

LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA: ¿OFRECEN UNA PROTECCIÓN ADECUADA DE LOS CONSUMIDORES?*

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA**

1. RAZONES PARA UNA REFORMA

LOS DELITOS CONTRA LA SALUD pública estaban agrupados en el Código Penal (CP) anterior (texto refundido de 1973) junto a un conglomerado de delitos de muy diversa naturaleza¹, sin que pudiera extraerse ningún elemento común a todos ellos que justificara su agrupación, como podría ser el bien jurídico protegido, las modalidades de la conducta o formas de agresión, el sujeto pasivo², etc. En efecto, los delitos a los que vamos a dedicar nuestra atención en este estudio aparecían bajo la misma sección y rúbrica junto con los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y contra el medio ambiente, lo que ya da idea suficiente de la heterogeneidad de estos delitos, por no mencionar los demás que tuvieron cabida en el mismo título, como los relativos a la infracción de las leyes sobre inhumaciones y de la violación de sepulturas, contra la seguridad del tráfico, contra la seguridad en el trabajo, entre otros.

Los delitos contra la salud pública aparecen ahora recogidos en el CP de 1995 en un título³ que ha experimentado numerosos e importantes cambios, incluida su denominación. Probablemente, la novedad más significativa está constituida por la nueva distribución de las diversas figuras delictivas, por lo general más acertada que la del CP anterior. Asimismo, este conjunto de delitos ha merecido ahora un capítulo independiente⁴, lo que si bien es ciertamente satisfactorio, es más discutible el acierto de que continúen

*Este trabajo está dedicado a la memoria del profesor don Marino Barbero Santos.

**Catedrático de Derecho Penal, Universidad del País Vasco/EHU, Lejona (Vizcaya).

¹Agrupados en el Título V del CP anterior, que llevaba por rúbrica "De la infracción de las leyes sobre inhumaciones, de la violación de sepulturas y de los delitos de riesgo en general". Sobre la regulación pasada v. C. M. ROMEO CASABONA, *Delitos contra la salud pública*, en *Enciclopedia jurídica básica*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 2032 y ss.

²Si bien es cierto que podía encontrarse un sujeto pasivo común, la sociedad en cuanto colectividad no institucionalizada de los ciudadanos, ni era un criterio aceptado de forma unánime (p. ej., v. J. M. RODRIGUEZ DEVESA / A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 18ª ed., Dykinson, Madrid, 1995, pp. 597 y s.) ni parecía ser una perspectiva con suficiente fuerza unificadora, pues había otros delitos con idéntico sujeto pasivo ubicados en otros títulos del anterior CP.

³Es el Título XVII, de 1 Libro II del Código Penal, que lleva por rúbrica la siguiente: "De los delitos contra la seguridad colectiva".

⁴Se trata del Capítulo III, "Delitos contra la salud pública".

compartiendo la misma ubicación con los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 a 378), los cuales deberían figurar en un capítulo independiente, dadas las numerosas diferencias y particularidades que, como es evidente, presentan éstos últimos en relación con los demás delitos con los que comparten el capítulo. De todos modos, más abajo volveremos de nuevo sobre otros aspectos relativos a estas apreciaciones sistemáticas.

Más relevante que la cuestión acabada de evocar –que era al fin y al cabo un defecto formal, sin que, no obstante, deba menospreciarse su importancia–, era la configuración de muchos de estos delitos en el CP anterior como delitos de peligro abstracto, sin que en muchas ocasiones fuera preciso acreditar la exigencia de la peligrosidad de la acción típica, característica de la acción que con el nuevo CP de 1995 ha de quedar claramente comprobada, dado que este es un principio general a todas las figuras delictivas, como se deduce del actual artículo 16⁵.

Finalmente, tanto la naturaleza de estos delitos, que ya hemos comentado, como el casuismo del que adolecían, la escasa idoneidad de gran parte de ellos para hacer frente a las nuevas formas criminales gravemente atentatorias para la salud de los consumidores, así como la persistencia de algunas figuras delictivas conflictivas por su difícil encaje dogmático, su anacronismo o, incluso, su nula justificación político-criminal, imponían una profunda revisión de estos delitos con el fin de revestirles de una configuración más moderna y útil para las necesidades político-criminales actuales.

Indudablemente sigue en pie la cuestión de si el nuevo régimen penal establecido por el CP de 1995 es suficiente para hacer frente a las nuevas y en ocasiones muy graves formas de manifestación de atentados contra la salud colectiva. Pero en términos más generales, el dilema continúa siendo sobre todo si el Derecho Penal es un instrumento adecuado para esa protección, incluso respetando su carácter de *ultima ratio*. Algunos sucesos de especial impacto social (p. ej., los casos de la talidomida, del síndrome tóxico del aceite de colza, del sida transmitido a través de la sangre y otros componentes biológicos humanos y, más recientemente, el de la encefalopatía espongiiforme bovina –EEB–, que en el ser humano se manifiesta como la enfermedad de Kreutzfeld-Jakob)⁶, por haberse visto afectados grupos numerosos de la población, en ocasiones plantearon serias dificultades de tipicidad, de causalidad (ante la dificultad o imposibilidad de contar la evidencia científica que acreditara el vínculo causal, aspecto éste cada vez más frecuente) e incluso la cuestionable idoneidad de la respuesta punitiva. En los últimos años está siendo muy intenso el debate –que tan sólo acaba de empezar– sobre la bondad o el riesgo que ofrecen los alimentos y otros productos transgénicos⁷, respecto al cual se pone

⁵Así lo entienden, p. ej., J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General, II*, 6ª ed., Madrid, 1998, p. 154; E. SOLA RECHE, La peligrosidad de la conducta como fundamento de lo injusto penal, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. I, pp 167 y ss.(como criterio dogmático anterior al CP de 1995); el mismo, *La llamada "intensiva inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, p. 225 (y su fundamentación dogmática en pp. 74 y ss.).

⁶V. sobre estos casos, Arm. KAUFMANN, *Tatbestandmassig-eit und Verursachung im ConterganVerfahren*, en *Juristenzeitung*, 1971; C. M. ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, Madrid, 1994, p. 404; J. M. PAREDES CASTAÑÓN / M. T. RODRIGUEZ MONTAÑÉS, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995.

⁷Sobre los primeros v. el sugestivo estudio de F. PÉREZ ALVAREZ, F., *Alimentos transgénicos y Derecho Penal. Apuntes para una reflexión*, C. M. Romeo Casabona (Ed.), "Genética y Derecho Penal", Cátedra Interuniversitaria Fundación BBVA - Diputación Foral de Bizkaia de Derecho y Genoma Humano, Universidad de Deusto y Universidad del País Vasco/EHU - Editorial Comares, Bilbao - Granada (en prensa).

de manifiesto el enfrentamiento irreconciliable existente entre los productores y distribuidores, por un lado, y los consumidores (representados por organizaciones no gubernamentales), por otro, mientras que las administraciones públicas, incluidas las comunitarias, descubren su escasa capacidad para tomar la iniciativa y asumir lo más conveniente para los intereses de todas las partes implicadas. Estos casos y otros menos llamativos, pero de no menor relevancia y complejidad dogmática y político-criminal⁸, han exigido un replanteamiento y una reflexión más cuidadosa sobre cómo ha de contribuir el derecho –además de otros instrumentos sociales– a la protección de la salud de los consumidores.

