTES, PELIGROSAS O NOCIVAS PARA LA SALUD, ENTRE OTRAS), EN SUS INICIOS VINCULADAS CON EL MEDIO AMBIENTE, PERO DESDE LA PROMULGACIÓN DEL CÓDIGO PENAL DE 1995 EN UN CAPÍTULO PROPIO DEL TÍTULO QUE RECONOCE EL DERECHO A LA SEGURIDAD COLECTIVA, COMO UNO DE LOS TEMAS MÁS IMPORTANTES DE LA POLÍTICA SOCIAL. CASOS COMO EL DE LA TALIDOMIDA, EL ACEITE DE LA COLZA, EL BROTE DE LISTERIOSIS POR VENTA DE CARNE MECHADA EN ESPAÑA, O LA CRISIS SANITARIA POR EL CORONAVIRUS (COVID-19), JUSTIFICAN ESTE TRATAMIENTO RIGUROSO Y REFORZAMIENTO PUNITIVO DE LOS ÚLTIMOS AÑOS (L.O. 7/2006, 1/2015 Y 1/2019).
- TEMAS ESPECÍFICOS: RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA, DELITO CONTRA LA SALUD PÚBLICA, CONTAMINACIÓN DE ALIMENTOS, TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS, SUMINISTRO ILEGAL DE DROGAS A DEPORTISTA PROFESIONAL
- TÍTULO: SITUACIÓN ACTUAL DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL
- AUTOR: CARMEN REQUEJO CONDE
- AÑO: 2020
- ISSN: 1692-1682
- IDIOMA ORIGINAL: ESPAÑOL
- IDIOMA DE PUBLICACIÓN: ESPAÑOL
- PAÍS DE LA EDICIÓN: COLOMBIA
- TEMAS GENÉRICOS: SALUD PÚBLICA MEDICAMENTOS PRODUCTOS SANITARIOS ALIMENTOS DOPAJE NARCOTRÁFICO PERSONA JURÍDICA SUBTIPOS AGRAVADOS.
- REVISTA DERECHO PENAL N°: 72, JUL.-SEP./2020, PÁGS. 11-68

Situación actual de los delitos contra la salud pública en el Código Penal español

Revista N° 72 Jul.-Sep. 2020

Carmen Requejo Conde

Profesora de Derecho Penal de la Universidad de Sevilla

(España).

Sumario

En desarrollo del derecho constitucional a la salud pública, el Código Penal español ha dispensado siempre un amplio espectro de conductas punibles (drogas tóxicas, fabricación y comercialización ilegal de alimentos y bebidas, sustancias dopantes, peligrosas o nocivas para la salud, entre otras), en sus inicios vinculadas con el

medio ambiente, pero desde la promulgación del Código Penal de 1995 en un capítulo propio del Título que reconoce el derecho a la seguridad colectiva, como uno de los temas más importantes de la política social. Casos como el de la talidomida, el aceite de la Colza, el brote de listeriosis por venta de carne mechada en España, o la crisis sanitaria por el coronavirus (COVID-19), justifican este tratamiento riguroso y reforzamiento punitivo de los últimos años (L.O. 7/2006, 1/2015 y 1/2019).

Temas relacionados

Salud pública; medicamentos; productos sanitarios; alimentos; dopaje; narcotráfico; persona jurídica; subtipos agravados.

I. Regulación

Los delitos contra la salud pública se encuentran regulados en el capítulo III del Título XVII del Libro II del Código Penal español, en desarrollo de lo dispuesto en el artículo 43 de la Carta Magna, que "reconoce el derecho a la protección de la salud"⁽¹⁾. Se trata de un bien jurídico que garantiza la salud del conjunto de los ciudadanos, como desde hace tiempo ha reconocido doctrina y jurisprudencia (sentencia del Tribunal Supremo —en adelante STS— de 11 de octubre de 2004)⁽²⁾, una de las materias de la política social⁽³⁾. Proceden de los antiguos delitos de riesgo en general, del Capítulo II del Título V Sección Segunda del Código Penal de 1973⁽⁴⁾, donde se comprendían conjuntamente las sustancias nocivas a la salud o productos químicos estragantes, medicamentos, y sustancias medicinales, drogas tóxicas o estupefacientes, bebidas y comestibles, exhumación de restos humanos, y propagación maliciosa de enfermedad. Se modificarían en 1983, pasando a estar regulados conjuntamente con el medio ambiente, añadiéndose, además, otros objetos del delito, como las sustancias psicotrópicas, y hasta la promulgación del código penal de 1995, donde se separaría definitivamente la salud pública del medio ambiente.

Actualmente, los delitos contra la salud pública lo componen las siguientes tipologías: delitos relativos a las sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar estragos (arts. 359-360), delitos relativos a los medicamentos (arts. 361-362 quáter), delito relativo a las sustancias dopantes (art. 362 quinquies), fraude de alimentos (arts. 363-365), y delitos relativos a las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas (arts. 368-378). Contrariamente a los delitos que le preceden en el Título XVII, relativo a la seguridad colectiva, los delitos de riesgos catastróficos o los de incendios, los delitos contra la salud pública no se dividen en secciones, a pesar de ser muchas más las tipologías y diversas las modalidades delictivas.

La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, introducía en el Código Penal español el delito relativo al dopaje en el deporte, a fin de castigar al entorno del deportista y preservar la salud pública de productos carentes de garantía y dañinos a la salud, completando así, indicaba la exposición de motivos, el diseño integral de una política criminal contra el dopaje.

