



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

EL DELITO DE DOPAJE
ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO CON
ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DE
LOS SUPLEMENTOS DEPORTIVOS

Natalia Sánchez-Moraleda Vilches



Tesis **Doctorales**

www.eltallerdigital.com

UNIVERSIDAD de ALICANTE



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÁREA DE DERECHO PENAL
FACULTAD DE DERECHO

**EL DELITO DE DOPAJE
ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO CON
ESPECIAL REFERENCIA AL PROBLEMA DE
LOS SUPLEMENTOS DEPORTIVOS**

NATALIA SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Tesis presentada para aspirar al grado de
DOCTORA POR LA UNIVERSIDAD DE ALICANTE
PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO

Dirigida por

Dra. CARMEN JUANATEY DORADO
Catedrática de Derecho penal
Dr. ANTONIO DOVAL PAIS
Catedrático de Derecho penal

Alicante, mayo 2016

ÍNDICE GENERAL

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN	11
PARTE PRIMERA: INSTRUMENTOS PARA LA REPRESIÓN Y PREVENCIÓN DEL DOPAJE. ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA	23
INTRODUCCIÓN	25
CAPÍTULO PRIMERO: LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE A NIVEL MUNDIAL.....	29
I. <i>El Consejo de Europa</i>	29
II. <i>La Unión Europea</i>	31
III. <i>La Agencia Mundial Antidopaje y el Código Mundial Antidopaje</i>	34
IV. <i>La UNESCO</i>	36
CAPÍTULO SEGUNDO: LA NORMATIVA ANTIDOPAJE EN ESPAÑA: DEL MODELO ADMINISTRATIVO AL MODELO PENAL	39
I. <i>La Ley 10/1995, de 15 de octubre, del Deporte</i>	40
II. <i>La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte</i>	41
1. Estructura y contenido.....	44
2. La polémica introducción del artículo 361 bis en el Código penal	49
III. <i>La Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y de lucha contra el dopaje en la actividad deportiva</i>	55
1. Novedades en la esfera organizativa	56
2. Novedades en materia de dopaje	57
3. Novedades en materia de protección de la salud.....	61
PARTE SEGUNDA: ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE DOPAJE (ART. 362 QUINQUIES CP)	63
INTRODUCCIÓN	65
CAPÍTULO PRIMERO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO	73
I. <i>Introducción</i>	73
II. <i>Posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el bien jurídico</i>	74
1. La salud pública.....	75
2. La vida o la salud individual	84
3. La ética deportiva	86
III. <i>Verificación del bien jurídico protegido en el delito del artículo 362 quinquies: salud pública versus salud individual</i>	87
1. Exclusión de la ética deportiva como bien jurídico protegido	87

2.	El interés individual vida o salud como bien jurídico protegido	90
2.1.	Argumentos relativos a los antecedentes del delito de dopaje y a su ubicación sistemática	91
2.2.	Argumentos relativos a los elementos del delito de dopaje	92
2.2.1.	El sujeto pasivo	92
2.2.2.	Las conductas típicas	94
2.2.3.	El peligro típico	96
2.2.4.	La justificación terapéutica	99
2.2.5.	Las modalidades agravadas	99
2.2.6.	La irrelevancia del consentimiento	100
	<i>IV. Recapitulación y conclusiones</i>	<i>104</i>
	CAPÍTULO SEGUNDO: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO	109
	<i>I. Introducción</i>	<i>109</i>
	<i>II. Caracterización del peligro en el delito de dopaje por la doctrina y la jurisprudencia</i>	<i>111</i>
1.	El delito de dopaje como delito de peligro concreto	111
2.	El delito de dopaje como delito de peligro individual	125
	<i>III. Estudio sobre el carácter general o individual del peligro en el delito de dopaje</i>	<i>127</i>
1.	Introducción	127
2.	Consideraciones generales sobre el peligro en los delitos contra la salud pública	128
2.1.	Los delitos contra la salud pública como delitos de peligro general	128
2.2.	Contenido y alcance del peligro general. Diferencias con el peligro individual	132
3.	El delito de dopaje como (posible) delito de peligro general concreto ..	136
4.	El delito de dopaje como (posible) delito de peligro individual concreto	141
5.	El delito de dopaje como (posible) delito de peligro mixto (general e individual)	148
	<i>IV. Naturaleza jurídica y autonomía de la voluntad</i>	<i>151</i>
	<i>V. Recapitulación y conclusiones</i>	<i>155</i>
	CAPÍTULO TERCERO: LOS SUJETOS DEL DELITO	161
	<i>I. Sujeto activo</i>	<i>161</i>
	<i>II. Sujeto pasivo</i>	<i>171</i>
1.	Deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo	174
2.	Deportistas federados no competitivos	183
3.	Deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas	191
	CAPÍTULO CUARTO: LA CONDUCTA TÍPICA	199
	<i>I. Introducción</i>	<i>199</i>
	<i>II. Contenido y alcance de las modalidades típicas</i>	<i>202</i>
1.	“Prescribir”	203
2.	“Proporcionar”, “suministrar” y “facilitar”	207

3. “Dispensar”	209
4. “Administrar”	211
5. “Ofrecer”	212
6. Conclusiones	217
<i>III. Conductas excluidas</i>	218
<i>IV. Comisión por omisión</i>	223
<i>V. La exigencia “sin justificación terapéutica”</i>	226
CAPÍTULO QUINTO: EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO	235
<i>I. Sustancias o grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios: la remisión a la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte</i>	236
1. La determinación de la norma de complemento	239
2. Estructura de la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte	241
3. Contenido de la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte	243
3.1. Sustancias y métodos prohibidos en todo momento (en competición y fuera de ella)	245
3.1.1. Sustancias.....	245
3.1.2. Métodos.....	247
3.2. Sustancias y métodos prohibidos en competición	249
3.3. Sustancias prohibidas en ciertos deportes	249
4. Algunas consideraciones críticas sobre la lista de sustancias y métodos prohibidos	250
<i>II. El destino de las sustancias y métodos prohibidos</i>	258
1. La naturaleza del requisito	258
2. Sustancias y métodos destinados a aumentar las capacidades físicas ...	263
3. Sustancias y métodos destinados a modificar los resultados de las competiciones	265
<i>III. La puesta en peligro de la vida o la salud de los deportistas</i>	268
PARTE TERCERA: SUPLEMENTOS DEPORTIVOS NUTRICIONALES Y DOPAJE	275
INTRODUCCIÓN	277
CAPÍTULO PRIMERO: SUPLEMENTOS DEPORTIVOS, COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS Y PRODUCTOS DIETÉTICOS. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA	285
<i>I. El marco normativo aplicable a los productos dietéticos y a los complementos alimenticios</i>	285
<i>II. El control administrativo para la puesta en el mercado de los productos dietéticos y de los complementos alimenticios</i>	291
<i>III. La regulación en cuanto a su composición</i>	293
CAPÍTULO SEGUNDO: INTERVENCIÓN PENAL EN MATERIA DE SUPLEMENTOS DEPORTIVOS DOPANTES PELIGROSOS PARA LA SALUD	299
INTRODUCCIÓN	299

SECCIÓN PRIMERA: EL DELITO DE DOPAJE. SUS RELACIONES CON LAS INFRACCIONES CONTRA LA SALUD PÚBLICA	301
I. <i>Introducción</i>	301
II. <i>Posiciones doctrinales</i>	302
III. <i>Propuesta de resolución de los concursos</i>	306
SECCIÓN SEGUNDA: LOS DELITOS FARMACOLÓGICOS.....	317
I. <i>Introducción</i>	317
II. <i>El concepto de medicamento en el ámbito administrativo</i>	320
1. El concepto administrativo amplio	322
1.1. Los criterios de la “presentación” y la “función” como elementos materiales del concepto administrativo amplio de medicamento ...	322
1.2. Los suplementos nutricionales deportivos y la regla “para caso de duda”: interpretación y consecuencias	325
2. El concepto administrativo restrictivo	330
III. <i>Alcance de la referencia al medicamento en el ámbito penal</i>	336
1. El escenario criminológico del medicamento	338
1.1. El mercado de medicamentos.....	339
1.2. El ámbito de actividad o de consumo de medicamentos y el perfil del consumidor	343
1.3. Usos desviados del medicamento e intervención penal	344
1.4. Criterios para la interpretación de los delitos farmacológicos derivados del escenario criminológico. Aplicación en la delimitación con otras infracciones contra la salud pública.....	344
2. La regulación de los delitos relativos a medicamentos tras la reforma de 2015	348
2.1. Antecedentes	348
2.2. Características generales de las figuras penales.....	355
2.2.1. Modalidades relativas a medicamentos o productos sanitarios no autorizados, deteriorados, caducados o que incumplan exigencias técnicas.....	359
2.2.2. Modalidades de falsificación y alteración de medicamentos, productos sanitarios y otros elementos	363
2.2.3. Modalidades relativas a documentos falsos destinados a cometer los ilícitos del artículo 362.....	368
2.2.4. Tipos cualificados: la referencia al entrenador físico o deportivo	369
2.3. El objeto material “medicamento”	372
2.3.1. Concepto jurisprudencial y doctrinal mayoritario	373
2.3.2. Exposición de la problemática.....	376
2.3.3. Determinación del medicamento penalmente relevante	383
A) Concepto restrictivo: medicamentos genuinos.....	385
a) El medicamento en el artículo 361, segundo inciso	385
b) El medicamento en el artículo 362.2.....	394
B) Concepto amplio: medicamentos en sentido impropio.....	403
a) El medicamento en el artículo 361, primer inciso	404
b) El medicamento en el artículo 362.1	414
IV. <i>Suplementos nutricionales deportivos peligrosos y medicamentos. Posibilidades de aplicación de los delitos farmacológicos.</i>	422