Lo cierto es que en este ámbito la intervención administrativa preventiva, rápida y directa ha de ser mucho más eficaz que cualquier intervención penal, para lo cual es necesario atender a construcciones nuevas. Algunas de ellas podrían ser de utilidad para el Derecho Penal, como es el caso del principio de precaución⁹. El compromiso del Derecho Penal en relación con la salud pública de los consumidores ha sido mucho más limitado hasta el momento y sobre todo represor, bien que incluso este modesto cometido se ha cumplido con escaso alcance. También es mayor el riesgo de que quede relegado a una casi exclusiva función simbólica que si bien es un efecto ligado inevitablemente al Derecho Penal, no debe limitarse nunca a esta sola adscripción, pues aparte de desnaturalizar el cometido que le es propio, comporta al mismo tiempo un deterioro y una pérdida de credibilidad por parte de los ciudadanos. A pesar de todo, debe reafirmarse la importante función preventiva que también puede desempeñar el Derecho Penal para la protección de la salud colectiva de los consumidores por diversos caminos, uno de ellos el desarrollo de la responsabilidad civil y penal por el producto, en la que con frecuencia el bien jurídico afectado no va a ser ya –o tan sólo– ese bien supraindividual, sino la salud y la vida de personas determinadas¹⁰.

2. ALCANCE DE LA REFORMA DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

Ciertamente, estos delitos han experimentado una profunda revisión, y por lo general ha sido acertada, al menos comparativamente en relación con la situación del CP anterior, sin perjuicio de las observaciones señaladas más arriba sobre la necesidad de un Derecho Penal más ágil y moderno para combatir estos delitos.

Sobre las figuras delictivas que han sido suprimidas o bien revisadas con cierta profundidad nos ocuparemos más abajo, cuando abordemos cada grupo de delitos en particular. Sin embargo, merece la pena dedicar una mayor atención a otras dos figuras delictivas que no guardan relación directa con las demás y también han sido suprimidas, pero que

⁸V. un caso paradigmático, estudiado en nuestro país por M. E. IÑIGO CORROZA, "El caso del 'producto protector de la madera' (Holzschutzmittel). Síntesis y breve comentario de la sentencia del Tribunal Supremo alemán", *Actualidad Penal*, 1997, pp. 439 y ss.

⁹Sobre su posible traslación al Derecho Penal, dentro de unos límites, v. C. M. ROMEO CASABONA, "El principio de precaución en el Derecho Penal", en *Revista de Derecho Penal y Criminología* (en prensa).

¹⁰Así lo ponen de relieve, W. HASSEMER / F. MUÑOZ CONDE, *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995, pp. 56 y ss; M. A. CUADRADO RUIZ, "¿Protege el Derecho Penal a los consumidores?", en *Actualidad Penal*, 1999, p. 394.

en su momento plantearon numerosas conjeturas sobre su estructura dogmática y suscitaron abiertas críticas a su permanencia en el CP desde consideraciones político-criminales. Me refiero al delito de propagación maliciosa de enfermedades y al delito calificado por el resultado de muerte.

2.1. *La desaparición del delito de propagación maliciosa de enfermedades*

No se ha mantenido en el CP vigente el delito de propagación maliciosa de enfermedades (art. 348 bis del CP anterior), cuya presencia en dicho cuerpo legal había suscitado importantes dudas interpretativas y no pocas reservas en la doctrina, como vamos a comprobar a continuación.

Mucho se discutió acerca de este delito y su alcance¹¹, en particular si era aplicable o no al contagio malicioso de enfermedades venéreas (hoy, enfermedades de transmisión sexual, ETS), como parece ser que fue el propósito del legislador, objetivo fracasado por lo demás, a la vista de su nula aplicación por los tribunales de justicia durante su dilatado período de vigencia entre 1958 y 1996. Lo cierto es que la doctrina consideraba de forma unánime superados los inconvenientes que presentaban para algunos estudiosos los delitos de lesiones corporales hasta su profunda reforma en junio de 1989, pues desde esa fecha, y por supuesto también en su régimen legal actual, esos delitos permiten cubrir mejor los perjuicios de diversa índole producidos en la salud de otra persona¹².

Por tal motivo, se estimaba que este delito tenía que ser considerado como atentatorio contra la salud pública, y de conformidad con dicha naturaleza únicamente existiría cuando se propagase una enfermedad contagiosa (aunque no fuera necesariamente ETS, p. ej., como sucede con el sida) para el ser humano a personas indeterminadas, incluso aunque éstas no llegaran a padecer la enfermedad, aunque pudieran convertirse a su vez en transmisores. El texto legal utilizaba la expresión 'propagar', que admitía cualquier medio de extensión de la enfermedad (p. ej., a través de animales o instrumentos, como una jeringuilla; aunque la sola inoculación del agente patógeno a estos medios no debía entenderse suficiente para ser considerada ya como propagación) y no sólo la transmisión directa a personas, aunque fueran indeterminadas. Para la consumación bastaba con la comprobación de que se habían realizado efectivamente actos de extensión de la enfermedad en personas, por lo que era un delito de peligro abstracto. Además de la búsqueda de una ubicación correcta de este delito y la delimitación de su tipo objetivo, la dificultad mayor radicaba en el tipo subjetivo, según se entendiese que la expresión

¹¹V. J. A. SAINZ CANTERO, "El delito de propagación maliciosa de enfermedad transmisible a las personas", *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1967, pp. 13 y ss.; J. BOIX REIG, "Consideraciones críticas sobre el art. 348 bis del Código Penal (Propagación maliciosa de enfermedades)", en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, pp. 97 y ss. V. más recientemente, y en relación específica sobre su posible aplicación a los casos de transmisión del sida, L. ARROYO ZAPATERO, "La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate sobre la posible incriminación de las conductas que comportan riesgo de transmisión del sida", *Derecho y salud*, Vol. 4, N° 2, 1996, pp. 207 y ss.; C. M. ROMEO CASABONA, "Sida y Derecho Penal", en *Problemas del tratamiento jurídico del sida*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pp. 71 y ss.; el mismo, "El sida en las prisiones. Transmisión del sida entre reclusos", en VII Jornadas Penitenciarias Andaluzas, Junta de Andalucía, 199, pp. 51 y ss.

¹²Opinión extendida, que más recientemente ha sido también sustentada comparando con el delito derogado por ARROYO ZAPATERO, "La supresión del delito de propagación maliciosa de enfermedades y el debate...", cit., p. 211.