Con la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se incorporaban también en el Código Penal las conductas descritas en el Convenio del Consejo de Europa de 28 de abril de 2014, sobre falsificación de productos médicos, y otros delitos que supusieran una amenaza a la salud pública, hecho en Moscú en 2011 (*Convenio Medicrime*), poniendo fin además al doble régimen del decomiso, según se tratara de delitos contra la salud pública u otros de diferente naturaleza, existente hasta la fecha. Finalmente, la Ley Orgánica 1/2019 reforzaría la protección de la salud pública, completando el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos (art. 156 bis), adaptando las previsiones del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, firmado en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015, y haciendo mención también a la salud pública como bien jurídico que puede ser dañado, por ejemplo, con un acto de terrorismo (art. 573.1).

Como características generales de estos delitos, la doctrina y la jurisprudencia españolas destacan las siguientes: a) son normas penales en blanco⁽⁵⁾. b) Son delitos de peligro⁽⁶⁾, unas veces abstracto, otras hipotético o potencial, y otras veces de peligro concreto, en función de la modalidad de que se trate, y en atención al grado de peligrosidad a la vida e integridad de las personas consumidoras de las referidas sustancias. c) Son tipos penales de estructura abierta, se tipifica la fabricación, el depósito, la distribución, la comercialización, o la venta del producto nocivo a la salud. También en algunos casos la intermediación, importación, o exportación. En algunos de ellos se excluye el depósito o almacenaje, como en los delitos de los artículos 359 y 360 (sustancias en general nocivas a la salud), o relativos a las drogas cuando se trata de posesión no preordenada al tráfico, así como también en el delito relativo al dopaje, donde tampoco se tipifica la fabricación o elaboración. d) Son delitos dolosos, pero admiten la imprudencia en algunos supuestos (art. 367), imprudencia que se castiga con la pena reducida en un grado, o incluso en dos⁽⁷⁾, salvo en el delito de narcotráfico. Cabe el dolo directo, pero también el dolo eventual, cuando el sujeto sea conocedor, según acta de inspección, de la inmovilización de productos, y sin embargo continúe prescribiéndolos, o haciendo uso indebido de ellos, o cuando se trata de personas vinculadas profesionalmente con el sector, ganadería, medicina, farmacia, etc. e) En todos ellos se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica (arts. 366 y 369 bis, párr. 2), tras la reforma penal por Ley Orgánica 5/2010 y modificada por la Ley Orgánica 1/2015, a fin de actualizar la redacción, que mantenía hasta la fecha la versión antigua del artículo 366⁽⁸⁾. f) Además, se puede establecer un concurso (ideal) entre el delito contra la salud

pública y los resultados de homicidio o lesiones que se puedan causar a consecuencia del mismo, rigiendo las normas generales de los concursos (art. 77)⁽⁹⁾, al no contemplarse ninguna regla concursal específica⁽¹⁰⁾.

II. Delitos relativos a las sustancias nocivas a la salud o productos químicos que puedan causar estragos

Los artículos 359 y 360 del código penal español comprenden dos modalidades de delitos contra la salud pública, la elaboración **sin estar autorizado** de “sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos” (art. 359), así como también el despacho, suministro o su comercio. Y la de quien, hallándose autorizado al tráfico, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas **en las leyes y reglamentos** (art. 360).

Se trata en estas normas de tipificar delitos de **peligro abstracto y de consumación anticipada**⁽¹¹⁾, normas penales en blanco, en las que se observa una accesoriad completa de ambas normas penales al Derecho administrativo, uno al acto (la autorización) y otro a las normas (leyes y reglamentos), que se integran con una muy abundante legislación en materia de salud pública. Se castiga el comercio, despacho o suministro, o elaboración, aunque no el depósito⁽¹²⁾. Son además, en muchos casos, normas potencialmente **subsidiarias** de las previstas en los siguientes artículos (361 y ss.), que tipifican delitos más específicos. Se trata de sustancias nocivas en general a la salud de las personas, que los jueces en España han aplicado en casos como el gasoil (sentencia de la Audiencia Provincial —en adelante SAP— de Madrid, de 26 de mayo de 1997), el clenbuterol (SAP de Tarragona de 7 de enero de 2001), la ketamina (SAP de Navarra de 14 de abril de 2005⁽¹³⁾), medicamento adelgazante compuesto de plantas medicinales con contraindicaciones médicas y efectos secundarios nocivos a la salud (SAP de Córdoba de 30 de diciembre de 2002), productos químicos compuestos de psicotrópicos, diuréticos y polvo de tiroides (STS de 11 de octubre de 2004), o, más actualmente, testosterona y otras hormonas sexuales cuya elaboración excedía de lo que es propio para el autoconsumo (SAP de Almería de 17 de mayo de 2017).

Como tipo penal subsidiario de otros, los principios de especialidad, consunción y mayor rango punitivo (art. 8º) podrán desplazar a estos delitos en favor de otros, en caso de puesta en peligro concreto de los bienes jurídicos personales y cumplimiento del resto de elementos del tipo penal correspondiente, al ser estos, los delitos tipificados en los artículos 359-360, delitos de peligro meramente abstracto. No exigen la creación de una situación de peligro concreto a las personas, a diferencia, por ejemplo, de los estragos (artículos 346 y 347), que versan también sobre sustancias estragantes o tóxicas, pero con daño a bienes fundamentalmente patrimoniales de titularidad pública, y puesta en peligro concreto a los bienes jurídicos personales, por lo que estos últimos absorberían