1. Modalidades excluidas	423
2. Modalidades de aplicación (limitada)	425
V. <i>Recapitulación y conclusiones</i>	428
SECCIÓN TERCERA: LOS DELITOS DE FRAUDE ALIMENTARIO	431
I. <i>Introducción</i>	431
II. <i>Los suplementos nutricionales dopantes peligrosos como objeto material de los delitos de fraude alimentario</i>	434
1. Los objetos materiales de los delitos de fraude alimentario.....	434
1.1. Introducción.....	434
1.2. Delimitación	436
2. La controvertida naturaleza de los suplementos nutricionales deportivos dopantes y su encaje en los objetos materiales típicos	443
III. <i>Suplementos nutricionales deportivos peligrosos y alimentos. Posibilidades de aplicación de los delitos de fraude alimentario nocivo.</i>	447
1. Consideraciones generales sobre las figuras penales	447
2. Análisis específico de las modalidades aplicables	459
2.1. Conductas de ofrecimiento en el mercado (art. 363.1 Cp)	459
2.2. Conductas de fabricación o venta (art. 363.2 Cp)	466
2.3. Conductas de tráfico (art. 363.3 Cp)	471
2.4. Conductas de ocultación (art. 363.5 Cp)	473
2.5. Conductas de adulteración con agentes no autorizados (art. 364.1 Cp)	476
2.6. Conductas de adulteración con sustancias gravemente nocivas (art. 365 Cp).....	482
3. Interferencias normativas y propuestas de resolución de los concursos.....	485
3.1. Fabricación por sujeto cualificado de un suplemento nutricional con sustancias dopantes peligrosas para la salud	486
3.2. Venta por sujeto cualificado de un suplemento nutricional elaborado o adulterado con sustancias dopantes peligrosas para la salud por un tercero distinto del vendedor	489
3.3. Fabricación/adulteración y venta por el mismo sujeto cualificado de un suplemento nutricional con sustancias dopantes peligrosas para la salud.....	490
IV. <i>Recapitulación y conclusiones</i>	497
SECCIÓN CUARTA: LOS DELITOS RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS	499
I. <i>Introducción</i>	499
II. <i>Consideraciones generales sobre los delitos relativos a drogas tóxicas</i>	503
III. <i>Los suplementos nutricionales dopantes peligrosos como objeto de los delitos relativos a drogas tóxicas</i>	509
IV. <i>Las relaciones concursales entre el artículo 362 quinquies y el artículo 368 del código penal. Especial referencia a los casos de peligro circunscrito</i>	515
1. Rasgos comunes al delito de dopaje y al de tráfico de drogas. La estructura de peligro como elemento diferencial	515
2. Hipótesis excluidas del concurso	519

3. Hipótesis concursales.....	520
3.1. Supuestos de creación de peligro general con especial acercamiento de un deportista al foco de peligro.....	520
3.2. Supuestos de creación de un peligro individual circunscrito.....	522
V. <i>Recapitulación y conclusiones</i>	530
SECCIÓN QUINTA: LOS DELITOS RELATIVOS A SUSTANCIAS NOCIVAS Y PRODUCTOS QUÍMICOS QUE PUEDAN CAUSAR ESTRAGOS.....	533
I. <i>Introducción</i>	533
II. <i>Consideraciones generales sobre el artículo 359 del Código penal</i>	535
III. <i>El objeto material</i>	540
1. Las “sustancias nocivas” y los “productos químicos que puedan causar estragos”.....	540
2. Los medicamentos, los alimentos, las drogas y las sustancias dopantes como (posible) objeto material del artículo 359 del Código penal.....	544
IV. <i>La ausencia de “autorización debida”</i>	553
V. <i>Recapitulación y conclusiones</i>	556
CONCLUSIONES.....	559
RELACIÓN JURISPRUDENCIAL.....	587
BIBLIOGRAFÍA.....	595

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
AEA	Agencia Estatal Antidopaje
AECOSAN	Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición
AEMPS	Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios
AEPSAD	Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte
AESA	Agencia Española de Seguridad Alimentaria
AJI/AAJI	Auto/s del Juzgado de Instrucción
<i>AJTMH</i>	<i>The American Journal of Tropical Medicine and Hygiene</i>
AMA	Agencia Mundial Antidopaje
BOCG	Boletín Oficial de las Cortes Generales
BOE	Boletín Oficial del Estado
CAE	Código Alimentario Español
CCSSD	Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje
CE	Comunidad Europea
CEE	Comunidad Económica Europea
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CMA	Código Mundial Antidopaje
COE	Comité Olímpico Español
COI	Comité Olímpico Internacional
CON	Comités Olímpicos Nacionales
Cp	Código penal
CSD	Consejo Superior de Deportes
D	Decreto
DHEA	Dehidroepiandrosterona
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DRAE	Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua
EFSA	Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria
EPO	Eritropoyetina
FIP	<i>International Pharmaceutical Federation</i>
GH	Hormona de crecimiento
GHRH	Hormona liberadora de la hormona de crecimiento
HIF	Estabilizadores del factor inducible por hipoxia
JJOO	Juegos Olímpicos
LH	Hormona luteinizante
LO	Ley Orgánica
OMS	Organización Mundial de la Salud
ONG	Organización no Gubernamental
PFIPC	<i>Permanent Forum on International Pharmaceutical Crime</i>
RD	Real Decreto
RDA	República Democrática Alemana
RDL	Real Decreto Legislativo
RFDUCM	Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional

SAP/SSAP	Sentencia/s de la/s Audiencia/s Provincial/es
SIDA	Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida
SJP/SSJP	Sentencia/s del/de los Juzgado/s Provincial/es
SSFFC	Productos Médicos de Calidad Subestándar, Espurios, de Etiquetado Engañoso, Falsificados o de Imitación
STC/SSTC	Sentencia/s del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS/SSTS	Sentencia/s del Tribunal Supremo
STSJ/SSTSJ	Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia
TAS	Tribunal Arbitral del Deporte
THG	Tetrahydrogestrinona
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
UE	Unión Europea
UNESCO	Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

La trascendencia del deporte en la sociedad moderna es innegable. Si bien es tan antiguo como la humanidad, desde mediados del siglo XX ha experimentado una transformación progresiva que ha derivado en un auténtico fenómeno social que traspassa fronteras. Así, la práctica deportiva ha pasado a ocupar un lugar significativo en la vida cotidiana de millones de personas que emplean parte de su tiempo de ocio en ejercitarse. Pero no solo eso, el deporte se ha convertido en un sector económico en expansión que genera grandes beneficios y en torno al que giran no solo intereses comerciales, sino también políticos. En este sentido, basta recordar el espectáculo de masas que se ha organizado alrededor del deporte profesional o los beneficios de toda índole que origina la organización de unos juegos olímpicos.

No cabe duda de que esta actividad social presenta importantes aspectos positivos. Además de coadyuvar al mantenimiento de la salud, constituye un instrumento educativo que facilita el desarrollo de la persona y cumple una significativa función social. En efecto, por un lado, el deporte genera importantes valores, como el espíritu de equipo, la solidaridad, la tolerancia o el juego limpio, que contribuyen a la formación y a la realización de la persona; y, por otro lado, se configura como un elemento que puede favorecer la cohesión social y la igualdad entre los ciudadanos y desempeña un papel destacado como factor corrector de desequilibrios sociales.

Ahora bien, junto a esta faceta positiva del fenómeno, no se puede ocultar que sobre él planean toda una serie de problemas que oscurecen la imagen inicialmente impecable que se asocia al deporte. Me refiero a la violencia en los espectáculos deportivos, a la corrupción, al blanqueo de capitales y al dopaje, tema este último en el que se centra este trabajo.

Definir qué es el dopaje no es tarea sencilla. Ni siquiera existe acuerdo en el origen etimológico del término “doping”, respecto del que se plantean diversas teorías que lo sitúan en unos casos en la voz flamenca “doop”, en otros en un dialecto africano, o en el vocablo holandés “dop” e, incluso, en la denominación de un aminoácido (DOPA). Con todo, a grandes rasgos, pueden identificarse tres líneas en la conformación del concepto.

La primera, seguida básicamente en algunos instrumentos internacionales y también en la legislación deportiva española, configura al dopaje como una conducta que comporta la infracción de las normas antidopaje; esto es, puede calificarse como dopaje tanto el uso de sustancias prohibidas o métodos antirreglamentarios, como otra clase de comportamientos, tales como el negarse sin justificación válida a proporcionar una muestra en un control antidopaje o no facilitar la información exigida sobre la localización del deportista. La segunda línea, iniciada por el Consejo de Europa, apuesta por un enfoque material vinculado a la administración o a la utilización de sustancias o procedimientos que permitan mejorar artificialmente las capacidades del deportista. Desde esta perspectiva, se advierte, por una parte, que algunas acepciones ponen especial énfasis en vincular el dopaje con el ámbito estrictamente competitivo, incidiendo en la idea de preservar la pureza de la competición en condiciones de igualdad; y, por otra parte, se observa que otras ponen el acento en los efectos perjudiciales que tales comportamientos conllevan para la salud. Finalmente, una tercera línea propone un concepto mixto, formal y material, que concibe el dopaje como la administración de sustancias o el empleo de tratamientos prohibidos por la normativa específica para acrecentar artificialmente las prestaciones del deportista. En cualquier caso, sea cual sea la posición que se secunde, todas ellas comparten como denominador común el planteamiento de que el deporte y el dopaje son realidades opuestas e irreconciliables.

Desde este punto de partida, lo cierto es que en los últimos decenios se ha puesto de manifiesto que el recurso a sustancias y a técnicas para incrementar las capacidades de los deportistas es quizás más habitual de lo que cabría imaginar. Aunque el dopaje ha existido siempre, la percepción que impera es la de que estas prácticas se han extendido e intensificado, probablemente a consecuencia de la creciente importancia del poder mediático, que con mucha frecuencia se hace eco del fenómeno. Desde los años sesenta del siglo pasado ha sido incesante la información relativa a deportistas de todas las disciplinas deportivas que han sido sancionados por realizar prácticas de dopaje, actuando fraudulentamente para favorecer su estado de forma y competir en condiciones ventajosas. Las razones que están detrás de estos comportamientos contrarios al juego limpio pueden ser muy variadas, pero sin duda contribuyen a su existencia factores de origen económico: las mutaciones que ha experimentado el mundo deportivo lo han convertido en un negocio que mueve ingentes cantidades de dinero en todo el planeta. Que el deportista ocupe las primeras posiciones o bata records le beneficia no solo a él,

sino a toda una cadena de implicados en la industria deportiva, desde los medios de comunicación hasta los patrocinadores y los clubes deportivos que realizan inversiones millonarias que han de rentabilizar. Por ello, no es de extrañar que la presión a que se ve sometido el deportista pueda ser un factor que propicie el consumo de sustancias o la utilización de métodos que le permitan mejorar su rendimiento deportivo. Paralelamente al dopaje en la esfera del deporte organizado de competición, ha proliferado un mercado de sustancias dopantes de las que hacen uso deportistas no profesionales, fundamentalmente fisioculturistas. En este segundo ámbito, la función del dopaje es ajena a la obtención de resultados y responde más bien a razones estéticas relacionadas con el desarrollo de un físico más atractivo. De este modo, puede decirse que para abordar convenientemente el fenómeno del dopaje es preciso distinguir entre las prácticas que tienen lugar en el marco del deporte de competición y las que se producen fuera de ese entorno. Común a ambas es que la salud del deportista puede verse seriamente perjudicada, como atestiguan algunos casos especialmente trágicos. Pero cuando se trata de la actividad deportiva competitiva hay otros valores que entran en liza y que se ven afectados, concretamente, la pureza de la competición o el juego limpio, y la igualdad; en definitiva, la ética deportiva.