‘maliciosamente’ abarcaba únicamente el dolo directo o también el dolo eventual¹³, bien que se consideraba excluida la posibilidad de su comisión culposa o imprudente. Este criterio tan restrictivo era sustentado mayoritariamente, y de acuerdo con el cual el sujeto activo había de conocer la potencialidad de la enfermedad como transmisible a las personas y tener la intención de propagar la enfermedad, intencionalidad presumiblemente poco frecuente, aunque no imposible. Si lo que pretendía el sujeto activo era el contagio por ese procedimiento a una o varias personas determinadas o determinables habría un concurso con el resultado material causado o intentado (homicidio o lesiones corporales).

La doctrina estaba dividida en torno a si el concurso era de leyes o de delitos. En atención a que se encontraban afectados dos bienes jurídicos distintos (la salud pública y la vida o la salud individual), parecería más correcta la solución del concurso de delitos, por lo que la pena habría de reflejar ambos delitos (art. 71 del CP anterior). Sin embargo, a pesar de la oscura redacción del último inciso del art. 348 bis –según el cual el Tribunal podría imponer la pena superior inmediata, “teniendo en cuenta el grado de perversidad del delincuente, la finalidad perseguida o el peligro que la enfermedad entrañare”–, parecía que la voluntad de la ley era que se castigase en cualquier caso por uno solo de los delitos (concurso de leyes): si el hecho constituía un delito más grave, por éste, y si era de menor gravedad, por el de propagación maliciosa, pues en esta última hipótesis, *a sensu contrario*, se habría excluido la posibilidad de castigar por el delito de resultado, por lo que era incongruente la primera solución¹⁴.

En resumen, la impresión de la virtual inaplicabilidad de este precepto, dada su rígida estructura típica, así como las propias dificultades que generaba su interpretación, en algunos casos excesivamente restrictiva, así como su comprobada falta de aplicación, conducían a la conclusión de que debía desaparecer del CP¹⁵, criterio que era no sólo compartido por la doctrina de forma unánime, sino también por el propio (pre-)legislador, pues ya previeron su supresión el Proyecto de CP de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto de nuevo CP de 1983. Como quedó dicho, esta decisión ha sido asumida por fin por el legislador de 1995.

2.2. El delito calificado por el resultado de muerte

La misma suerte ha corrido la agravación general a todos los delitos contra la salud pública y el medio ambiente, estructurada como delito calificado por el resultado de muerte. Esta desaparición debe ser asimismo celebrada, tanto por constituir un exponente del CP anterior de exacerbación censurable de servidumbre a fines preventivo generales cuanto por haber sido un fracaso para tal propósito, como se verá más abajo, además de presentar no pocas dificultades interpretativas sobre su régimen concursal.

¹³Frente a la primera opinión, que era entonces mayoritaria –y continúa siéndolo hoy en relación con otros delitos que todavía utilizan esta expresión u otras equivalentes–, comparto el criterio de quienes sustentan la segunda (p. ej., J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español, Parte General*, 11, cit., p. 130), lo que daría una mayor amplitud al término que se discute en el texto.

¹⁴La complejidad concursal de este delito fue puesta en evidencia por J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación del resultado: ¿concurso de leyes?”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1994, fasc. 1, pp. 132 y ss., quien expone una variedad de hipótesis posibles y sólo alguna de ellas llevaría al concurso de delitos (pp 135 y s.).

¹⁵Ya en este sentido, con anterioridad, ROMEO CASABONA, “Sida y Derecho Penal”, cit., p. 74.

De acuerdo con el tenor de este delito¹⁶, cuando “por consecuencia de cualquiera de los hechos comprendidos en los artículos anteriores resultara muerte”, se aplicará al culpable la pena de reclusión menor, además de las penas pecuniarias establecidas en los delitos correspondientes contra la salud pública (art. 348 del CP anterior). Eran numerosos los problemas planteados por este precepto, que se integraba dentro de los delitos cualificados *por* el resultado de lesión y parecía querer responder a una regla particular de concurso ideal de delitos al margen de la general (art. 71 del CP anterior).

Por lo pronto, había que interpretarlo de acuerdo con el principio de culpabilidad, por lo que le era aplicable la restricción coherente con el principio de culpabilidad de que el resultado de muerte habría de ser doloso o imprudente (art. 1.2° del CP anterior). Por lo general se coincidía en admitir sin discusión la inclusión de la combinación dolo-imprudencia (hecho contra la salud pública doloso y resultado de muerte imprudente) que estaría unida por una relación de causalidad adecuada. Por otro lado, con el fin de mantener la coherencia con la finalidad cualificante de la pena, si el delito contra la salud pública y el resultado de muerte fueran dolosos habría que aplicar las reglas concursales generales y no el art. 348 (v. art. 68 del CP anterior), pues de lo contrario recibía un tratamiento beneficioso, aunque la jurisprudencia y algún autor lo admitían si el resultado se producía con dolo eventual¹⁷. Finalmente, la combinación culpa-culpa (imprudencia en la conducta peligrosa y en el resultado de muerte) fue rechazada por unos, por razones de justicia material, pero aceptada por otros —que era la tesis que parecía más defendible, puesto que no había base legal para excluir la aplicación del precepto hoy derogado—, siempre que estuvieran unidas por una relación de causalidad adecuada.

Si junto a la muerte se producían otros resultados de lesiones, éstas se debían regir por las reglas generales del concurso delictivo, al igual que si no había resultado de muerte, pues resultaba inaplicable el art. 348 (por tanto, concurso entre el delito contra la salud pública y el o los de lesiones); si eran varias las muertes producidas, una debía integrar el tipo del art. 348 y a las demás habría que aplicar también las reglas concursales generales¹⁸.

3. ASPECTOS COMUNES A TODOS LOS DELITOS

3.1. *El bien jurídico protegido: el concepto de salud pública*

Estos delitos constituyen agresiones a la salud pública, que es el bien jurídico protegido. La salud pública en cuanto tal aparece recogida en la Constitución de 1978 como uno de los principios rectores de la política social¹⁹:

¹⁶V. sobre este delito, J. R. CASABÓ RUIZ, “El artículo 348 del Código Penal”, en *Delitos contra la salud pública*, Valencia, 1977, pp. 113 y ss.

¹⁷Así lo entendió, p. ej., la STS 4 de marzo de 1985.

¹⁸V. sobre estos problemas, HERNÁNDEZ PLASENCIA, “Delitos de peligro con verificación del resultado: ¿concurso de leyes?”, cit., pp. 129 y ss., quien, acertadamente, entendía que por un lado se planteaba un concurso de delitos entre el tipo de lesión y el de peligro correspondiente y a su vez el resultante de este bloque entraba en concurso de leyes con el tipo agravado del art. 348 (principio de la alternatividad, art. 68 del CP anterior).

¹⁹Según el art. 43.2 de la Constitución: “Compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”.

Como bien jurídico penalmente protegido, la salud pública debe ser entendida como la salud de la colectividad, esto es, la salud física y psíquica de los ciudadanos, más allá de la salud individual, es decir, de la salud de cada uno de aquéllos considerada de forma personal o individual²⁰, es decir, más allá de la salud de aquéllos considerada de forma personal o individual²¹, la cual no tiene por qué verse afectada por estos delitos, pues en ellos la *ratio legis* es el riesgo general para la colectividad, y por ello su estructura típica encaja mal con esa vertiente individual.