a aquellos por encontrarse en una línea de progresión delictiva más avanzada. **Son delitos dolosos**, puesto que se exige el conocimiento de la ausencia de autorización o de su actuación en contra de la misma⁽¹⁴⁾, y del carácter nocivo de la sustancia. El error de tipo, sobre el contenido o existencia de la autorización mencionada en el artículo 359, si es vencible, será punible a través del artículo 367. El error de prohibición, por creencia de que la conducta pueda ser lícita, por estar autorizado a ello, en el artículo 360, si es vencible, será punible igualmente a través del artículo 14.3. Esto es, en ambos casos se aplicará la pena inferior en uno o dos grados a la modalidad dolosa, que difiere en cambio en una modalidad u otra, pues el artículo 360 no contempla la pena de prisión, sino solo de multa. La **persona jurídica** es también penada. El artículo 366 se remite a los "artículos anteriores", por tanto, ya no solo procede castigar al cierre temporal del establecimiento, local, o laboratorio, o a su clausura definitiva (art. 129), sino que, además, frente al sistema tradicional de responsabilidad penal de la persona jurídica que presentaba la norma hasta la reforma del código penal español por Ley Orgánica 1/2015, apartándose de lo que vino a disponer la Ley Orgánica 5/2010, ya sí se contempla la pena de multa. Además, el delito admitiría incluso la forma de imprudencia grave (art. 367)⁽¹⁵⁾.

III. Delitos relativos a los medicamentos

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, llevó a cabo una extensa modificación de los delitos relativos a los medicamentos (arts. 361 a 362 quáter) en el Código Penal Español, con el objetivo de adaptar las previsiones del Convenio del Consejo de Europa de 28 de abril de 2014. Son también normas penales en blanco, cuya integración ha de hacerse entre otras con la Ley 29/2006, de *Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios*, así como por las Resoluciones de la Dirección General de Farmacia y Productos Sanitarios, que cada año elabora una lista de nuevos medicamentos⁽¹⁶⁾. La Ley Orgánica de 2015 incluyó en el código penal términos como medicamentos de uso humano, veterinario, en investigación, sustancia activa o excipiente, o producto sanitario. Suprimió expresiones como "medicamentos deteriorados o caducados", "sustitución" de medicamentos unos por otros, "privación total o parcial de la eficacia terapéutica", su "imitación o simulación", "sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud", o "suma gravedad". Mantuvo conductas relativas al incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a la composición, dosis, estabilidad o eficacia, o alteración de la cantidad, o fecha de caducidad. Y ampliaría todas estas conductas, introduciendo otras, como la presentación engañosa, la falsedad documental, la posibilidad de afectación a la salud pública, o de generar un riesgo a la salud de las personas, frente a la existente hasta el momento, que hacía alusión a que la acción típica pusiera en peligro la vida o la salud de las personas, o expresiones referentes a "los documentos de conformidad". Se incorporaron además nuevos subtipos agravados, en un único artículo (362 quáter), con una elevación en uno o dos grados de la pena de

prisión, que puede alzarse hasta los nueve años, dándose nueva redacción a la suma gravedad y a la comisión del hecho por farmacéuticos o directores técnicos de laboratorios. Algunas de estas normas, cinco años después, apenas han sido aplicadas por los jueces.

La Ley 29/2006 define el **medicamento**⁽¹⁷⁾ indicando que se tratan de los siguientes: a) Los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial. Se mencionan específicamente en los artículos 361 y 362. b) Las fórmulas magistrales. c) Los preparados oficinales. d) Los medicamentos especiales. Tendrán el tratamiento legal de medicamentos a efectos de la aplicación de esta Ley y de su control general las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales. El medicamento en investigación es aquella forma farmacéutica de un principio activo o placebo, que se investiga o se utiliza como referencia en un ensayo clínico, incluidos los productos con autorización cuando se utilicen o combinen (en la formulación o en el envase) de forma diferente a la autorizada, o cuando se utilicen para tratar una indicación no autorizada, o para obtener más información sobre un uso autorizado. Estos medicamentos se mencionan también en los arts. 361 y 362. Corresponde además a la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios resolver sobre la atribución de la condición de medicamento. Los remedios secretos están por lo demás prohibidos, siendo considerados secretos aquellos productos de los que se desconozca su composición y características.

La Ley 29/2006 menciona y define igualmente los medicamentos especiales⁽¹⁸⁾, como son las vacunas y otros medicamentos biológicos, medicamentos de origen humano, por ejemplo, los derivados de la sangre, plasma, tejidos, fluidos, secreciones, excreciones, glándulas, plaquetas, hematíes (SAP de Madrid de 12 de enero de 2009⁽¹⁹⁾, STS de 18 de noviembre de 1991⁽²⁰⁾), obtenidos en centros autorizados, y sujetos a donación altruista. También menciona la ley los medicamentos de terapia avanzada⁽²¹⁾, los radiofármacos (como isótopos radiactivo, o generadores de partículas), los medicamentos psicoactivos con potencial adictivo, previstos en la Convención Única de 1961 y en el Convenio de sustancias psicotrópicas de 1971, como los hipnóticos o sedantes⁽²²⁾, los medicamentos homeopáticos, como los productos de descomposición de órganos humanos o de animales, los medicamentos de plantas medicinales, y los gases medicinales, como el nitrógeno u oxígeno líquidos.

La Ley 29/2006, pero también el código penal español, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, incluye además en los tipos penales los productos sanitarios⁽²³⁾, lo que extiende sobremanera el objeto del delito, ya que son innumerables los que pueden mencionarse, filtros de diálisis, acelerador de partículas, tornillos óseos, lentes, elementos de ortopedias, prótesis, marcapasos,

audífonos, andadores, métodos de anticoncepción, etc.⁽²⁴⁾ (arts. 361, 362.1b y 2, 362 bis o incluso el art. 363.4). Además, se hace mención igualmente en el código penal, tras la reforma de 2015, a la sustancia activa y al excipiente de un medicamento, como toda sustancia o mezcla de sustancias destinadas a la fabricación de un medicamento y que, al ser utilizadas en su producción, se convierten en un componente activo de dicho medicamento, destinado a ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas, o de establecer un diagnóstico. El excipiente es aquel componente de un medicamento distinto del principio activo y del material de acondicionamiento. Se excluyen en todo caso del objeto del delito los productos de higiene personal y los cosméticos, para uso estético y de embellecimiento, como tintes, esmaltes, maquillaje, limpiadores, geles, así como los órganos humanos (art. 156 bis), óvulos (art. 159), y los organismos, como pueden ser las muestras biológicas de pacientes para su análisis (art. 349)⁽²⁵⁾.