Ante este panorama, las iniciativas adoptadas desde diversas instancias para prevenir, controlar y sancionar estas prácticas que hacen peligrar el espíritu del deporte y amenazan a la salud han sido múltiples y constantes. En concreto, hay que destacar la labor desarrollada en la esfera internacional, que ha contribuido a armonizar la heterogénea normativa que en materia de dopaje venía aplicándose en los diferentes países como consecuencia de la existencia de un régimen regulatorio dual, derivado de la organización privada del deporte y de la intervención de los poderes públicos.

Por lo que respecta a España, el modelo seguido para la prevención, el control y la represión del dopaje ha ido evolucionando y ha sufrido un cambio profundo que ha culminado con la introducción del delito de dopaje en nuestro Código penal a través de la Ley Orgánica 7/2006, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte. Con la creación de esta figura, y en el marco de lo que la Exposición de motivos de la Ley denomina “tolerancia cero hacia el dopaje”, se ha renunciado a seguir exclusivamente la vía administrativa y se ha diseñado una intervención penal específica para castigar a quienes facilitan el dopaje en el ámbito deportivo y ponen con ello en peligro la vida o la salud del deportista. El tipo penal, que inicialmente se preveía en el artículo 361 bis del texto penal, ha pasado a ubicarse sin modificaciones en el artículo

362 quinquies por obra de la reciente Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código penal.

Aunque la tipificación del dopaje ha contado con un altísimo grado de consenso y con el respaldo de un amplio sector de la doctrina penal no han faltado voces críticas con esta decisión legislativa que, apelando al carácter fragmentario del Derecho penal, han cuestionado la necesidad de recurrir al *ius puniendi* en este contexto específico.

En concreto, en los estudios realizados sobre la infracción de dopaje se han puesto de relieve numerosos aspectos controvertidos originados, entre otras razones, por la deficiente factura técnica del precepto, que es oscuro y farragoso. En particular, se destacan toda una serie de problemas derivados del análisis del tipo objetivo que conciernen a elementos fundamentales del delito como el bien jurídico protegido, el contenido de injusto, los sujetos, las conductas típicas y el objeto material.

En otro orden de cosas, se tiene constancia de que con cierta frecuencia el dopaje se produce a través de los comúnmente denominados “suplementos deportivos”. En efecto, se ha detectado que en el mercado de la nutrición circulan preparados que se introducen como complementos alimenticios o productos dietéticos destinados a complementar la dieta, que prometen mejorar el estado de forma de quienes practican deporte, y que presentan en su composición sustancias dopantes prohibidas. La preocupación que se ha generado en torno a ellos es doble. Por un lado, determinan resultados positivos en los controles de dopaje. Pero, por otro lado, la causa principal de alarma es que pueden resultar nocivos para la salud, al contener a menudo elementos que los aproximan a la naturaleza de los medicamentos. De hecho, se han desarrollado numerosas intervenciones por parte de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios ordenando la retirada de suplementos nutricionales que incorporaban principios activos peligrosos de carácter dopante que no se indicaban en su etiquetado. Asimismo, se han producido operaciones policiales de desmantelamiento de redes que elaboraban clandestinamente y distribuían indiscriminadamente productos nutricionales adulterados a través de la Red. En este punto, hay que resaltar que el acceso a estos compuestos es muy abierto pues, al tratarse en teoría de productos alimenticios, pueden obtenerse en toda clase de establecimientos dedicados a la alimentación o al deporte y a través de Internet, y no solo por deportistas, sino por cualquier persona. De este modo, su comercialización bajo la apariencia de ser inofensivos suplementos saludables, además de ser fraudulenta, puede suponer una amenaza para la salud de la generalidad de los ciudadanos.

A la vista de los riesgos vinculados a estos productos, puede afirmarse que existen razones político-criminales que podrían, llegado el caso, justificar la intervención penal en este ámbito. Si se acepta que la ingestión de suplementos o complementos nocivos que se ofrecen en el mercado para aumentar la potencia física, la masa muscular o la recuperación tras un esfuerzo físico puede conllevar peligros importantes para la salud, individual o colectiva, se hace necesario prevenir y evitar las conductas de quienes se enriquecen a riesgo de lesionar la vida o la salud de otros. Tal tarea corresponde en el entorno de las medidas de orden jurídico inicialmente al Derecho administrativo y, en última instancia, al Derecho penal. La cuestión es que, de ser precisa la actuación penal, se plantean dudas respecto a cuál sería el tipo penal aplicable para sancionar estos comportamientos, justamente por razón de las particularidades que confluyen en estos suplementos deportivos peligrosos: contienen elementos dopantes que pueden identificarse simultáneamente con los medicamentos, las drogas o las sustancias nocivas protegidos en otros preceptos del capítulo relativo a los delitos contra la salud pública; y, además, presentan una naturaleza ambivalente debido a su carácter nutritivo.

Este contexto social y normativo que acabo de describir es lo que me ha llevado a elegir dos temas de análisis en los que el delito de dopaje es el hilo conductor: por una parte, los aspectos de la figura penal que he considerado más controvertidos debido a que condicionan significativamente su aplicación y el papel que desempeña en el sistema diseñado para tutelar la salud; y, por otra parte, el tratamiento jurídico-penal de los suplementos deportivos dopantes como preparados que pueden constituir el objeto material de cualquiera de las infracciones ubicadas sistemáticamente en el capítulo de los ilícitos contra la salud pública, entre ellos el de dopaje. El objetivo general es aportar criterios interpretativos sobre los elementos del delito a efectos de delimitar su alcance y sus relaciones con otros tipos y apuntar una primera valoración político-criminal del delito.

Con esta finalidad, he dividido el trabajo en tres partes. La primera parte la dedico a exponer el marco normativo, nacional e internacional, en el que se encuadra la figura penal, lo que permitirá obtener una visión de las iniciativas legislativas que se han sucedido en la lucha contra el dopaje hasta la creación del artículo 361 bis del Código penal. La segunda parte la centro en analizar el tipo objetivo del delito, lo que servirá para perfilar sus contornos y concretar su ámbito de aplicación. La tercera y última parte la destino a profundizar en las opciones que ofrece el Derecho penal para confrontar los comportamientos ilícitos relativos a los suplementos nutricionales dopantes susceptibles

de poner en riesgo la salud. Este examen valdrá para mostrar algunos de los problemas que genera el régimen de protección de la salud pública establecido en el Código penal.

La primera parte consta de dos capítulos. En el primero me ocupo de precisar a grandes rasgos la dimensión transnacional del dopaje y los instrumentos jurídicos internacionales que se han articulado para su prevención y represión. Con ello podrá comprobarse la influencia que el Derecho internacional ha tenido en la legislación española en la materia, que no deja de ser en gran medida la consecución de los compromisos adquiridos en el exterior. En el segundo capítulo me detengo a presentar el marco normativo del dopaje en nuestro país. A tal efecto, realizo un breve repaso de las leyes que han regulado el fenómeno deportivo en España hasta llegar a la vigente Ley Orgánica 3/2013, con especial atención al tratamiento jurídico otorgado al dopaje y, en concreto, al punto de inflexión que supuso la incorporación del delito al ordenamiento jurídico penal mediante la Ley Orgánica 7/2006.

La segunda parte, destinada al análisis específico del tipo objetivo de la infracción de dopaje, la he dividido en cinco capítulos.

En el primer capítulo abordo el bien jurídico protegido. Determinar cuál sea el valor tutelado en esta figura es fundamental, especialmente por las consecuencias que su delimitación tiene, no solo a efectos de fijar la naturaleza del delito, sino en relación a otros aspectos dogmáticos como la identificación del sujeto pasivo, la interpretación del alcance de algunos términos típicos y, también, de cara a resolver posibles conflictos concursales con otras infracciones tipificadas en el Código penal. Al respecto, cabe adelantar que la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias sostienen con carácter general que el interés que se trata de preservar es la salud pública como bien jurídico de naturaleza colectiva. No obstante, otras posiciones señalan que el objeto de protección es la vida y la salud individual e, incluso, también, algunos autores defienden que se trata de un delito pluriofensivo en el que, además de la salud pública, se pretende tutelar la ética deportiva. Así pues, con el fin de concretar cuál es, a mi juicio, el bien a cuya salvaguarda sirve el artículo 362 quinquies del Código penal, examino las distintas tesis y sus argumentos y expongo mi opinión al respecto. Al hilo del estudio sobre el bien jurídico, apunto una reflexión acerca del tratamiento que se otorga a la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta que el tipo básico se ha configurado como un delito de participación necesaria, en el que es preciso el acuerdo de voluntades entre el sujeto activo y el deportista.

En el segundo capítulo analizo la naturaleza jurídica del injusto. A partir de la premisa de que estamos ante un delito de peligro, la cuestión más controvertida será determinar la clase de peligro requerido para que la infracción de dopaje sea aplicable, pues de ello depende su verdadero alcance y la propia justificación de la figura penal, así como su legitimidad, que ha de derivar necesariamente del respeto a principios básicos como el de lesividad y el de proporcionalidad. Si bien, como señalaba, hay acuerdo en que el injusto de dopaje es de peligro, no se observa una posición uniforme en cuanto a las particularidades del peligro que demanda el tipo penal. De un lado, la doctrina mayoritaria atiende al grado de afección para el bien jurídico y coincide en que se trata de un delito de peligro concreto, que precisa la verificación de un resultado de peligro para la vida o la salud de los deportistas. De otro lado, algunos autores no se centran en el carácter abstracto o concreto del delito pero apuntan al carácter de peligro individual y no general como rasgo definitorio, lo que resulta especialmente significativo a efectos de estudiar su relación con las infracciones contra la salud pública, cuyo contenido de injusto característico es de peligro general.

Esta diversidad de enfoques plantea, a mi modo de ver, el aspecto principal a resolver: si, aceptado que se trate de un delito de peligro concreto, el ilícito requiere que las acciones típicas desaten un peligro general o individual. Así pues, en este apartado procedo a estudiar ambas categorías al efecto de alcanzar conclusiones acerca de la estructura del delito, y analizo la posibilidad de que pueda tratarse de una figura mixta, de peligro general y de peligro individual. Adicionalmente, una vez concretada la clase de peligro que entiendo que caracteriza a la infracción de dopaje, retomo las reflexiones iniciadas sobre la autonomía de la voluntad y explico mi visión acerca de la ineficacia otorgada al consentimiento del deportista.