Como se ha apuntado con razón²², que estos delitos se sitúan en la problemática común a otros en los que se protegen bienes jurídicos colectivos, como si son realmente bienes jurídicos intermedios e instrumentales para la protección de otros bienes individuales, sobre qué ha de predicarse el resultado de lesión del bien jurídico, etc., cuestiones del máximo interés en las que no podemos entrar aquí.

Este bien jurídico protegido ha de tenerse muy presente siempre en el estudio e interpretación de estas figuras delictivas, puesto que es el único medio disponible para interpretar correctamente los tipos delictivos en algunas ocasiones en las que se observa cierta indeterminación en la descripción legal de los mismos. Por ello, y a pesar de la variedad de figuras delictivas que protegen la salud pública, tampoco puede verse en ellas una protección directa de los diversos intereses de los ciudadanos en cuanto consumidores, entre los que efectivamente destacan los relativos a la salud, a la seguridad y los económicos. La protección de éstos últimos se obtendrá sobre todo a través de los delitos, también presentes en el CP vigente, relativos a la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262) y delitos relativos al mercado y a los consumidores (arts. 278 y ss.), así como en otros casos a través de la estafa y las demás defraudaciones (arts. 248 23 y ss.)²³.

3.2. La configuración de los delitos contra la salud pública como delitos de peligro concreto o de peligro abstracto-concreto

Una parte de estos delitos del CP de 1995 presenta la estructura de delitos de peligro concreto, a diferencia de la situación anterior, en la que dominaba la estructura propia de los delitos de peligro abstracto. De acuerdo con la naturaleza propia de estos delitos,

²⁰Así, R. GARCÍA ALBERO, en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.) y J.M. VALLE MUÑIZ (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 958. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 603. Sin embargo, J. BOIX REIG y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Valencia 1999, p. 666, acentúa su dimensión individual, cuando apunta a un bien jurídico colectivo de referente individual. Por su parte, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª ed. Madrid, 2000, p. 625, entiende que el bien jurídico es la salud pública, que comprende tanto la individual como la colectiva.

²¹Así, R. GARCÍA ALBERO, en G. QUINTERO OLIVARES (dir.) y T.M. VALLE MUÑIZ (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, 1996, p. 958. F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 12ª ed., Valencia, 1999, p. 603; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *El delito farmacológico*, cit., pp. 49 y ss. Sin embargo, J. BOIX REIG y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, 3ª ed., Valencia 1999, p. 666, acentúa su dimensión individual, cuando apunta a un bien jurídico colectivo de referente individual. Por su parte, A. SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal, Parte Especial*, 5ª ed. Madrid, 2000, p. 625, entiende que el bien jurídico es la salud pública, que comprende tanto la individual como la colectiva.

²²V. B. FEIJÓO SÁNCHEZ, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) y A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 985.

²³Sobre ellos v. CUADRADO RUIZ, *¿Protege el Derecho Penal a los consumidores?*, pp. 379 y ss.; J.J. GONZÁLEZ RUS, *Los intereses económicos de los consumidores. Protección penal*, Madrid, 1986; J. U. HERNÁNDEZ PLASENCIA, "El delito publicitario", en *Actualidad Penal*, 1997, pp. 1095 y ss.; I. MUÑAGORRI LAGUÍA, *La protección penal de los consumidores frente a la publicidad engañosa*, Granada, 1998.

es preciso que el bien jurídico protegido haya corrido un peligro efectivo en la situación determinada (resultado de peligro concreto; p. ej., así ocurre con los delitos de los arts. 361 y 362), aunque se trate de la vida y la salud de las personas, es decir, de personas determinadas o determinables, y no ya de la salud pública.

De todos modos, no pocos de ellos se han mantenido todavía como delitos de peligro abstracto, de modo que si la *ratio legis* es la indicada protección de la salud pública de los ciudadanos colectivamente considerados, no es preciso para que exista el delito que se haya producido una efectiva lesión de su salud, ni tan siquiera que se haya puesto en peligro concreto. Sin embargo, todos éstos han sido transformados con el matiz de que la conducta ha de presentar una aptitud para la producción del daño. En realidad, y como tenderemos ocasión de comprobar en su momento, son delitos de peligro abstracto-concreto –o de peligro hipotético, para otros– (arts. 359, 360, 363, 364 y 365 del CP), siguiendo las denominaciones más extendidas. Se introduce así una acertada restricción respecto a sus homónimos precedentes, dado que a pesar que esta técnica de tipificación comporta un adelanto de la intervención del Derecho Penal, la acción ha de mostrarse en todo caso *peligrosa ex ante*. Pero, por otro lado, con la exclusión de todo resultado en el tipo se soslayan los numerosos problemas probatorios que conciernen a la necesaria relación de causalidad entre resultado y la acción típica, los cuales podrían dar al traste a la efectividad preventiva de estos delitos, pues al ser esta materia muy proclive a que sea desconocida con frecuencia la evidencia científica o de experiencia que pueda servir de base para el esclarecimiento de la ley causal que preside y engarza aquéllos, muchas veces habría que concluir en el archivo del sumario o en la absolución del procesado.

3.3. *Pervivencia de normas penales en blanco*

Algunos delitos contienen también normas penales en blanco, en cuanto que el tipo –la conducta prohibida– no aparece descrito de forma completa por la ley, sino que remite para su acotación a otras disposiciones legales o reglamentarias extrapenales, a veces especialmente abundantes, complejas y cambiantes. Admitida su conformidad con la Constitución por el Tribunal Constitucional, éste exige, no obstante, varios requisitos²⁴: 1º que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón de bien jurídico protegido por la norma penal; 2º que el núcleo esencial de la prohibición o del mandato aparezca ya descrito en la propia ley penal en blanco, además de señalar la pena; y 3º que sea satisfecha la exigencia de certeza²⁵. En efecto, puede estarse de acuerdo en que la naturaleza de estos delitos y el bien jurídico protegido impiden soslayar esta técnica de tipificación, por lo general de forma correcta, si bien en algún caso sea discutible que se haya logrado satisfactoriamente la descripción de la conducta prohibida o la exigencia de certeza.

²⁴En este sentido, entre otras, SsTC 127/90, de 5 de julio y 372/93, de 13 de diciembre.

²⁵En este sentido apunta la STC 120/1998 “que se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite”.

3.4. *Comisión por imprudencia*

Puesto que el CP de 1995 introdujo el sistema del *numerus clausus* en relación con el castigo penal de la imprudencia (art. 12), y aparentemente también el de la excepcionalidad de su punibilidad, se incluye una figura de imprudencia grave para todos estos delitos (art. 367)²⁶. Este precepto actúa como una verdadera cláusula general o *crimina culposa* en relación con este grupo de delitos, técnica en principio poco aconsejable por los problemas de interpretación que ha generado en relación con otros delitos en los que se ha recurrido a una forma de remisión general semejante.