En consecuencia, y tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, los tipos penales incluyen los medicamentos, también los de uso humano y veterinario y los medicamentos en investigación, las sustancias activas o excipientes, y los productos sanitarios, respecto a los que, durante cualquier fase de la cadena de suministro, se opere sin autorización, sin disponer de los documentos de conformidad, o mediante presentación engañosa. Se tipifican, pues, de forma amplia, tras la entrada en vigor de la ley, graves irregularidades en cualquier fase de la cadena del suministro farmacéutico:

a) Importar, exportar, fabricar, intermediar, comercializar, poner en el mercado, ofrecer, suministrar, o almacenar con estos fines (art. 361), sin cumplir con las formalidades legales, sin la autorización exigida por ley, sin los documentos de conformidad, o si se trata de medicamentos deteriorados, caducados, o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, eficacia o estabilidad⁽²⁶⁾. Con ello, el medicamento puede producir efectos nocivos, o no surtir efecto curativo para el enfermo⁽²⁷⁾, provocando un perjuicio a su salud por abandono de su tratamiento estándar, o bien con los mismos efectos de un placebo. El medicamento deteriorado es por ello aquel que ha perdido su propiedad curativa, pudiendo afectar a la salud de las personas, por ineficacia o nocividad. Está caducado si ha sobrepasado la fecha de caducidad que figura en la etiqueta, poniendo igualmente en peligro la salud pública. Las exigencias técnicas sobre composición, estabilidad y eficacia hacen referencia al contenido o dosis, en calidad o cantidad, al mantenimiento de las propiedades de las sustancias activas o componentes, y a su efecto terapéutico.

Según el Real Decreto 1591/2009, por el que se regulan los productos sanitarios, fabricante es la persona física o jurídica responsable del diseño, fabricación, acondicionamiento y etiquetado del producto, con vistas a su puesta en el mercado, a su nombre o por cuenta de un tercero (art. 21f). A todas las fases del

proceso de producción del producto se refiere también el Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos y otros que supongan una amenaza para la salud pública. La comercialización es el ofrecimiento o puesta en el mercado, remunerado o no, para su distribución y consumo en el transcurso de una actividad comercial. Importar o exportar supone la entrada o salida de la Unión Europea del producto, desde o hacia un territorio no comunitario. La intermediación es todo contacto con las entidades de distribución y compraventa, mientras que el almacenamiento o depósito tiene que tener como finalidad cualquiera de las anteriores⁽²⁸⁾. El ofrecimiento en el mercado excluye la venta privada o los regalos⁽²⁹⁾. A su vez, el Real Decreto 1345/2007, en su artículo 23, establece que la autorización de un medicamento se concederá sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal del fabricante implicado en el proceso de elaboración del producto o de su materia prima, y en su caso, del titular de la autorización de comercialización, comprobado que el medicamento alcanza la calidad requerida, es seguro y es eficaz, una vez evaluada la documentación farmacéutica, preclínica y clínica y emisión del correspondiente informe (arts. 14 y 17).

b) Presentación engañosa del medicamento (art. 362.1), de su identidad, envase y etiquetado, fecha de caducidad, composición, dosificación, origen (fabricante), licencias, o historial (registros y canales de distribución). Se trata del "medicamento falsificado", definido también por la Ley 29/2006. Incluiría la conducta tipificada expresamente antes de la reforma de 2015, de sustitución de un medicamento por otro⁽³⁰⁾, o su imitación⁽³¹⁾.

c) Alterar, al fabricarlo o posteriormente, la dosis, cantidad o composición genuina, privándole de su eficacia terapéutica, de su seguridad, eficacia o calidad (art. 362.2), conducta coincidente parcialmente con el artículo 361. Se trata de garantizar la ausencia de nocividad o toxicidad del medicamento y el cumplimiento de su finalidad terapéutica, como puede obviarse eliminando o reduciendo alguno de sus componentes o incorporando alguna impureza.

d) Cualesquiera de estas conductas realizadas en cualquier fase de la cadena de suministro del medicamento, sabiendo de la existencia de un medicamento falsificado o alterado (art. 362 bis), ya sea su depósito, publicidad, anuncio, utilización ilícita, importación o exportación, exhibición u ofrecimiento, venta, tráfico, también su envase, facilitación, expendición, despacho, suministro, intermediación, distribución, o puesta en el mercado. En este caso, se penaliza además la adquisición o depósito con la finalidad de destinarlos al consumo público, uso por terceros, u otro uso que pueda afectar a la salud pública (art. 362.2), bastando con poner en potencial peligro la salud pública, y no ya con que se genere un riesgo grave a la salud de las personas.

e) La Ley Orgánica de 2015, adaptando lo dispuesto en el Convenio del Consejo de Europa sobre la falsificación de productos médicos, tipificó la falsificación de documentos (art. 362 ter), la elaboración de un documento falso o de contenido mendaz, relativo a los medicamentos, sustancias activas, excipientes o productos sanitarios, para cometer el delito del artículo 362. Falsificación de documentos como delito instrumental (art. 77) de la falsificación de medicamentos (arts. 362.1), y privilegiado (hasta dos años de prisión) respecto al delito de falsedad documental del artículo 392 (hasta tres años), en relación con los documentos de autorización, comercialización, exportación, etiquetado y prospecto, ficha técnica, símbolos, siglas, etc. Alterar el contenido de los mismos o simularlo de modo que se quiera aparentar su autenticidad o genuidad, haciendo partícipes a personas que en modo alguno han intervenido, o faltar a la verdad de los hechos, serán conductas consustanciales a la falsificación. Pero hasta la fecha es prácticamente una norma simbólica.