En tercer lugar, entro a precisar el ámbito de los sujetos del delito. En relación con el sujeto activo reviso, entre otras cuestiones, su clasificación como delito común o especial, así como las posibilidades de castigar al deportista como inductor, cooperador necesario o cómplice de quien realiza la acción típica a él dirigida. Más compleja se presenta, sin embargo, la determinación del círculo de sujetos pasivos. El precepto, con una enrevesada redacción, alude a tres categorías: “deportistas federados no competitivos”, “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo” y “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”. El debate en esta ocasión se centra, por una parte, en concretar el concepto de “deportista” y, por otra parte, en aclarar si el precepto alcanza a todos los deportistas,

sin distinción, o si, más bien, la formulación legal fija áreas excluyentes de deportistas, lo que comportaría que algunos puedan quedar fuera del ámbito de lo típico.

En el cuarto capítulo efectúo el análisis de las modalidades de la conducta. A la vista de la prolija relación de verbos típicos, en ocasiones reiterativos, se trata de proponer una interpretación de las acciones típicas que sea respetuosa con los principios de proporcionalidad y de ofensividad. En este sentido, en un primer momento contemplo en especial el contenido de las consistentes en “ofrecer” y “prescribir”, que son las que han suscitado más polémica. Y, a continuación, me ocupo brevemente de dos cuestiones: la primera, si la conducta consistente en poseer para un posterior tráfico podría constituir una forma imperfecta de ejecución; y, la segunda, si cabe admitir la posibilidad de realizar el delito en comisión por omisión. Por último, dedico un espacio a examinar diversos aspectos relativos al significado de la cláusula “sin justificación terapéutica”. Esta exigencia típica es objeto de especial discusión en la doctrina penal, dividida en torno a si se trata de una causa de justificación específica que excluye la antijuricidad, o si opera en el ámbito de la tipicidad, convirtiendo en atípicos los comportamientos terapéuticamente correctos.

Para finalizar, en el quinto capítulo trato de delimitar el objeto material del delito. Para ello, analizo cada uno de los elementos dopantes que constituyen el objeto de la acción y que deben reunir una serie de requisitos establecidos por disposición legal.

Así, en primer lugar, comienzo el estudio con los problemas interpretativos a que aboca la exigencia de que sean sustancias prohibidas o métodos no reglamentarios. En relación con este tema se plantean objeciones relativas a la técnica remisoria empleada, en particular respecto a su compatibilidad con las exigencias derivadas del principio de legalidad. De igual modo, indago sobre el contenido y el alcance de la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, y abordo sus elementos y su influencia en la configuración del objeto material.

En segundo lugar, focalizo el estudio en las dos exigencias legales que condicionan la relevancia penal de las sustancias y los métodos prohibidos; esto es, que estén destinados a aumentar las capacidades físicas del deportista o a modificar los resultados de las competiciones, y que pongan en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo. Por lo que atañe a la primera, profundizo en diversos aspectos con clara incidencia en materia de tipicidad y, por tanto, en el radio de acción que cabe atribuir al precepto. En concreto, si se trata de un elemento subjetivo del injusto, si cabe incluir objetos con capacidad para elevar las facultades psíquicas del deportista, o si cabría acoger a

aquellos cuya actuación sobre el organismo es indirecta, o que presenten aptitud para modificar los resultados en sentido negativo, proporcionando una ventaja al competidor.

En lo que concierne al segundo requisito, trato de desentrañar el significado que cabe atribuir a algunos de los imprecisos criterios que ofrece la ley para perfilar el peligro típico, la “reiteración de la ingesta” y “las otras circunstancias concurrentes”, así como la función que desempeñan en orden a entender consumado el delito.

La tercera parte del trabajo, en la que estudio el amplio abanico de figuras penales bajo las que se podrían subsumir los hechos que tengan por objeto suplementos nutricionales peligrosos que contengan entre sus ingredientes sustancias prohibidas en el deporte, la he estructurado en dos capítulos.

El capítulo primero lo he destinado al examen de dos cuestiones principales. La primera concierne a la naturaleza ambivalente de los complementos alimenticios y de los productos dietéticos. En este sentido, suele calificárseles como “productos frontera”, pues a veces resulta difícil valorar si se trata de alimentos o de medicamentos. La importancia de acotar su naturaleza reside en que permite apreciar cuál es la norma administrativa que les es aplicable, lo que puede tener repercusiones en el orden penal. Por ello, creo que en una primera aproximación es imprescindible adentrarse en la normativa administrativa que los regula específicamente y exponer la problemática que suscita su aplicación en cuanto a los ingredientes que pueden contener. Aun así, he de puntualizar que a lo largo de los dos capítulos de esta tercera parte de la investigación hago continuas referencias a la cualidad que cabe atribuir a estos suplementos, lo que dependerá no solo de su composición sino también de cómo se presenten a los consumidores. La segunda cuestión atiende a cómo se articula el control administrativo para la puesta en el mercado de esta clase de preparados. La finalidad que persigo con este análisis es poner de relieve una cierta debilidad del sistema establecido para garantizar la seguridad alimentaria, que puede propiciar precisamente la utilización fraudulenta del campo alimentario como una vía poco arriesgada para introducir suplementos deportivos nocivos en este sector de consumo.

Por lo que se refiere al capítulo segundo, lo he organizado en cinco secciones destinadas a cada una de las infracciones contenidas en el capítulo de los delitos contra la salud pública que podrían tomarse en consideración. En la primera contemplo brevemente la posibilidad de aplicar el tipo de dopaje y me centro en uno de los aspectos más problemáticos que a mi juicio ha traído consigo la incorporación de este tipo penal entre las figuras que tutelan la salud pública. Me refiero a las relaciones

concursoales que pueden derivar de los eventuales solapamientos entre los ilícitos, no solo por razón del objeto material, sino también por las conductas. Resolver en estos casos cuál es la calificación adecuada no es fácil. De una parte, el intérprete puede plantearse la posibilidad de un concurso de normas; pero, de otra, no es descabellado considerar que en algunos casos pueda tratarse de un concurso de delitos. Como trato de explicar pormenorizadamente, la solución depende de cuál sea la posición que se mantenga sobre el bien jurídico protegido en estos delitos y la clase de peligro exigido. La relevancia de este análisis reside en que permite constatar que en muchas ocasiones, en contra de lo que pudiera parecer en un primer momento, el injusto que corresponde apreciar no es el de dopaje, sino alguna de las otras infracciones del capítulo, lo que exige un análisis exhaustivo de las mismas con el objetivo de aclarar cuál puede ser su implicación en relación con los suplementos nutricionales dopantes. A su estudio dedico las siguientes secciones.

En la segunda sección me ocupo de los delitos relativos a medicamentos y productos afines (arts. 361 a 362 quáter Cp). El principal problema que se suscita en orden a determinar si a estos suplementos nutricionales peligrosos les alcanza la normativa penal sobre fármacos y productos afines reside en fijar el contenido del término “medicamento”, con la finalidad de determinar si estos preparados pueden ubicarse en alguno de los delitos farmacológicos. Con este fin, examino la acepción de medicamento que se deriva de la normativa sanitaria extrapenal, nacional y comunitaria, y trato de clarificar en la medida de lo posible el objeto de la acción “medicamento” en los diferentes tipos farmacológicos. La concreción de este extremo es también básica para poder realizar una correcta interpretación y delimitación de las figuras penales.

Para este cometido, en primer lugar, realizo un análisis del escenario criminológico en el que se ubican los medicamentos con el propósito de conocer el tipo de mercado en el que circulan y el perfil de los consumidores. Adicionalmente, me detengo en el uso desviado que se hace de los fármacos, alejado de los fines preventivos y curativos de enfermedades que les son propios, a fin de extraer una serie de parámetros que pueden desempeñar un papel importante en la exégesis y en la determinación del alcance de los injustos farmacológicos y sus relaciones con otros ilícitos que también se dirigen a preservar la salud de los ciudadanos en otros sectores de actividad. En segundo lugar, analizo la doctrina y la jurisprudencia en torno al concepto de medicamento. Y, en tercer lugar, entro en el estudio de las nuevas modalidades delictivas que han resultado

de la última reforma del Código penal, poniendo el acento en aquellos elementos típicos que pueden contribuir a perfilar el objeto material.

En la tercera sección paso a evaluar qué posibilidades de aplicación ofrecen los denominados delitos de fraude alimentario (arts. 363 a 365 Cp). De hecho, hay razones que permiten explorar la vía de calificar los hechos relativos a estos suplementos deportivos dopantes con arreglo a la regulación sobre productos alimentarios. En concreto, cabe mencionar su carácter parcialmente alimentario; el ámbito de actividad o consumo al que se dirigen, asociado a la nutrición; y, también, la mayor potencialidad lesiva de las conductas típicas que les afectan, en tanto que el peligro que generan puede considerarse más extenso, lo que explicaría que el Código penal prevea penas algo más severas en los tipos de alimentos que, por ejemplo, en los ilícitos relativos a medicamentos.

Este análisis lo he desarrollado en tres fases. En la primera, compruebo si estos suplementos nutricionales dopantes pueden constituir alguno o varios de los objetos materiales previstos en los artículos 363 a 365. En la segunda, expongo algunas cuestiones preliminares comunes a los delitos de fraude alimentario necesarias para tener una visión general de estas infracciones penales. Por último, en la tercera abordo aquellas figuras que por razón del objeto material son susceptibles de aplicación y examino los aspectos más controvertidos de cada una, así como las consecuencias que en relación con estos preparados alimenticios comportan las diferentes interpretaciones que se sustentan.

En la cuarta sección considero el papel que pueden jugar las figuras relativas a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en particular, en su relación con el injusto de dopaje (arts. 368 a 378 Cp). Se ha confirmado que algunos suplementos nutricionales para deportistas contienen entre sus ingredientes elementos dopantes que son drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de ahí que sea procedente estudiar el eventual conflicto que puede surgir entre la infracción del artículo 362 quinquies y la normativa relativa a drogas tóxicas. Por ello, en este apartado, profundizo en la solución concursal que he propuesto más arriba, básicamente porque el modelo de intervención penal diseñado en relación con el dopaje guarda un significativo paralelismo con el seguido en materia de drogas. En este proceso, me detengo con más detalle en el supuesto específico que puede ser más controvertido debido a la tendencia que se aprecia en la praxis judicial en materia de drogas tóxicas: la hipótesis en que la sustancia se entrega al deportista creando un peligro individual

circunscrito, sin riesgo para terceros. Ante las situaciones de suministro individual sin riesgo de expansión, los tribunales muestran propensión a apreciar el ilícito de tráfico de drogas, lo que no me parece coherente con la estructura que presenta el injusto. Así pues, analizo esta interpretación judicial, expreso mi opinión al respecto y trato de apuntar la calificación jurídico-penal que considero técnicamente correcta. En otro orden de cosas, al hilo del examen del tipo penal, formulo algunas observaciones relativas al objeto material del delito de tráfico de drogas y a la composición de algunos suplementos que están proliferando en el sector de la nutrición deportiva.