En estos delitos contra la salud pública los problemas interpretativos podrán venir de la comprobación de si efectivamente todos los tipos dolosos admiten la comisión imprudente, lo que puede resultar discutible cuando menos en aquéllos que contienen un elemento subjetivo de lo injusto. Pero además, dada la estructura que presenta la mayor parte de ellos en su modalidad dolosa como delitos de peligro abstracto-concreto, estaríamos en estos casos ante delitos imprudentes de acción peligrosa sin resultado (delitos imprudentes de simple actividad), lo que estrecha todavía más su proximidad conceptual con los propios delitos dolosos correspondientes, no siendo sencilla su necesaria delimitación respectiva^{27, 28}, pues, al menos de acuerdo con la distinción establecida por ley, no pueden identificarse.

La pena prevista para la comisión imprudente será la inferior en grado a la establecida para el delito doloso correspondiente, disminución congruente con el menor desvalor de injusto de aquélla.

3.5. *Clasificación legal de los delitos contra la salud pública*

Aparte de los delitos de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, que hemos dejado al margen de nuestra atención, se distinguen claramente tres bloques de delitos: elaboración y suministro de sustancias nocivas (arts. 359 y 360); elaboración y distribución de medicamentos (arts. 361 y 362); y relativos a los productos alimentarios (arts. 363 a 365).

La nítida separación de estos tres bloques (además de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias tóxicas, cuya separación en un capítulo autónomo se sugirió más arriba), y de sus disposiciones comunes, aconsejaría su distribución en otras tantas secciones en un mismo capítulo, teniendo en cuenta los distintos ámbitos de protección de la salud de los consumidores a que responden, y por ello su relativa autonomía de unos respecto de otros²⁹.

²⁶V. STS 12 de abril de 1989, sobre una condena por imprudencia en relación con estos delitos contra la salud pública.

²⁷Así lo plantea también GARCÍA ALBERO, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, cit., pp. 995 y s.

²⁸Este problema se presenta también en otros delitos, como, p. ej., los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, cuyo art. 331 contiene una remisión punitiva de la imprudencia a todos los dolosos anteriores, que contienen a su vez tipos con la estructura de peligro concreto o abstracto-concreto.

²⁹En sentido similar FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 985 y s., quien incluso va más allá —en mi opinión de forma innecesaria—, proponiendo incluso un capítulo distinto relativo a los delitos de riesgos para la vida y la salud de los consumidores, del que formarían parte los delitos farmacológicos y los delitos relativos al consumo.

4. ELABORACIÓN Y SUMINISTRO DE SUSTANCIAS PELIGROSAS

Son dos los tipos penales relacionados con sustancias peligrosas. El primero de ellos consiste en elaborar despachar, suministrar o comerciar sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos sin la debida autorización. Este tipo presenta en realidad dos grupos de conductas alternativas (estructura de tipo mixto alternativo), pues basta la realización de la primera o de cualesquiera de las demás (art. 359 CP).

El segundo tipo delictivo se refiere despachar o suministrar estando autorizado para traficar con esas sustancias y productos, pero sin cumplir con las formalidades previstas en las leyes y reglamentos respectivos (art. 360 CP). Esta remisión resulta demasiado inespecífica, como ya ocurría con su predecesor (art. 342 del CP anterior), pues no describe de forma suficiente el núcleo de la conducta prohibida.

El objeto material común a estos delitos son las sustancias nocivas para la salud y los productos químicos que pueden causar estragos. Las primeras han de ser nocivas o perjudiciales en si mismas por sus propiedades, pero no por su estado o composición circunstancial o por su mayor o menor tolerancia por cada persona en particular. Productos químicos serán los explosivos, sustancias inflamables, etc., potencialmente capaces de producir destrucciones o daños de especial gravedad (estragos)³⁰.

La acción de elaborar significa la producción o creación de las sustancias o productos. En el CP anterior se requería que la elaboración se realizase con la intención de su expendición posterior, elemento subjetivo que ha sido suprimido, por lo que el delito se agota con la mera elaboración de esos productos. Despachar, suministrar (verbos comunes a ambos tipos delictivos)³¹ o comerciar son acciones de gran semejanza que consisten en diversas formas de proporcionar, con precio o sin él, las sustancias objeto del delito; tal vez el término “suministrar” acogería todos, por ser más neutro, lo que contribuiría a simplificar la redacción del precepto.

Sujeto activo del delito puede serlo cualquiera, aunque por lo general lo serán personas que actúan en conexión con su ejercicio profesional.

Dada la peligrosidad de las materias cuya elaboración y tráfico se pretende limitar a personas expertas, es necesario que se opere sin la autorización preceptiva (se ha añadido ahora un “debidamente”, que no aporta nada al contenido de la autorización: o ésta ha sido obtenida de acuerdo con los procedimientos y en los casos oportunos o no es válida) o, en el caso de estar autorizado para su tráfico, que el sujeto no se haya sometido a las prescripciones legales o reglamentarias previstas para su despacho o suministro. Si el sujeto se halla autorizado para elaborar o comerciar con los productos aludidos, pero no cumple las formalidades legales o reglamentarias –que también existen–, no es aplicable el delito, pues estas acciones no se hallan incluidas en el art. 360.

Las penas son de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para profesión o industria por tiempo de seis meses a dos años (art. 359) y multa de seis a doce meses, e inhabilitación especial para la profesión u oficio

³⁰V. STS 9 de julio de 1982.

³¹Cfr. sin embargo, el CP anterior: vender, término que no guardaba relación con las conductas del art. siguiente. Además, el de suministrar que utiliza el CP actual es más adecuado, pues acoge supuestos tanto venales como no venales.

por tiempo de seis meses a dos años (art. 360). Además, la pena de inhabilitación será de tres a seis años cuando los hechos sean cometidos por farmacéuticos o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados, en cuyo nombre o representación actúen (art. 362.2 CP). Para otros profesionales la inhabilitación puede llegar hasta los diez años e, incluso, hasta los veinte si es autoridad o agente de la misma (art. 372).

Esta última remisión agravatoria indiscriminada a todos los delitos del capítulo es excesiva y desproporcionada, al menos en relación con éstos que estamos examinando ahora, y el hecho de que en el indicado precepto se vuelva a incluir al farmacéutico (es decir, tanto en el art. 362 como en el 372) revela lo poco meditada que ha sido tal extensión del ámbito de la inhabilitación y confirma una vez más lo “generoso” que ha sido el legislador al recurrir a esta pena, cuya aplicación no figurará en las estadísticas penitenciarias, pero tal vez sí en las más imprecisas del desempleo.

Las características de estos delitos y su propio contenido, la excesiva dureza de las penas en algunos casos, la disponibilidad de otras vías penales y extrapenales para reaccionar adecuadamente frente a las conductas que recogen y su inaplicación por los tribunales de justicia, son razones que abundan a favor de su desaparición.