Los delitos relativos a los medicamentos son además delitos de peligro concreto, dado que se requiere generar un riesgo a la salud de las personas, un umbral mínimo representado por la idoneidad como alta probabilidad de lesionar la salud o vida de las personas, y un umbral máximo, que sería la concreción de la situación de peligro en personas determinadas. Según un Auto de la AP de Madrid de 24 de enero de 2007, no se considera que haya puesta en peligro concreto para la salud pública cuando en el prospecto se advierte de las contraindicaciones y riesgos que conlleva su uso⁽³²⁾. Este elemento lo diferenciará de la infracción administrativa. Tan solo el apartado 2 del artículo 362 contempla un peligro hipotético a la salud pública (*que pueda afectar*). **Sujeto activo** será normalmente el fabricante, farmacéutico o almacenista, de comercio minorista o de gran industria. Son delitos **dolosos, o comisibles por imprudencia grave** (art. 367)⁽³³⁾. De ellos puede responder además penalmente la persona jurídica (*laboratorios, farmacéuticas*), según dispone el artículo 366.

Las penas de estos delitos se han elevado con la reforma de la Ley Orgánica 1/2015, alcanzando la prisión de cuatro años, más una multa e inhabilitación para profesión u oficio de hasta tres años. Tan solo las penas del delito del artículo 361 son inferiores, lo cual no se entiende muy bien, pues se trata en este de la venta o fabricación de medicamentos generando también un riesgo para la vida o salud de las personas. Igualmente, queda a salvo el concurso ideal entre el delito contra la salud pública y los delitos de homicidio o lesiones que se hayan podido producir. Se contempla igualmente el comiso (art. 362 sexies) y la reincidencia internacional (art. 375), como consecuencia accesoria y circunstancia agravante aplicables, respectivamente, a estos delitos. Pero, además, la Ley Orgánica 1/2015 hizo extensiva las normas de los artículos 376 y 378 a los delitos comprendidos en los artículos 361 y siguientes, no solo los relativos a los medicamentos, sino también a las sustancias dopantes y a los alimentos, hasta ese momento solo aplicables al narcotráfico. Esto es, la atenuante de **arrepentimiento** (art. 376),

cualificada (reducción en uno o dos grados de la pena), y facultativa (*podrán imponer*), que consiste en una colaboración eficaz para impedir la producción del resultado, la aportación de pruebas para la captura de otros delincuentes, y para dismantelar organizaciones delictivas o impedir su desarrollo (dado que en este sentido se tipificó el subtipo agravado del artículo 362 quáter 3ª), así como el abandono voluntario de los hechos delictivos⁽³⁴⁾. Respecto a la **responsabilidad civil** derivada del delito, el artículo 378 se aparta de lo dispuesto en el artículo 126: los pagos que se efectúen por el penado se imputarán por este orden a la reparación del daño e indemnización de los perjuicios, a los gastos que el Estado haya hecho en la causa, a la multa, a las costas del acusador particular o privado, y a las costas de la defensa.

El artículo 362 quáter prevé como **tipos agravados los siguientes**: a) que se cometa por autoridad o funcionario público en el ejercicio del cargo, o por profesional sanitario, facultativo, educador, docente, o entrenador físico o deportivo. Es una circunstancia agravatoria similar a la del artículo 369.1ª, del narcotráfico, en la que también se indica que se actúe en *ejercicio* del cargo, y no en *abuso*, pero distinta a la del artículo 362 quinquies 2.3ª, relativa al dopaje en el deporte, donde se indica que se ha de actuar con *abuso de superioridad*. Por tanto, solo cabe aplicar subsidiariamente la agravante genérica de prevalimiento de la cualidad pública del artículo 22.7, si la acción tiene lugar abusando del cargo, pero no en su ejercicio mismo. b) Que se utilicen medios de difusión a gran escala (online), lo que puede dar lugar a estafas en masas (art. 74.2), y habitualmente el *modus operandi* de las organizaciones criminales, que es otro de los subtipos agravados, la pertenencia de los sujetos activos a una organización o grupo criminal que se dedique a estos hechos (arts. 570 bis y ss.)⁽³⁵⁾. También se contempla en el delito de narcotráfico (arts. 369.2ª y 369 bis), pero no se prevé en cambio en el delito relativo al dopaje. c) Que tenga como víctimas a menores o discapacitados necesitados de especial protección o personas vulnerables y discapacitados. También la prevé la norma que tipifica el delito de tráfico de drogas (art. 369.4ª), que incluye a menores de dieciocho años, disminuidos psíquicos o personas en tratamiento de desintoxicación y rehabilitación. Pero aquel incluye de forma más amplia a sujetos pasivos vulnerables a la sustancia. Difiere así también del artículo 362 quinquies 2.1ª, que solo contempla a los menores de edad sujetos pasivos del delito relativo al dopaje en el deporte. d) Que se lleve a cabo el delito en establecimientos abiertos al público por sus responsables o empleados. Igualmente se contempla en el artículo 369.3ª, pero no en el delito relativo al dopaje.