La quinta y última sección la he reservado para el delito sobre sustancias nocivas y productos químicos que pueden causar estragos previsto en el artículo 359 del Código penal. Tratándose de un tipo residual, el interrogante que se suscita es el de si sería viable reconducir al ámbito del precepto los hechos punibles que conciernan a suplementos deportivos dopantes peligrosos para el caso de que no puedan encuadrarse en alguna de las otras figuras recogidas en el capítulo que se refiere a la salud pública. La respuesta que aquí se dé dependerá de dos cuestiones esenciales. La primera, determinar si es posible admitir que el objeto material descrito en el artículo 359 del Código penal abarque a otros que coetáneamente podrían considerarse medicamentos, productos alimentarios nocivos, drogas o sustancias dopantes. La segunda, que pueda afirmarse que cuando se elabora, despacha, suministra, o comercia con esta clase de preparados, concurre el elemento normativo relativo a la falta de autorización debida, que es la que convierte en ilegítima la conducta.

Universidad de Alicante

**PARTE PRIMERA: INSTRUMENTOS PARA LA REPRESIÓN Y
PREVENCIÓN DEL DOPAJE. ESPECIAL REFERENCIA AL
MARCO NORMATIVO EN ESPAÑA**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

El recurso a sustancias para mejorar el rendimiento en la esfera deportiva no es algo nuevo. Está documentado que ya en los Juegos Olímpicos de la Antigua Grecia los atletas ingerían preparados a base de extractos de plantas, semillas y hongos para incrementar sus capacidades físicas en orden a obtener la victoria¹. Sin embargo, el empleo de estas sustancias no ha estado reservado históricamente al mundo de la competición deportiva. También es conocido que en la época romana los gladiadores consumían drogas para aumentar su vigor y la intensidad de sus golpes en los combates que libraban, y otras civilizaciones han hecho uso de ellas con fines rituales, alejados de repercusiones vinculadas a la fuerza física. Este esquema del pasado se reproduce en la actualidad, pues el consumo de sustancias que permiten aumentar el rendimiento no es exclusivo de los deportistas, sino que se produce también en otros ámbitos ajenos al deporte (artístico, profesional, sexual, estético...), con la importante diferencia de que socialmente estas conductas se encaran desde una perspectiva tolerante y son normalmente aceptadas².

Con todo, es en fechas relativamente recientes y en el mundo del deporte donde se ha centrado la lucha contra el dopaje. Aunque, como señalaba, es un fenómeno que ha existido siempre y que se consideraba reprochable desde un punto de vista ético, lo

¹Aluden a ello GAMERO CASADO, E., “El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, pág. 18; MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 33-34; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, Barcelona, 2010, pág. 373; CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, 2007, pág. 112; ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 148-149, quien da cuenta incluso de que se extirpaban el bazo. Ofrece un recorrido sobre la presencia del dopaje en el deporte en la historia de la humanidad, ROBINA BLANCO-MORALES, A., “La historia, el concepto y la definición del dopaje. Una visión previa a su tratamiento legal”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 49, 2015, págs. 129-150.

²DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal”, en *Huarte de San Juan. Derecho. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales*, núm. 1, 1994, pág. 106; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, pág. 178; RODRÍGUEZ-MOURULLO, A./CLEMENTE, I., “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 9, 2004, págs. 53-54.

cierto es que la adopción de estrategias para enfrentarlo no tiene lugar hasta la segunda mitad del siglo XX³, cuando el deporte se convierte en un espectáculo de masas de alcance universal gracias al desarrollo de los medios de comunicación y se hace evidente la presencia del dopaje entre los deportistas⁴. Así, con el objetivo de preservar al deporte de competición de actuaciones fraudulentas contrarias a las ideas de igualdad y de juego limpio, y de proteger la salud de los deportistas en general, se inicia en la década de los sesenta un proceso que, debido a la dimensión transnacional del fenómeno, implica a agentes de toda índole. En el plano internacional, han desempeñado un papel relevante el Comité Olímpico Internacional (COI), la Agencia Mundial Antidopaje (AMA), creada a instancias de aquel, las Federaciones deportivas y los gobiernos. Además, cabe destacar las iniciativas del Consejo de Europa, la Unión

³ Así lo ponen de manifiesto GAMERO CASADO, E., “El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual”, cit., pág. 19; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 382; MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción”, cit., págs. 34-35. Hay que tener presente, no obstante, que ya en 1928 la Federación Internacional de Atletismo prohibió el dopaje deportivo y fue secundada por la mayoría de las restantes Federaciones internacionales, si bien esta prohibición no fue acompañada de medidas de control y represión del dopaje, precisamente porque imperaba un clima de tolerancia.

⁴ La segunda mitad del siglo XX ha estado marcada por escándalos de dopaje de sobra conocidos, que han sacado a la luz que estas prácticas son de alcance global y afectan a todas las modalidades deportivas. El listado de deportistas y de actuaciones policiales vinculadas al dopaje es interminable. A título de ejemplo, entre los deportistas que han estado relacionados con el dopaje se puede mencionar a: Maradona, que dio positivo por cocaína en 1994; André Agassi, tenista estadounidense que reconoció en su biografía haber consumido cristal (nombre con el que conoce a la metanfetamina) en el año 1977; Ben Johnson, velocista que fue desposeído de la medalla de oro en 100 m. que obtuvo frente a Carl Lewis en las olimpiadas de Seúl en 1988, tras detectarse que había consumido esteroides; Marco Pantani, ciclista italiano ganador de un *Tour* de Francia y un Giro de Italia en el mismo año (1998), que siempre negó haberse dopado, aunque en 2013 se publicó un informe que acreditaba que había dado positivo por eritropoyetina (en adelante, EPO) en la prueba francesa; Marion Jones, atleta especialista en pruebas de velocidad y salto de longitud, ganadora de 5 medallas en los Juegos olímpicos de Sidney en el año 2000, que en 2007 reconoció haberse dopado con THG (esteroide anabolizante de diseño) ante un Tribunal Federal de EEUU; Jan Ullrich, ciclista alemán que dio positivo por EPO en el *Tour* de Francia de 1998 y por anfetaminas en 2002 y, además, estuvo implicado en la denominada “Operación Puerto”; Lance Armstrong, ciclista estadounidense ganador de cinco *Tours* consecutivos y un total de siete, que admitió en 2013 haber utilizado testosterona y EPO y haberse realizado transfusiones sanguíneas. Por lo que se refiere a las operaciones policiales que han destapado prácticas dopantes, destacan dos que tuvieron lugar en Francia: por una parte, la que desembocó en el llamado “caso Festina”, que tuvo como marco el *Tour* de Francia de 1998, en el que el equipo ciclista francés fue descalificado por uso de EPO; por otra parte, la relativa al “caso Cofidis”, en 2004, que también afectó al mundo del ciclismo. En España, las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado han realizado asimismo numerosas intervenciones, de las que cabe resaltar tres: la primera, la “Operación Puerto”, que tuvo lugar en mayo de 2006 y en la que se destapó una trama en la que un médico especialista en Medicina deportiva, en connivencia con un médico hematólogo, se dedicaba a realizar extracciones de sangre a determinados deportistas para posteriormente reinfundirla al donante, con la exclusiva finalidad de elevar artificialmente el rendimiento físico y obtener resultados óptimos en la competición. Este escándalo puso de nuevo al ciclismo en el punto de mira, pues la mayoría de los deportistas implicados eran ciclistas de élite (Jan Ullrich, Ivan Basso, Roberto Heras, Alejandro Valverde). La segunda, la “Operación Grial”, que se desarrolló a finales de 2009 y en la que se detuvieron a una docena de personas por su relación con una red de dopaje en Barcelona, Valencia, Murcia y Granada. En este suceso estuvo involucrado el médico Walter Virú, que suministraba fundamentalmente CERA a los ciclistas y, también el subcampeón olímpico de marcha en los Juegos Olímpicos de Atenas, Paquillo Fernández. La tercera, la “Operación Galgo”, en 2010, que tuvo como protagonista al atletismo, y en la que aparecieron implicados el doctor Eufemiano Fuentes y la atleta Marta Domínguez, que fueron acusados por tráfico de productos dopantes y prácticas de dopaje sanguíneo. Este caso, sin embargo, fue finalmente archivado a consecuencia de la anulación de las escuchas telefónicas y de las entradas y registros efectuados. Para más datos sobre casos de dopaje, véanse DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 374; GAMERO CASADO, E., “El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual”, cit., págs. 18-21; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, págs. 3-5; RODRÍGUEZ-MOURULLO, A./CLEMENTE, I., “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, cit., pág. 54.

Europea (UE) y la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO). Todos ellos han contribuido a desarrollar e implantar una política de tolerancia cero frente al dopaje, dada la ingente cantidad de medidas acordadas. Por lo que se refiere al plano interno, nuestro país, en consonancia con los compromisos y las exigencias internacionales, ha evolucionado en la línea de una intervención cada vez más acusada de los poderes públicos, que trascienden el marco puramente federativo al que se venía encomendando el control de las prácticas ilegales y que culmina con la introducción del delito de dopaje en el artículo 361 bis del Código penal.

Con el propósito de exponer el contexto normativo, nacional e internacional, en el que se encuadra la figura penal, presentaré a continuación una breve panorámica de las principales actuaciones jurídicas realizadas en la lucha contra el dopaje a nivel mundial, para después abordar el marco legislativo español establecido para la prevención, el control y la represión del dopaje.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO PRIMERO: LA LUCHA CONTRA EL DOPAJE A NIVEL MUNDIAL

Podría considerarse que las acciones más relevantes emprendidas para terminar con el dopaje en el ámbito supranacional han sido la creación de la Agencia Mundial Antidopaje en el año 1999, la aprobación del Código Mundial Antidopaje (CMA) en 2003 y el Convenio Internacional contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO, en otoño de 2005⁵. Junto a ellas, merecen ser destacadas, en el ámbito europeo, las contribuciones aportadas al respecto por el Consejo de Europa y la Unión Europea, a las que me referiré en primer lugar.