5. ELABORACIÓN Y SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS

Las conductas punibles, agrupadas en los arts. 361 y 362, apenas han sido modificadas en relación con el CP anterior³², con la salvedad de alguna ligera ampliación o mejora técnica. En cualquier caso, todos los tipos han pasado a ser delitos de peligro concreto, lo sí es significativo, pues se ha de producir un resultado de peligro para la vida o salud de las personas, lo que implica una importante restricción punitiva, en este caso satisfactoria.

Por otro lado, ha sido suprimido el delito de expendición de medicamentos de cualquier clase o medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades establecidas (art. 343 bis del CP anterior)³³, lo que también ha de acogerse favorablemente, tanto por el contenido prácticamente formal de esta infracción como por su nula aplicación por los tribunales de justicia.

En primer lugar, debe aclararse el concepto de medicamento, pues es el objeto material, directo o indirecto de todos estos delitos. Para tal fin ha de acudir a la Ley del Medicamento³⁴, que lo define como “toda sustancia medicinal y sus asociaciones o combinaciones destinadas a su utilización en las personas o en los animales que se presente dotada de propiedades para prevenir, diagnosticar, tratar, aliviar o curar enfermedades o dolencias o para afectar a funciones corporales o al estado mental. [...]” (art. 8.1). A estos efectos son también aplicables las definiciones que proporciona esta ley sobre ‘sustancia medicinal’, ‘especialidad farmacéutica’, ‘medicamento prefabricado’, ‘fórmula magistral’ y ‘preparado o fórmula oficinal’ (art. 8). Téngase en cuenta que tal disposición considera

³²V. sobre estos delitos en el CP anterior, L. RODRÍGUEZ RAMOS, “Las nuevas responsabilidades penales de los farmacéuticos”, *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, tomo V, vol. 2º, 1985; F. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, “El delito farmacológico”, cit., pp. 183 y ss.

³³V. sobre este delito, críticamente, ROMEO CASABONA, *El derecho y la bioética ante los límites de la vida humana*, cit., pp. 257 y ss.

³⁴Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento.

medicamento tanto el que se utiliza en las personas como en los animales; sin embargo, la atención al bien jurídico penalmente protegido en estos delitos impide extender el concepto al producto destinado al consumo veterinario³⁵. En relación con el CP anterior se discutió si la sangre humana destinada a ser transfundida a terceros entraría ahora en el concepto de medicamento³⁶. No cabe duda que debe responderse afirmativamente. La Ley del Medicamento aporta argumentos a favor de esta interpretación, tanto a partir de la definición amplia de medicamento que se ha visto que consagra, cuanto del régimen específico previsto para los medicamentos de origen humano (art. 40)³⁷. En cuanto a los tipos delictivos relativos a esta materia de los medicamentos, los estudiamos a continuación.

5.1. *Despachar medicamentos deteriorados*

La acción típica de este delito consiste en expender o despachar medicamentos deteriorados o caducados, o en incumplir las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituir unos por otros, y con ello se ponga en peligro la vida o la salud de las personas (art. 361 CP). El hecho viene a significar que el producto ha perdido sus propiedades medicinales –o no las posee de origen– y por ello se ha convertido en inocuo o, incluso, en tóxico para el ser humano.

Es muy importante tener presente en esta materia la abundante normativa reglamentaria existente³⁸.

Despachar significa vender³⁹. Expende, nueva dicción introducida por el legislador, no parece tener un significado distinto al de despachar (v. Diccionario de la RAE), por lo que para evitar las dificultades interpretativas que ha suscitado la anterior redacción del precepto, el término más adecuado hubiera sido, una vez más, el de suministrar.

El objeto material del delito ha de recaer necesariamente sobre medicamentos de calidad apropiada en su origen, pero que han experimentado un deterioro o pérdida de sus propiedades, por el transcurso del tiempo o por deficiencias en su conservación, en sentido amplio. La caducidad del producto –indicada en el propio envase– implica ya el riesgo de la pérdida de sus propiedades medicinales.

Para la citada STS 18 de noviembre de 1991 no lo es proporcionar sangre infectada en el propio hospital para su transfusión, puesto que está prohibida la venta de aquella.

³⁵En este sentido también se ha pronunciado la jurisprudencia: SsTS 27 de abril de 1989, 21 de mayo de 1990.

³⁶Esta tesis fue defendida por la jurisprudencia en la STS 18 de noviembre de 1991, en la que se planteó y se resolvió afirmativamente si la sangre transfundida con el virus de inmunodeficiencia humana, causante del sida, podía tener la consideración de medicamento a los efectos de este delito. V. C. M. ROMEO CASABONA, "Responsabilidad médico-sanitaria y sida", en *Actualidad Penal*, 1993, pp. 471 y ss. y 474 y ss.

³⁷La transfusión de sangre está sometida a una abundante normativa legal y reglamentaria. V. sobre ella, J. MÉJICA, *Legislación sobre sangre humana e infecciones de transmisión sanguínea*, Granada, 1999.

³⁸V. el R.D. 1910/1984, de 26 septiembre, de receta médica; el R.D. 1564/1992, de 18 diciembre, por el que se desarrolla y regula el régimen de autorización de los laboratorios farmacéuticos e importadores de medicamentos y la garantía de calidad de su fabricación industrial; el R.D. 561/93, 16 abril, sobre las condiciones para la realización de ensayos clínicos de medicamentos; el R.D. 767/1993, de 21 de mayo, modificado por R.D. 2000/1995, de 7 de diciembre, por el que regula la evaluación, autorización, registro y condiciones de dispensación de especialidades farmacéuticas y otros medicamentos de uso humano, fabricados industrialmente; el R.D. 414/1996, de 1 de marzo, por el que se regulan los productos sanitarios; y la OM 19 abril 1985, por la que se establecen las normas de correcta fabricación y control de calidad de los medicamentos.

³⁹Para la citada STS 18 de noviembre de 1991 no lo es proporcionar sangre infectada en el propio hospital para su transfusión, puesto que está prohibida la venta de aquella.

Por lo que se refiere a expender o despachar medicamentos que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición estabilidad y eficacia, implica que por el riesgo de haberse producido variabilidades cualitativas en su composición⁴⁰ también se hayan visto alteradas sus propiedades terapéuticas o de otro tipo.

Finalmente, sustituir unos medicamentos por otros comporta riesgos de semejante entidad, sustitución que ha de consistir en entregar un medicamento con propiedades distintas a las solicitadas (se deducen éstas al indicar una marca determinada), pues de otro modo está permitida reglamentariamente la sustitución de un medicamento por otro equivalente (téngase en cuenta a este respecto el despacho de los medicamentos llamados genéricos), siempre que tenga igual composición, forma farmacéutica, vía de administración y dosificación, salvo en relación con determinados medicamentos, para cuya sustitución se requiere la autorización expresa del médico que realizó la prescripción⁴¹.