Se trata, pues, de agravantes que son normalmente comunes con otros delitos contra la salud pública, introducidas con la reforma de 2015, salvo la señalada en la letra b), y a la que anteriormente la ley se refería con la difusión a gran escala y la expresión "suma gravedad". Los subtipos agravados se castigan con las penas superiores en grado, hasta nueve años de prisión, hasta treinta meses la multa⁽³⁶⁾,

y hasta seis años y nueve meses de inhabilitación. Este aumento de grados o marcos solo se contempla en el artículo 369, para el narcotráfico, pero no en el delito relativo al dopaje, en el que se impone solo la mitad superior en caso de concurrencia de agravantes específicas (art. 362 quinquies).

IV. Delito relativo al dopaje en el deporte

El delito relativo al dopaje en el deporte fue introducido en España por la Ley Orgánica 7/2006, de 2 de noviembre, originariamente en el artículo 361 bis, suprimido después por la reforma penal de 2015, y trasladado al artículo 362 quinquies. Se trata asimismo de una norma penal en blanco, que ha de integrarse con la Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de *Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva*⁽³⁷⁾. Esta ley modificó a la Ley 7/2006, que intentó establecer una Política criminal contra el dopaje a partir de un Plan de Acción Integral puesto en marcha por el Gobierno español en 2005, con una Policía y Fiscalía especializadas en la instrucción de estos delitos⁽³⁸⁾. Es, pues, un paradigmático delito contra la salud pública, que va más allá de proteger la lealtad o pureza deportivas, al incluir también a deportistas recreacionales⁽³⁹⁾.

Su **objeto material** viene constituido por las sustancias prohibidas en el deporte, según una lista elaborada por la Presidencia del Consejo Superior de Deportes y aprobada por Resolución de 21 de diciembre de 2018, que fue adecuada a la lista adoptada en el seno de la Convención internacional contra el dopaje en el deporte de la UNESCO, en la que se incluyen sustancias dopantes, grupos farmacológicos prohibidos, y métodos no reglamentarios, entre ellos los anabolizantes, esteroides, insulinas, corticoides, hormonas, diuréticos, estimulantes, narcóticos, cannabinoides, manipulación de la sangre, manipulación química y física, dopaje genético y celular⁽⁴⁰⁾. Como puede observarse, algunos son estupefacientes, o medicamentos, coincidentes con el objeto material de los arts. 361 y 368. El problema concursal no se planteará en la elaboración o fabricación de la sustancia dopante, no subsumible en el artículo 362 quinquies, sino en la dispensa o suministro. La aplicación del principio de especialidad a favor del delito de dopaje puede llevar a un importante desajuste penológico si se trata de droga facilitada al deportista por tercero (dos años frente a seis años de prisión, si es una droga que cause especial daño a la salud, o inferior, si se apreciara la modalidad atenuada). La solución pasaría por entender impune la invitación al consumo de droga por ausencia de puesta en peligro de la salud pública⁽⁴¹⁾.

La **conducta típica** consiste en prescribir, proporcionar, dispensar, suministrar, administrar, ofrecer o facilitar la sustancia dopante (tipo penal abierto), a fin de aumentar las capacidades físicas o modificar los resultados de una competición. Algunas de las sustancias dopantes se emplean ilícitamente para aumentar masa

muscular y rendimiento deportivo, otras están prohibidas en competiciones deportivas, y otras no están permitidas en España, y su comercialización es clandestina (SAP de Huelva de 30 de diciembre de 2013). No se castiga al consumidor de estas sustancias, ni la participación en el autodopaje. Tampoco la fabricación o depósito, ni la adquisición sin receta médica para autoconsumo, en tanto el deportista consumidor no puede ser autor del delito.

Aunque las conductas de dispensar o prescribir parecen reconducir a la actividad médica o farmacéutica, frente a las más genéricas de proporcionar, suministrar, ofrecer o facilitar, que apuntan a una toma de contacto más cercana con el deportista consumidor, es el tipo agravado el que se refiere al prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional, médica o no, que no impide que otras puedan ser subsumidas dentro del tipo básico, las realizadas en el ejercicio de una profesión, por ejemplo del deporte, como lo demuestra la imposición de la pena de inhabilitación especial de hasta cinco años. La Ley Orgánica 3/2013 (art. 21) distingue, a efectos de responsabilidad, los deportistas con licencia federativa, entrenadores, clubes deportivos, técnicos, jueces, árbitros, peritos, directivos y dirigentes, y médicos y personal sanitario. El Derecho penal va más allá, contrariando en este sentido el principio de ultima ratio, y tipificando el delito como un delito común, comisible por cualquiera, de manera que quedan circunscritos al Derecho administrativo sancionador conductas que solo afectan a la disciplina deportiva o que no ponen en concreto peligro la salud del deportista, o cuando no existan los citados fines de aumento de masa muscular o alteración del rendimiento deportivo, pudiendo ser infractores quienes sean sujetos activos con arreglo a la norma administrativa, mientras que conductas que sí pongan en peligro concreto la salud del deportista no exigen limitación alguna en cuanto a quién sea el sujeto activo, cabiendo inclusive la complicidad⁽⁴²⁾ o la comisión por omisión⁽⁴³⁾, o la acción del médico o tercero por incitación del deportista, con la concurrencia de su consentimiento o anuencia, que de lo contrario integraría el subtipo agravado de engaño o intimidación.