I. EL CONSEJO DE EUROPA

Entre las organizaciones internacionales de Derecho público, el Consejo de Europa ha tenido un papel protagonista. Ya en el año 1963 propuso una definición de “dopaje” en la que se incidía en la administración o uso de sustancias con el único objetivo de aumentar el rendimiento deportivo en el marco de la competición, si bien olvidaba recoger el posible perjuicio para la salud que, sin embargo, más tarde pasaría a ser una de las razones para condenar el dopaje⁶. Con posterioridad, y aunque sus decisiones no tienen carácter vinculante, ha sido prolífica en la elaboración de recomendaciones y resoluciones en materia de dopaje que han servido para orientar las políticas de los Estados miembros. La primera declaración adoptada fue la Resolución de Comité de Ministros del Consejo de Europa (67) 12, de 29 de junio, sobre el dopaje de los atletas. Le han seguido otras muchas: la Recomendación (79) 8, de 20 de abril, sobre el dopaje en el deporte; la Recomendación (84) 19, de 25 de septiembre, sobre la Carta Europea contra el dopaje en el deporte, que constituyó una referencia normativa en las disposiciones internacionales que se aprobaron luego en el marco de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la UNESCO o la Comisión Europea; la Resolución (86) 4, de 2 de octubre, sobre el dopaje en el deporte; la Recomendación (88) 12, de 21 de

⁵ Así lo destaca DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 382.

⁶ Subraya esta carencia ROLDÁN BARBERO, H., “La creación política de una nueva delincuencia: el uso del *doping* en el deporte”, en ARROYO ZAPATERO, L. A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam, vol. II, Cuenca, 2001, pág. 573.

junio, sobre el establecimiento de controles antidopaje sin preaviso fuera de competición; la Resolución (2000) 1, de 31 de mayo, sobre lucha contra el dopaje; o la Recomendación (2000) 16, de 13 de septiembre, sobre principios comunes a introducir en las legislaciones nacionales para combatir el tráfico de agentes dopantes.

El instrumento jurídico más importante que ha producido ha sido, no obstante, el Convenio contra el Dopaje nº 135, elaborado en Estrasburgo el 16 de noviembre de 1989, que fue ratificado por España el 20 de mayo de 1992 y entró en vigor el 1 de julio de 1992⁷. Con él se pretende acabar con el dopaje en el deporte, estableciendo el compromiso de los Estados parte de adoptar las medidas necesarias para llevar a efecto las disposiciones en él previstas (art. 1). Asimismo, se fijan una serie de actuaciones destinadas a limitar la disponibilidad y la utilización de agentes de dopaje y de métodos de dopaje prohibidos. Concretamente, se insta a las Partes a adoptar, según los casos, “disposiciones legislativas y reglamentarias o medidas administrativas para reducir la disponibilidad (y, en particular, disposiciones encaminadas a controlar la circulación, la tenencia, la importación, la distribución y la venta) así como la utilización en el deporte de agentes de dopaje y de métodos de dopaje prohibidos y, en particular, de esteroides anabolizantes” (art. 4.1). En la misma línea, se promueve que los Estados proporcionen ayuda económica a sus organizaciones deportivas para la realización de controles y análisis antidopaje; suspendan ayudas o subvenciones a deportistas que hayan sido sancionados por dopaje; faciliten la ejecución, por sus organizaciones deportivas, de los controles antidopaje solicitados por las organizaciones deportivas internacionales competentes; y, estimulen y propicien la conclusión por las organizaciones deportivas de acuerdos en los que se autorice a equipos de control antidopaje debidamente reconocidos a someter a sus miembros a pruebas en otros países, tanto en el curso de las competiciones como fuera de ellas (art. 4.3). Fruto del Convenio contra el Dopaje ha sido la creación de un *Grupo de Seguimiento* a los fines de supervisar la aplicación del mismo que, a su vez, ha generado un considerable número de recomendaciones sobre distintos aspectos relacionados con el dopaje, como las medidas tendentes a reglamentar los esteroides anabolizantes o la protección de menores, o declaraciones como la que aborda la utilización de cámaras hiperbáricas.⁸

⁷ Puede consultarse en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1992-13447 [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁸ Recomendaciones del Grupo de Seguimiento de la Convención contra el Dopaje (1994) 2, sobre las medidas tendentes a reglamentar los esteroides anabolizantes/andrógenos y (1997) 1, relativa a medidas disciplinarias a tomar respecto a los familiares del deportista y para la protección de los menores; Declaración de 31 de marzo de 2000, sobre la utilización de cámaras hiperbáricas.

Este Convenio ha constituido la apuesta más efectiva desde el punto de vista de la implicación de los Estados (ha sido ratificado por 51 países) en la lucha contra el dopaje hasta la aprobación del Código Mundial Antidopaje⁹. Complementariamente, el 12 de septiembre de 2002, el Consejo adoptó un Protocolo adicional al Convenio (el Convenio nº 188) para armonizar el reconocimiento mutuo de los controles antidopaje llevados a cabo por otros Estados y reforzar la aplicación del Convenio contra el Dopaje¹⁰.

II. LA UNIÓN EUROPEA

La labor desarrollada por el Consejo de Europa fue secundada posteriormente por la Unión Europea¹¹. Aunque en un principio podría considerarse que la Unión carecía de competencias conforme al Derecho comunitario para adoptar disposiciones en materia de represión del dopaje, lo cierto es que finalmente esto no ha sido un problema. Puesto que la normativa comunitaria contempla no solo la dimensión económica de la actividad deportiva, sino también una dimensión extraeconómica que engloba aspectos como la cultura, la educación, la juventud y, a los efectos que interesan, la salud pública, las instituciones comunitarias no se han visto obstaculizadas en la toma de iniciativas en relación con este fenómeno¹².

De este modo, la existencia de una base jurídica habilitante ha permitido a esta organización desarrollar una actividad extensa, en ocasiones a instancias del Consejo de

⁹ ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, cit., págs. 152-156.

¹⁰ Sobre la actuación del Consejo de Europa en relación con el dopaje véanse ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, cit., págs. 152-156; PÉREZ GONZÁLEZ, C./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El contexto internacional de la Ley”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 60-63.

¹¹ Extensamente, sobre el trabajo de la Unión Europea en materia de dopaje, entre otros, PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El dopaje en Europa: líneas generales de su evolución y futuro de su represión”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *El modelo europeo del deporte*, Barcelona, 2002, págs. 367 y ss.; PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La represión del dopaje en el ámbito europeo”, en DE ASÍS ROIG, A./HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 259-266. Véase, más recientemente, ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, cit., págs. 156-166.

¹² PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La represión del dopaje en el ámbito europeo”, cit., pág. 259-266; PÉREZ GONZÁLEZ, C./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El contexto internacional de la Ley”, cit., págs. 63-64; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 7; GARCÍA RUIZ, C. R., “La respuesta del dopaje en el Derecho internacional”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, pág. 195.

Europa que, preocupado por las consecuencias del dopaje para la ética deportiva y la salud, venía reclamando la implicación de la Unión Europea a través de una actuación coordinada entre la Comisión, los Estados miembros y los organismos deportivos para acordar medidas orientadas a resolver el problema. Específicamente, en respuesta a una solicitud del Consejo de Europa¹³, la Comisión presentó en diciembre de 1999 el conocido como *Informe de Helsinki sobre el deporte*, en el que expuso su visión global del deporte¹⁴.

Además de este documento cabría destacar, entre otros, los siguientes: la Resolución del Consejo y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 3 de diciembre de 1990, relativa a una acción comunitaria de lucha contra el *doping*, incluido el abuso de fármacos, en particular en el deporte (DOCE, Serie C, núm. 329, de 31 de diciembre de 1990); la Declaración del Consejo y de los Ministros de Sanidad de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo de 4 de junio de 1991, relativa a la lucha contra el *doping*, incluido el abuso de fármacos en las actividades deportivas (DOCE, Serie C, núm. 170, de 29 de junio de 1991, 1); el Plan de Apoyo Comunitario de lucha contra el dopaje en el deporte¹⁵, presentado por la Comisión el 1 de diciembre de 1999¹⁶, con el que se perseguía un mayor uso de los instrumentos comunitarios (investigación, educación/formación, juventud, cooperación policial y judicial, y salud pública) y fomentar una mayor cooperación europea, especialmente con el Consejo de Europa. En relación con este Plan, la eurodiputada Teresa Zabell presentó al año siguiente un informe en el que reclamaba una mayor ofensiva comunitaria contra el uso de drogas y enfatizaba especialmente la necesidad de una cooperación policial y judicial, dado que la producción y distribución de sustancias dopantes se ha convertido en un negocio internacional dirigido por redes organizadas¹⁷; la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de abril de 2005, sobre la lucha contra el dopaje en el deporte [P6-TA (2005) 0134], en la que se pedía a la Comisión que adoptara medidas para garantizar un control efectivo en las fronteras exteriores de la

¹³ Conclusiones del Consejo de Europa de Viena, de 11 y 12 de diciembre de 1998, conclusión 95.

¹⁴ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:51999DC0644&from=EN>, [última consulta: 31 de marzo 2016].

¹⁵ Uno de los instrumentos más importantes emanados de la Unión Europea para DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 384. Este Plan ha sido objeto, a su vez, de diversos informes y dictámenes del Parlamento Europeo, del Comité Económico y Social, y del Comité de las Regiones.

¹⁶ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones [COM (1999) 643 final].

¹⁷ Se trataba del Informe de 17 de julio del Parlamento Europeo, sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones-Plan de Apoyo Comunitario a la lucha contra el dopaje deportivo, de 24 de mayo de 2000. Al respecto, véase GAMERO CASADO, E., "El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual", cit., pág. 49.

Unión Europea y luchar contra el tráfico de sustancias prohibidas; el *Libro Blanco sobre el Deporte*, presentado por la Comisión el 11 de julio de 2007 [COM (2007) 391 final], en el que incidía sobre la conveniencia de unir fuerzas en la lucha contra el dopaje para hacer frente a estas prácticas que afectan a la imagen del deporte y suponen una grave amenaza para la salud individual. Hay que reseñar que, ante la preocupación por el tráfico de sustancias dopantes, la Comisión recomendaba que el comercio de sustancias dopantes ilícitas se tratase de la misma forma que el comercio de drogas ilícitas en toda la Unión Europea; la Resolución del Parlamento Europeo, de 8 de mayo de 2008, relativa al *Libro Blanco sobre el Deporte*¹⁸, que incluía una petición a los Estados miembros para que acuerden un enfoque legislativo común frente a estas sustancias, promoviendo una armonización jurídica en el ámbito de la Unión Europea; el documento de la Comisión *Desarrollo de la dimensión europea en el deporte* [COM (2011) 12 final, de 18 de enero de 2011], respecto del que conviene resaltar su interés en reforzar las medidas de lucha contra el comercio de sustancias dopantes por parte de las redes organizadas, entre ellas la introducción de disposiciones penales¹⁹; por último, ante los datos alarmantes proporcionados por la AMA sobre el tráfico de sustancias dopantes²⁰, hay que recordar las Conclusiones del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 10 de mayo de 2012, sobre la lucha contra el dopaje en el deporte recreativo (DOCE, Serie C, núm. 1690, de 15 de junio de 2012). En ellas se pone de relieve la escasa cooperación entre los Estados miembros de la Unión Europea y a nivel internacional en la lucha contra el dopaje en el deporte recreativo y se invita a la Comisión a realizar un estudio destinado a sentar las bases de las políticas destinadas a combatir el dopaje en este ámbito. En el Informe de la Comisión sobre la aplicación del Plan de Trabajo Europeo para el Deporte 2011-2014 [(COM (2014) 22 final, de 24 de enero de 2014] se da respuesta a este requerimiento, indicando que el grupo de expertos “Dopaje en el deporte recreativo” ha preparado una propuesta que será presentada al Consejo.