La pena es de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años. Esta pena de inhabilitación pasará a ser de tres a seis años cuando el responsable del delito sea farmacéutico o director técnico de un laboratorio legalmente autorizado, en cuyo nombre o representación actúen (art. 362.2 CP)⁴².

5.2. Alteración o imitación de medicamentos o de sustancias causantes de efectos beneficiosos para la salud

Son varias las conductas típicas que recoge el CP (art. 362.1): a) alterar, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de un medicamento, privándole total o parcialmente de su eficacia terapéutica; b) imitar o simular medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, dándoles apariencia de verdaderos, con ánimo de expenderlos o utilizarlos de cualquier manera; y, c) tener en depósito, anunciar o hacer publicidad ofrecer, exhibir, vender, facilitar o utilizar en cualquier forma los medicamentos referidos, conociendo su alteración y con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas. En todas las modalidades comisivas es necesario que se produzca, además, un peligro para la vida o la salud de las personas.

También en este caso esta prevista la agravación de la pena de inhabilitación cuando el responsable del delito sea farmacéutico o director técnico de un laboratorio legalmente autorizado (art. 362.2 CP).

Los tipos del art. 362.1 admiten una agravación de la pena (la pena superior en grado), a juicio del Tribunal, en casos de suma gravedad, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho (art. 362.3 CP). En principio es acumulable

⁴⁰V. sobre este particular los arts. 13 y 14 de la Ley del Medicamento, que se refieren a las garantías de eficacia, y de calidad, pureza y estabilidad, respectivamente.

⁴¹Cfr. la O.M. de 28 de mayo de 1986.

⁴²En relación con el CP anterior se ha modificado la agravación (antes se extendía al conjunto de las penas, por tanto también a la privativa de libertad) y los sujetos incurso en ella (antes se incluía al farmacéutico y a su dependiente). Cfr. sobre este tipo agravado M. V. SIERRA LÓPEZ, Los criterios de agravación del injusto en relación con el delito de venta de medicamentos deteriorados, "La Ley", vol. IV, 1996, pp. 1327 y ss.

con la agravación de la inhabilitación del párrafo anterior, consecuencia de nuevo desmesurada, tal vez no calculada por el legislador: No obstante este despropósito puede salvarse, al ser una agravación facultativa, a decidir por el juez o tribunal.

En ciertos casos admiten concurso con el delito de estafa y con el de infracciones de la propiedad industrial.

6. PRODUCTOS ALIMENTARIOS NOCIVOS

La mayor sensibilidad por parte de los poderes públicos por la protección de los bienes de consumo alimentario humano tiene su origen en el caso de la comercialización de aceite de colza desnaturalizado, que dio lugar al llamado síndrome tóxico y a un importante proceso judicial⁴³. Este suceso y otros relacionados con fraudes alimentarios con riesgo para la salud pública han movido al legislador a una modificación y ampliación de los tipos penales, ofreciendo una redacción más detallada de los mismos⁴⁴. En cualquier caso, en relación con estos comportamientos ilícitos no debe olvidarse las importantes funciones preventiva y de policía que corresponde al Derecho Administrativo y a las autoridades sanitarias y de consumo competentes⁴⁵, en todo caso previa a la propia intervención penal, la cual, no obstante, está plenamente justificada, dada la elevada potencialidad de causar serios daños a la salud de la población.

Dentro de este grupo de delitos se recogen varios tipos, que abarcan la fabricación, elaboración o puesta en circulación de productos alimentarios peligrosos para el consumo humano, destinar a dicho consumo animales sometidos a determinadas sustancias nocivas (p. ej., la administración de productos de engorde artificial o de crecimiento acelerado) o la contaminación de agua potable. Su correcto entendimiento requiere comprobar el atentado o riesgo para la salud pública. Por ello es frecuente el concurso de estos delitos con los de estafa y defraudaciones. Es relativamente frecuente la estructura de estos tipos como normas penales en blanco, lo que implica una remisión a una copiosa y cambiante normativa administrativa en esta materia, por lo general reciente.

6.1. Alteración de productos alimentarios

El delito que acoge el art. 363 del CP es un delito especial, pues sujeto activo sólo pueden serlo el productor, distribuidor o comerciante⁴⁶. La conducta típica contempla

⁴³V. sobre este proceso las Ss de la Audiencia Nacional 20 de mayo de 1989 y del TS 23 de marzo de 1992. Y el importante estudio doctrinal realizado por J. M. PAREDES CASTAÑÓN / M. T. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, "El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos", ya cit.

⁴⁴Sobre la magnitud del cambio legal operado compárense los trabajos de F. PÉREZ ALVAREZ, "La regulación del delito alimentario nocivo", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1993; L. RODRÍGUEZ RAMOS, "Fraudes alimentarios a la salud pública", *Comentarios a la Legislación Penal*, Madrid, tomo V, vol. 2º, 1985; y de A. DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, como muestra de la insuficiencia anterior en relación con los delitos del CP de 1995, respectivamente.

⁴⁵Cfr. sobre la cuestión, C. SUAY HERNÁNDEZ, C., "Los delitos contra la salubridad y la seguridad del consumo en el marco de las relaciones entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador", en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI, 1997, pp. 123 y ss.; N. MAURANDI GUILLÉN, "Infracciones administrativas en las materias de consumo y salud", en el mismo lugar, pp. 175 y ss.

⁴⁶V. M. A. CUADRADO RUIZ, M.A., *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario: análisis crítico del art. 363 del Código penal*, Barcelona, 1998.

estas variantes: a) ofrecer en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición, b) fabricar o vender bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud; c) traficar con géneros corrompidos; d) elaborar productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos; y, e) ocultar o sustraer efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos. En relación con esta última modalidad típica, destaca que, a diferencia de las demás, mantiene un elemento subjetivo de lo injusto, consistente en una determinada finalidad –comerciar con ellos–, que ya no pertenece al tipo (delito mutilado de dos actos). También en este último tipo la inutilización ha de responder a motivos sanitarios, pero no a cualquier otro que no afecte a la salud pública (a la salud de los consumidores), y precisamente por ello ha de tratarse de efectos de consumo humano, bien que deben ser previamente desinfectados o que ya han perdido su aptitud para el consumo y por ello han de ser destruidos (inutilizados). La jurisprudencia estima necesaria una resolución administrativa previa que los destine a su inutilización o desinfección⁴⁷.

En todos los supuestos mencionados es preciso poner en peligro la salud de los consumidores (resultado de peligro concreto), lo que no se contemplaba en el ACP en todos los hechos recogidos ahora en este precepto.

6.2. *Adulteración de alimentos*

La acción consiste en adulterar con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas los alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario (art. 364.1).

Se prevé una agravación de la pena de inhabilitación cuando el culpable fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios (de seis a diez años de duración).

Para el concepto de aditivo, debe acudir a la normativa administrativa correspondiente⁴⁸.