Entre los **sujetos pasivos** no solo se incluyen los deportistas competitivos, esto es, profesionales que participen en competiciones organizadas por España por entidades deportivas, siempre que además el hecho delictivo se cometa en España, según el principio de territorialidad, sino además los deportistas federados no competitivos (por ejemplo, culturistas inscritos en un gimnasio) y los deportistas no federados, esto es, recreacionales, que practiquen un deporte por *hobby*. Mientras que para unos el uso de sustancias dopantes llevará aparejada la privación o suspensión de la licencia federativa (art. 23 de la Ley Orgánica 3/2013), no se contempla sanción alguna para el deportista recreacional que se dope, pero sí se le considerará sujeto pasivo del delito siempre que se trate de una actividad deportiva reconocida por el Consejo Superior de Deportes, excluyendo otra suerte de actividad o educación física que aun no siendo oficial o profesional no se pueda considerar deporte ni siquiera recreacional⁽⁴⁴⁾.

El delito relativo al dopaje es un **delito de peligro concreto**⁽⁴⁵⁾ a la salud de los deportistas, que requiere poner en peligro la vida o salud del consumidor, según cantidad y número de dosis diarias consumidas, frecuencia o período de las tomas, y efectos perjudiciales que la ingesta produce en cada consumidor. La Ley Orgánica 1/2015 especificó estos parámetros del peligro concreto, contenido de la sustancia, reiteración de la ingesta y otras circunstancias concurrentes. De no alcanzarse este estadio de peligrosidad concreta, podrían aplicarse otras normas relativas a los medicamentos o a las drogas, o la modalidad de la tentativa, como puede ocurrir con la venta de sustancias dopantes a domicilio o a través de la red, si es que requieren prescripción médica, y cuyo ofrecimiento se traduzca en una primera toma de contacto entre ofertante y consumidor. Respecto de las sustancias dopantes que no requieran prescripción médica, haría falta el dolo del peligro concreto para colmar la exigencia típica⁽⁴⁶⁾. Pero la constatación de este peligro concreto para la vida o salud del deportista consumidor de la sustancia dopante consuma el delito, si queda acreditado además el haber actuado con la finalidad de aumentar la capacidad física del deportista o de modificación de los resultados de una competición.

Estas finalidades típicas del delito hacen de él un delito **doloso**. Y aunque teóricamente sería comisible por imprudencia grave, a tenor de la redacción del artículo 367, estos específicos elementos del injusto del tipo penal, aumentar las capacidades físicas del deportista o modificar los resultados de la competición, proscriben la imprudencia⁽⁴⁷⁾. El dolo es un dolo de peligro, que solo exige la creación de la situación de riesgo, lo que requiere conocer la peligrosidad de la sustancia y la posible lesividad al bien jurídico, así como la falta de excusa terapéutica, admitiendo el dolo eventual. El error, aun vencible, sobre este elemento, quedaría impune. Pero la publicación en el Boletín Oficial del Estado (BOE) de la lista de sustancias dopantes y métodos prohibidos lo hace de conocimiento público y notorio, por lo que difícilmente puede invocarse ignorancia, menos aún por los dos elementos reforzadores del dolo que constituyen finalidad del delito. El uso de las sustancias dopantes debe hacerse por ello **sin justificación terapéutica**, como podría ser, por ejemplo, para curar un trastorno corporal dismórfico, una atrofia muscular, o una vigorexia o adicción a anabolizantes⁽⁴⁸⁾, sin que sea suficiente con una mera receta médica, esto es, no es lo que el médico entienda justificado, sino lo que de acuerdo con las reglas técnicas se considere correcto en la praxis médica, y este juicio podrá ser revisado por terceros independientes que determinen la ortodoxia científica de la conducta. En definitiva, la justificación terapéutica no puede responder solamente a designios formales, sino a criterios de necesidad, y ello debe ser probado (SAP de Valencia de 14 de julio de 2011), y además *ex ante*, y no con posterioridad para su validación. Un profesional de la medicina no podría por lo demás incurrir en un error invencible sobre la justificación terapéutica (SAP de Cádiz de 4 de septiembre de 2017⁽⁴⁹⁾).

Es un delito en sí mismo habitual, al que no es aplicable el artículo 74, la continuidad delictiva. Como indica la SAP de Valencia de 14 de julio de 2011, el art. 362 quinquies no admite ni el concurso real de varios delitos de dopaje ni el delito continuado de dopaje, dado que así resulta al formular en plural los sujetos pasivos "deportistas", por lo que estaremos ante un solo delito tanto si se suministran las sustancias a un deportista como si se suministran a varios. También lo indica la sentencia del Juzgado de lo Penal —en adelante SJP— nº 21 de Madrid de 29 de abril de 2013 (*Operación Puerto*), al tratarse la salud pública de un bien jurídico colectivo⁽⁵⁰⁾. No obstante, hay autores⁽⁵¹⁾ que sí admiten la continuidad delictiva en el delito de dopaje como delito de peligro concreto, si se sostiene que la salud pública conecta con las saludes individuales de uno o varios sujetos pasivos, determinables, solución que favorece además al justiciable, pero que, a mi modo de ver, no tiene en cuenta que la propia norma excluye su aplicación a los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales.

Constituyen **agravantes** aplicables a este delito ser el sujeto pasivo un menor de edad, debido a un mayor peligro para su vida o salud. No se incluyen a los discapacitados, ni físicos ni psíquicos, a pesar de la existencia de muchos deportes, incluso profesionales, a los que tienen acceso. También agrava el uso de engaño al deportista, que suele tener lugar, por ejemplo, en la alimentación, ocultando la sustancia dopante; y la intimidación, en la administración o toma de la sustancia. Pero no se ha incluido la violencia. Un abuso de superioridad laboral o profesional, a través de profesionales jerarquizados, que vicie el consentimiento del deportista, puede ser igualmente agravante habitual, influyendo en él con el fin de lograr la victoria del equipo, a lo que se puede terminar cediendo por miedo a perder plaza, y con ello el trabajo. La reincidencia internacional, en los términos del artículo 375, le puede ser aplicable al delito, por lo demás, como agravante genérica, la condena anterior por estos hechos por tribunales extranjeros, salvo antecedentes cancelados o cancelables (art. 136).