Como se aprecia, la actividad desarrollada por los diversos órganos de la Unión Europea ha sido intensa y decidida a impulsar la cultura antidopaje. Sin embargo, cabe

¹⁸ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:l35010> [última consulta: 31 de marzo 2016].

¹⁹ Disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:ef0025> [última consulta: 31 de marzo 2016].

²⁰ Según datos de la AMA, el tráfico de sustancias dopantes por entonces era más lucrativo que el de drogas (más de 15.000 millones de euros al año) y “enganchaba” a 31 millones de personas, según indica DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 31 (2013-1), pág. 86.

mencionar que aún no se ha elaborado una Directiva que predetermine a los Estados a adoptar un sistema jurídico unificado²¹.

III. LA AGENCIA MUNDIAL ANTIDOPAJE Y EL CÓDIGO MUNDIAL ANTIDOPAJE

Los escándalos de dopaje acaecidos en la década de 1988 a 1998 y, principalmente, la expulsión del equipo Festina en el Tour de Francia de 1998 al descubrirse una gran cantidad de sustancias dopantes en el curso de una redada, llevaron al Comité Olímpico Internacional a organizar una Conferencia Mundial sobre el dopaje que se celebró en Lausana del 2 al 4 de febrero de 1999. A ella asistieron un total de seiscientos delegados entre representantes de los gobiernos, de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, del COI, de las Federaciones deportivas internacionales, de los Comités Olímpicos Nacionales (CON) y de los atletas. Como resultado de la misma se aprobó la Declaración de Lausana sobre el Dopaje en el Deporte, en la que se instaba la creación de una agencia antidopaje autónoma cuya misión consistiría especialmente en coordinar los diversos programas necesarios para la realización de los objetivos que definirían conjuntamente todas las partes implicadas. Estos programas se centrarían en la ampliación de los controles fuera de competición, en la coordinación de la investigación, en la promoción de la acción preventiva y educativa, así como en la armonización de las normas y procedimientos científicos y técnicos para los análisis y el material.

En cumplimiento de este mandato, el 10 de noviembre de ese mismo año se constituyó la Agencia Mundial Antidopaje como una fundación de Derecho privado sometida al Derecho suizo²². Este organismo podría decirse que se ha convertido en el eje de la política antidopaje en el contexto internacional y es el que dirige y coordina

²¹ Esta ausencia ya ha sido advertida por ROLDÁN BARBERO que, no obstante, se muestra crítico con la Europa comunitaria y su empeño “en que los ciclistas sean saludables, cuando su sociedad motorizada, potenciada hasta el paroxismo bajo el principio de la libre circulación de mercancías, arrasa todos los años en las carreteras a cientos de practicantes de este deporte”, en “La creación política de una nueva delincuencia: el uso del *doping* en el deporte”, cit., págs. 574-575.

²² Sobre la AMA y el CMA, más extensamente, véanse CARRETERO LESTÓN, J. L., “La Agencia Mundial Antidopaje: naturaleza, composición y funciones”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 77-85; ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, cit., págs. 166-182; PÉREZ GONZÁLEZ, C./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El contexto internacional de la Ley”, cit., págs. 51-56; MAYNAR MARIÑO, J.I., “La Agencia Mundial Antidopaje (AMA): funciones, competencias y problemática para la realización de su labor”, en DE ASÍS ROIG, A./HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 129-142; RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “La AMA y su reglamentación”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a 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*, Madrid, 2013, págs. 63-141.

actualmente la lucha contra el dopaje deportivo de las organizaciones deportivas y los poderes públicos. Sus funciones pueden resumirse en cuatro²³: la primera, la unificación de los listados de sustancias y métodos prohibidos; la segunda, la unificación de las sanciones, formas de imposición y caracteres esenciales delimitadores de la responsabilidad en esta materia; la tercera, la homogeneización de los procedimientos relativos a la detección de sustancias dopantes, a su transporte y custodia; la cuarta y última, la promoción del estudio y la investigación conjunta con el fin de que la regulación que se establezca se implemente adecuadamente.

De sus iniciativas, el hito más significativo lo constituye la aprobación por unanimidad del Código Mundial Antidopaje, el 5 de marzo de 2003, en la Conferencia Mundial sobre Dopaje en el Deporte celebrada en Copenhague. Este Código, de alcance universal, ha venido a armonizar las reglas relativas a la lucha contra el dopaje en todos los deportes y lugares del mundo, aunque su implantación no está exenta de problemas. Así, por una parte, y pese a los esfuerzos realizados por la UNESCO, a los que me referiré enseguida, continúa siendo compleja su integración en los ordenamientos jurídicos nacionales, al tratarse de un documento de carácter privado; y, por otra, su aplicación en España también provoca polémica, pues en algunos aspectos su contenido choca con los principios generales de nuestro Derecho sancionador²⁴ y tiene un encaje difícil en el marco de los derechos fundamentales regulados en la Constitución española, entre ellos el derecho a la intimidad²⁵.

²³ PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El dopaje en Europa: líneas generales de evolución y futuro de su represión”, cit., págs. 384-385.

²⁴ GARCÍA CIRAC, M. J./GARCÍA SILVERO, E., “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: algunas reflexiones tras su aprobación por el Consejo de Ministros”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, pág. 417.

²⁵ Sobre los riesgos para los derechos fundamentales de los deportistas derivados de la regulación del CMA, directa o indirectamente (por la adaptación de la normativa estatal a dicho Código), véanse ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. infracción deportiva”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 639-676; ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 133-140; BOIX REIG, J., “Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 26-27; DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 29-30; DE VAL ARNAL, J., “¿Se respetan los derechos fundamentales y los principios informadores del derecho sancionador de los deportistas en el Código Mundial Antidopaje?”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 11, 2004, págs. 45-66; GARCÍA RUIZ, C. R., “La respuesta del dopaje en el Derecho internacional”, cit., págs. 199-205; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 179-190; LÓPEZ FRÍAS, F. J., *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, Madrid, 2015, págs. 85-88; MOLINA NAVARRETE, C., “Nadal lleva razón, la AMA se extralimita en su control antidopaje: El derecho a la intimidad del deporte profesional autónomo”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, págs.

El CMA ha sido revisado en dos ocasiones, dando lugar a dos ediciones (en 2009²⁶ y en 2015²⁷) que han supuesto, entre otros muchos cambios, un progresivo endurecimiento de las sanciones por dopaje.

IV. LA UNESCO

El último avance importante en la tarea de dar una respuesta a nivel mundial lo constituye la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, aprobada en París el 19 de octubre de 2005 en la 33ª Asamblea de la UNESCO, y ratificada por España el 26 de septiembre de 2006²⁸. Su valor reside en que se trata del primer instrumento jurídico internacional dirigido a erradicar el dopaje que tiene carácter vinculante para los Estados y proporciona un marco legal en orden a armonizar las actuaciones en materia de prevención, control y represión del dopaje. Supone, en definitiva, un acuerdo de los gobiernos para aplicar la fuerza del Derecho internacional, aunque su alcance y su eficacia son relativos, como explicaré a continuación.

Como ya he apuntado, el CMA elaborado por la AMA venía planteando el problema de que carecía de fuerza vinculante, al ser un instrumento jurídico emanado de una

43-64; PALOMAR OLMEDA, A., *Las transformaciones del deporte y su repercusión en su Ordenamiento jurídico*, Cizur Menor, 2014, págs. 88-113; PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La libertad individual y la intimidad como límites necesarios a la actuación pública y privada en la actividad deportiva”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, núm. 26, 2009, págs. 177-199; PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “La aprobación de las reformas del Código Mundial Antidopaje: un momento para la reflexión”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, núm. 22, 2008, págs. 197-203; PUNZÓN MORALEDA, J./SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “Una situación ambivalente del derecho del deporte: la lucha contra el dopaje y la defensa del derecho a la intimidad”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entrenamiento*, núm. 26, 2009, págs.150-156; TEROL, GÓMEZ, R., “El derecho al descanso nocturno del deportista como límite a la potestad de las autoridades competentes para la realización de controles de dopaje en España”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 150-164; *id.*, “El ámbito subjetivo del control de dopaje. El régimen de obligaciones de los deportistas”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 280-284 y 292-294.

²⁶ Analiza las novedades que incorporaba esta segunda versión del CMA, MONROY ANTÓN, A. J., “Reflexiones al año de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en *Diario La Ley*, núm. 6906, 18 marzo, 2008, pág. 10.

²⁷ La versión que entró en vigor el 1 de enero de 2009 se aprobó en la III Conferencia Mundial Antidopaje, celebrada en Madrid en noviembre de 2007; la segunda, aplicable desde el 1 de enero de 2015, se aprobó en la IV Conferencia Mundial sobre el Dopaje en el Deporte, que tuvo lugar en Johannesburgo, en noviembre de 2013. Sus principales novedades las recoge DE LA PLATA CABALLERO, N., “La Agencia Mundial Antidopaje como actor global en la lucha contra el dopaje: un nuevo Código Mundial Antidopaje”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 26-34; y, resumidamente, insistiendo en la mayor represión y severidad que comporta, DE VICENTE MARTÍNEZ, R./MILLÁN GARRIDO, A., “Nota preliminar”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, pág. 8. Asimismo, puede consultarse la versión traducida del CMA 2015, realizada por VERDUGO GUZMÁN, S., “Anexo. Código Mundial Antidopaje [Texto revisado de 2015]”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 211-330.

²⁸ BOE núm. 41, de 16 de febrero de 2007, disponible en <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-3289> [última consulta: 31 de marzo 2016].

fundación de carácter privado, lo que complicaba su recepción en los ordenamientos jurídicos nacionales. La Convención adoptada por la UNESCO parecía el instrumento idóneo para resolverlo definitivamente. Sin embargo, aunque en ella se establece el compromiso de los Estados con los principios del CMA (art. 4) y se proporciona un claro respaldo a la AMA (arts. 15 y 16), lo cierto es que no se exige la asunción obligatoria del CMA. Así, el texto del CMA no forma parte del cuerpo normativo y se incorpora como apéndice, con lo que no se le otorga carácter vinculante al no ser elevado al rango de Tratado internacional²⁹. De este modo, puede concluirse que con la Convención no se ha conseguido una armonización plena de la regulación pública con la privada en materia de dopaje³⁰.