6.3. *Administración de sustancias a los animales destinados al consumo humano*

Los abusos cometidos con el engorde artificial del ganado utilizando sustancias nocivas para la salud humana, o el destino al consumo humano de animales sometidos a cuarentena o a otras medidas similares por sospecha de padecer enfermedades transmisibles a la especie humana, han sido un factor decisivo que ha puesto de manifiesto la inoperancia de los delitos alimentarios del CP anterior para prevenir estas conductas. En efecto, la utilización de sustancias aparentemente inocuas (como la sal), de hormonas anabolizantes (clenbuterol), de harinas obtenidas a base de proteínas animales (que han dado lugar al

⁴⁷V. este criterio en STS 12 de abril de 1989.

⁴⁸R.D. IIII/1991, de 12 de julio, que modifica parcialmente el RD 3177/1983, sobre reglamentación técnico-sanitaria de los alimentos.

gravísimo suceso de la encefalopatía espongiforme bovina) y de otras sustancias de engorde artificial, han provocado la pérdida de la confianza por parte de los consumidores en el mercado, así como la credibilidad en la eficacia de las autoridades sanitarias nacionales y comunitarias. Este malestar y algunos de estos abusos han provocado que el legislador haya querido abarcar de forma más completa estas conductas, que tanta alarma social producen.

Las conductas recogidas en el tipo son las siguientes (art. 364.2): 1°. Administrar a los animales cuyas carnes o productos se destinen al consumo humano sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados⁴⁹. 2°. Sacrificar animales de abasto o destinar sus productos al consumo humano, sabiendo que se les ha administrado las sustancias mencionadas en el número anterior. 3°. Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1°. Y, 4°. Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos⁵⁰. Todos estos comportamientos coinciden en que ha de tratarse de animales destinados al consumo humano, y los tres primeros números se refieren a las mismas sustancias, esto es, a las mencionadas en el n° 1°, al que se remiten los n° 2° y 3°, tanto a sustancias no permitidas, como en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados, a pesar de lo poco precisa de la remisión, dado que en un caso se remite al “número anterior” y en otro “al apartado 1°”⁵¹.

Las cuatro modalidades típicas configuran otros tantos delitos de peligro abstracto-concreto⁵².

En relación con estos delitos, que adoptan la técnica de ley penal de blanco, debe tenerse en cuenta igualmente la importante normativa administrativa aprobada con el fin de regular más rigurosamente los controles sanitarios pertinentes⁵³.

6.4. *Envenenamiento de aguas potables o de sustancias alimenticias*

Incurrir en este delito el que envenenare o adulterare con sustancias infecciosas, u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, las aguas potables o las sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas (art. 365).

Este delito incluye no sólo el agua potable, sino también las aguas no especialmente destinadas al consumo humano. Es también delito de peligro abstracto.

⁴⁹Sobre este delito, v. SsTS 4 de octubre de 1999 y 6 de noviembre de 1999 (en ambos casos se administró al ganado la hormona anabolizante clenbuterol en dosis no autorizadas); SAP Palencia 23 de octubre de 1998.

⁵⁰V. la SAP Palencia 23 de octubre de 1998, ya citada.

⁵¹De criterio semejante, BOIX REIG y otros, *Derecho Penal, Parte Especial*, cit., p. 684; FEIJÓO SANCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1.007.

⁵²De este parecer, STS 4 de octubre de 1999, ya citada.

⁵³Así, p. ej., el R.D. 224/1993, de 17 de diciembre, sobre normas sanitarias de eliminación y transformación de animales muertos y desperdicios de origen animal y protección frente a agentes patógenos en piensos de origen animal; y el R.D. 1904/1993, de 29 de octubre, por el que se establecen las condiciones sanitarias de producción y comercialización de productos cárnicos y otros productos de origen animal.

7. FALTA CONTRA LOS INTERESES GENERALES

De difícil encaje o conexión con el o los delitos correlativos, al menos parece que es la salud pública el interés protegido por esta falta: los que abandonaren jeringuillas, en todo caso, u otros instrumentos peligrosos, de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades, o en lugares frecuentados por menores, serán castigados con las penas de arresto de tres a cinco fines de semana o multa de uno a dos meses (art. 630). En cualquier caso, su antecedente se encuentra en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, donde se incluyó ya como infracción grave el abandono de útiles o instrumentos utilizados para el consumo de drogas tóxicas (art. 25).

Se trata de una infracción que presenta una doble configuración: de peligro abstracto en relación con las jeringuillas (“en todo caso”), por su idoneidad por lo general para producir daño, criterio que no es correcto, pues en ocasiones puede estar claramente excluida la peligrosidad de este instrumento (p. ej., si la jeringuilla no ha sido todavía utilizada y aparece protegida en su envase original)⁵⁴; y de peligro hipotético (o abstracto-concreto) en relación con otros instrumentos peligrosos (“de modo o con circunstancias que pudieran causar daño a las personas o contagiar enfermedades”), en cuanto han de ser aptos para producirlo, al menos circunstancialmente. Según esto, no es necesaria la producción de un resultado de lesión ni de peligro para la salud de las personas.

Su redacción no es muy acertada, puesto que lo importante es que se trate de instrumentos peligrosos, sean o no jeringuillas, por su potencialidad para producir daño o contagiar enfermedades. Por esta razón, tampoco se entiende la referencia a lugares frecuentados por menores, en cuanto que el peligro que representa el instrumento existe o no con independencia de quiénes sean los sujetos que frecuenten un determinado lugar. En este caso hubiera sido oportuna una agravación de la pena de esta falta en atención a esos sujetos, dado que es cierto que los menores, por desconocimiento, ofrecen una mayor vulnerabilidad para hacerse daño a sí mismos o a otros.

8. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

En relación con las infracciones mencionadas constitutivas de delito –doloso–, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129 (art. 366).

Como la remisión es un genérico “en el caso de los artículos anteriores”, se entiende que estas medidas son aplicables a todos los delitos expuestos, salvo a los imprudentes y a la falta. En todo caso, la ley reconoce al juez la facultad de imponerlas o no. Este carácter facultativo de la aplicación de estas medidas por parte del juez se deduce tanto del art. 366 como del art. 129.

⁵⁴Así lo censura también M. CANCIO MELIÁ, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (Dir.) y A. JORGE BARREIRO (Coord.), *Comentarios al Código Penal*, cit., p. 1448.

También queda al arbitrio del Tribunal apreciar el caso de extrema gravedad. Sin embargo, es correcta la observación de que esta situación de extrema gravedad constituye tan sólo el presupuesto legal del art. 366 para el cierre definitivo del establecimiento, pero que es necesario también que concurra el objetivo perseguido por esta medida accesoria según el art. 129, esto es, prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma (art. 129.3)⁵⁵. En efecto, la remisión que se efectúa a dicho precepto no es puramente formal (“y en los supuestos de extrema gravedad podrá dearse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129”). De todos modos, esta observación es válida tanto para decidir si se aplica o no el cierre indicado como si éste será temporal o definitivo, sólo que éste último queda reservado a supuestos de extrema gravedad.

⁵⁵FEIJÓO SÁNCHEZ, *Comentarios al Código Penal*, cit., pp. 1011 y s.