La pena aplicable es la de prisión de hasta dos años, inferior a la del artículo 359, pese a ser este de peligro abstracto y el delito de dopaje de peligro concreto, e inferior también a las penas de los delitos relativos a los medicamentos, que, desde la reforma penal de 2015, alcanza en algunos supuestos los cuatro años de prisión. También tiene pena de multa e inhabilitación para profesión u oficio, de la medicina o el deporte, u otros oficios, entrenadores, utileros, etc., en este caso, superior, curiosamente, a la de otros delitos contra la salud pública. Se penaliza igualmente a la persona jurídica (laboratorio, farmacia, consultorio médico, gimnasio - art. 366). Además, es un delito que puede **concurrir** con los delitos de falsedad documental (de recetas), con el delito de manipulación genética (art. 159), con actos de corrupción o amaño en el deporte (art. 286 bis 4), de estafa⁽⁵²⁾, o con lesiones u homicidio⁽⁵³⁾.

V. Delito de fraude de alimentos

A diferencia del delito farmacológico y del relativo al dopaje, el fraude alimentario lo componen formas de peligro concreto, hipotético y abstracto (arts. 364-365). Son también **normas penales en blanco**⁽⁵⁴⁾, que se heterointegran con normas administrativas sustantivas⁽⁵⁵⁾.

El artículo 363 del Código Penal español contempla, en primer lugar, un **delito especial**, lo comete el productor, distribuidor o comerciante, que lleve a cabo las siguientes conductas típicas: ofrecer productos alimenticios alterando u omitiendo su fecha de caducidad o elementos de su composición⁽⁵⁶⁾. Se trata de manipular la fecha de caducidad, o que no conste registro sanitario alguno de los productos alimenticios, con una deficiente o defectuosa conservación (SAP de Cáceres de 22 de marzo de 2001)⁽⁵⁷⁾. En segundo término, fabricar o vender en general comestibles o bebidas nocivos para la salud de las personas. La norma establece la alternatividad de fabricar o vender, en ambos casos con peligro concreto a la salud del consumidor, siendo lo fundamental que se fabrique para vender, o que se venda a sabiendas de su fabricación nociva, o bien, se haga con desconocimiento de su nocividad al elaborar o vender, pero debiendo haberse extremado las precauciones, dado que la imprudencia grave es punible por el artículo 367⁽⁵⁸⁾. En tercer lugar, elaborar o comerciar con productos para cuyo uso no se esté autorizado y que sea nocivo a la salud (por ejemplo, con *líquido de silicona* — SAP de Barcelona de 1° de septiembre de 2006)⁽⁵⁹⁾. Se establece también en esta modalidad la alternatividad de elaborar o comerciar, y se requiere el dolo sobre la falta de autorización, siendo el error vencible punible por el artículo 367. Una cuarta modalidad es la de traficar con géneros corrompidos, por ejemplo, con *productos cárnicos en estado de putrefacción retirados del mercado*⁽⁶⁰⁾. Y una última conducta típica es ocultar o sustraer productos destinados a ser inutilizados, por ejemplo, *guardar en el frigorífico carne corrompida en abundancia para su venta, proveniente de una matanza ilegal con peligro de triquinosis*⁽⁶¹⁾, *o de vieiras tóxicas por mariscador furtivo*⁽⁶²⁾, *o botellas irretornables*⁽⁶³⁾. Se trata de una conducta que vendría a ser un acto previo del anterior, sin que el mero incumplimiento de la resolución administrativa que ordene el sacrificio de la res infectada sustraída, sin constancia de que deba ser inutilizada o desinfectada, constituya ilícito penal, sino solo una infracción administrativa (SAP de Huelva de 12 de septiembre de 2002). El delito quedaría consumado en cambio sin necesidad de la venta del producto, bastando con que se encuentre en los almacenes o puestos a disposición de venta.

Las anteriores conductas típicas deben, además, poner en **peligro concreto** la salud del consumidor, extremo que hay que valorar de forma individual y concreta, siendo más fácilmente apreciable en la venta o comercio que en la elaboración o fabricación, y menos aún en el acto previo al tráfico, como es la ocultación o sustracción. Ello consumaría el delito, siendo inestimable la tentativa⁽⁶⁴⁾.

El Código Penal español tipifica también un **delito común**, en el artículo 364, cometido por el responsable o dueño de una fábrica de producción de alimentos o de mataderos, que lleve a cabo la siguiente conducta: adulterar alimentos con aditivos o agentes no autorizados **susceptibles** de causar daños a la salud de las personas (**peligro hipotético**). Aquí se tiene en cuenta la cualidad de dueño de la fábrica para aplicar la pena de inhabilitación especial para la profesión, oficio o cargo, curiosamente de seis a diez años, frente a los tres a seis años del anterior delito, que es especial, y castigado con la misma pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses, por remisión al artículo 363. Sin embargo, si se trata de un comerciante, se aplicaría el artículo 363 (ofrecer o fabricar productos alimenticios alterando la composición). Según el Reglamento 1331/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de autorización común para aditivos, enzimas y aromas alimentarios, estas son sustancias no utilizadas como alimentos ni ingredientes, pero que, con valor nutritivo o no, se convierten en componentes del producto alimenticio⁽⁶⁵⁾. También se tipifica el **envenenamiento de animales**, cuando se trata de envenenar o sacri



Has leído todo contenido gratuito.

Accede sin límites a esta obra con todo el rigor de los contenidos expertos Legis.

[Suscríbete aquí](#)