No obstante, hay que destacar, por un lado, que el Anexo I, que recoge la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, sí forma parte integrante de la Convención y sus sucesivas enmiendas se han realizado de un modo casi automático de acuerdo con las modificaciones que efectúa la Agencia; y, por otro lado, es preciso reconocer que, aun cuando el alcance del Convenio es limitado, en la práctica el enorme poder de la AMA ha desembocado en la asunción de sus reglamentaciones por parte de los Estados, de manera que esta organización de Derecho privado ha acabado erigiéndose en la fuente normativa que marca las legislaciones antidopaje de muchos países pese a que la Convención no obligue a ello³¹.

Sentado lo anterior, hay que admitir que el documento no carece de utilidad pues, aun cuando se reconoce cierto margen a los Estados para adoptar las medidas apropiadas para cumplir con las obligaciones derivadas de la Convención (pueden

²⁹ En relación con ello, el artículo 4, sobre las relaciones de la Convención con el CMA, establece: “1. Con miras a coordinar, en el plano nacional e internacional, las actividades de lucha contra el dopaje en el deporte, los Estados Parte se comprometen a respetar los principios del Código como base de las medidas previstas en el Artículo 5 de la presente Convención. Nada en la presente Convención es óbice para que los Estados Parte adopten otras medidas que puedan complementar las del Código. 2. El Código y la versión más actualizada de los Apéndices 2 y 3 se reproducen a título informativo y no forman parte integrante de la presente Convención. Los apéndices como tales no crean ninguna obligación vinculante en derecho internacional para los Estados Parte. 3. Los anexos forman parte integrante de la presente Convención.”

³⁰ De este parecer, ECHEVERRI VELÁSQUEZ, S. L., “Algunas reflexiones sobre el compromiso intergubernamental en la lucha antidopaje: ¿Es coherente la Convención Internacional Contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO con el programa antidopaje de la Agencia Mundial Antidopaje?”, en BOSCH CAPDEVILA, E./FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (Coords.), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, págs. 37-38; ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, cit., págs. 184-185 y 188; GAMERO CASADO, E., “El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual”, cit., pág. 55; MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción”, cit., pág. 40.

³¹ En este sentido, LÓPEZ FRÍAS incide en que la AMA se ha establecido como un poder fáctico que tiene más importancia y poder efectivo que los poderes públicos, de modo que ha invertido el principio de jerarquía normativa. En su opinión, el Derecho deportivo internacional creado por ella se superpone al Derecho internacional del deporte o al Derecho humanitario internacional bajo la premisa de que solo de ese modo se podrá acabar con la lacra del dopaje, en *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, cit., págs. 88-89. Asimismo, véase QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, 2015, pág. 1080.

acudir a medidas legislativas, reglamentos, políticas o disposiciones administrativas, conforme señala el art. 5), se impone el desarrollo de actividades específicas contra el dopaje en el plano nacional (arts. 7 a 12), así como determinadas obligaciones en materia de cooperación internacional (arts. 13 a 18). Nótese, sin embargo, que la Convención no exige a los Estados parte que acudan al Derecho penal para la prevención o represión del dopaje. En particular, el artículo 9, relativo a las medidas contra el personal de apoyo a los deportistas solo indica que “los Estados parte adoptarán medidas ellos mismos o instarán a las organizaciones deportivas y las organizaciones antidopaje a que adopten medidas, comprendidas sanciones o multas, dirigidas al personal de apoyo a los deportistas que cometa una infracción de las normas antidopaje u otra infracción relacionada con el dopaje en el deporte”³².



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

³² Llama la atención sobre ello, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 382.

CAPÍTULO SEGUNDO: LA NORMATIVA ANTIDOPAJE EN ESPAÑA: DEL MODELO ADMINISTRATIVO AL MODELO PENAL

La represión normativa del dopaje en España ha venido marcada indudablemente por las disposiciones internacionales y europeas comentadas, que progresivamente han demandado un mayor compromiso de los Estados en la dirección de homogeneizar el régimen jurídico del dopaje a nivel global. Con esta orientación, la regulación del dopaje ha experimentado una transformación importante, en línea con la mayor parte de los países de nuestro entorno sociocultural, pasando de ser competencia exclusiva de las Federaciones deportivas y el COI, a ser objeto de una decidida intervención de los poderes públicos³³.

Con todo, hay que tener en cuenta que los modelos jurídicos que se han desarrollado en el Derecho comparado para hacer frente al dopaje no son coincidentes. De una parte, una serie de países se han decantado por un modelo penal, elevando determinadas conductas relativas al dopaje a la categoría de delito. Pioneros en utilizar la vía penal fueron Bélgica, con la Ley de 2 de abril de 1965 y Francia, a través de la Ley 64-412, de 1 de junio de 1965, que estableció un régimen aún más severo que el belga. A esta tendencia en alza se han adscrito con posterioridad un número relevante de Estados³⁴, entre los que se cuenta España desde el año 2007. De otra parte, otros Estados³⁵ han optado por un modelo administrativo que, desde el entendimiento de que el Derecho penal deber reservarse para proteger bienes jurídicos importantes frente a los ataques más graves a los mismos, renuncia a diseñar una intervención penal específica para resolver los conflictos a que pueda dar lugar el empleo de sustancias o métodos para

³³ Lo que no es óbice para que en otros países perviva un sistema que utiliza a las organizaciones deportivas como vía exclusiva para hacer frente al dopaje, al margen de la intervención de los poderes públicos, como ocurre en Reino Unido, Suiza, o Estados Unidos. En relación con este último, véase TEROL GÓMEZ, R., “La lucha contra el dopaje en Estados Unidos y Canadá”, en DE ASÍS ROIG, A./ HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, pág. 219.

³⁴ Así, Italia, Portugal, la República Checa, Suecia, Finlandia y, muy recientemente, Alemania. En este último país no existía una ley antidopaje específica ni tampoco un delito de dopaje como tal. Sin embargo, en diciembre de 2015 entró en vigor una dura Ley antidopaje que sanciona con penas privativas de libertad de hasta tres años al deportista profesional que se dope (los deportistas aficionados quedan fuera de su ámbito), tipifica la posesión de medicamentos dopantes incluso en pequeñas cantidades, y castiga con penas de hasta diez años de prisión a los organizadores de las tramas de dopaje y a los traficantes de productos dopantes prohibidos. Respecto a cómo se ha venido organizando la lucha contra el dopaje en Alemania antes de la nueva normativa, véase TAUSCHWITZ, M., “La persecución del dopaje en Alemania”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, núm. 108, diciembre 2012, págs. 187-201; *id.*, *Die dopingverfolgung in Deutschland und Spanien*, Berlín, 2015.

³⁵ Austria, Irlanda, Luxemburgo, Los Países Bajos, Grecia o Canadá.

umentar el rendimiento³⁶. Este esquema ha sido el seguido en nuestro país desde 1990, con la Ley 10/1990, del Deporte, hasta la Ley Orgánica 7/2006, que introdujo en el Código penal el artículo 361 bis, que tipificaba el delito de dopaje. Con la reciente reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, se ha modificado el numeral de este precepto, pasando a ser el artículo 362 quinquies del Código penal, aunque su contenido ha permanecido invariable.

I. LA LEY 10/1995, DE 15 DE OCTUBRE, DEL DEPORTE

Con la aprobación de la Ley del Deporte se puso fin al modelo tradicional que se venía aplicando en España para controlar y reprimir el dopaje. Hasta entonces, sobre la base de entender que el dopaje era un fenómeno limitado al deporte de competición, su regulación correspondía a las Federaciones deportivas y al Movimiento Olímpico, que habían generado una normativa sectorial y dispersa. Este sistema, que se articulaba en torno a la defensa de la ética deportiva, entró en crisis por la escasa eficacia demostrada y, también, por la constatación de que las prácticas dopantes no solo constituían un fraude, sino que tenían consecuencias para la salud. De este modo, comenzó un proceso de “publicación” de la reglamentación del dopaje, consecuencia asimismo de los compromisos internacionales adquiridos, que supuso la intervención de los poderes públicos en el control y la represión del dopaje³⁷.

En esta fase de cambio, la Ley 10/1990 vino a instaurar un régimen mixto, de colaboración entre la Administración estatal, autonómica y las Federaciones deportivas, bajo la coordinación del Consejo Superior de Deportes (CSD). Las disposiciones más relevantes que establecía en materia de dopaje se incluían en su título VIII, referido al “Control de las sustancias y métodos prohibidos en el deporte y seguridad en la práctica deportiva”. En concreto, se recogía el mandato al CSD para que, de conformidad con lo dispuesto en los Convenios internacionales, elaborara una lista de sustancias y grupos

³⁶ En relación con ambos modelos jurídicos y su valoración, considera que el Derecho penal no tiene nada que decir en este ámbito ROLDÁN BARBERO, H., “La creación política de una nueva delincuencia: el uso del *doping* en el deporte”, cit., págs. 576-592. Aunque la normativa represiva del dopaje en los países de nuestro entorno ha sido cambiante en la última década, puede consultarse la evolución general de la represión del dopaje a nivel internacional y una exposición de los modelos vigentes en 2005 en Francia, Alemania, Italia, Austria, Dinamarca, Portugal y Andorra, en DE LA IGLESIA PRADOS, E., “La represión del dopaje en Derecho comparado: los distintos modelos de control y represión”, MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.) *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 87-106. Como aportaciones más recientes, en referencia al modelo alemán, véanse las de DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., págs. 392-394 y TAUSCHWITZ, M., citado en nota 33.

³⁷ MILLÁN GARRIDO, A., “La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 125-126 y 129.

farmacológicos prohibidos y determinara los métodos no reglamentarios destinados a aumentar artificialmente las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de las competiciones (art. 56.1); se creaba la Comisión Nacional Antidopaje; se imponía a todos los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal la obligación de someterse a controles antidopaje, durante las competiciones o fuera de ellas, con la exigencia de que en las competiciones de ámbito estatal los análisis destinados a la detección o comprobación de prácticas prohibidas se realizasen en laboratorios estatales u homologados por el Estado (art. 58). Asimismo, en el Título XI, relativo a la disciplina deportiva, se señalaba como infracción muy grave a las reglas del juego o competición, o a las normas deportivas generales, la promoción, incitación, consumo o utilización de prácticas de dopaje (art. 76.1 d)³⁸.

El desarrollo reglamentario de esta norma tuvo lugar a través del Real Decreto 255/1996, de 16 de febrero, por el que se establece el régimen de infracciones y sanciones para la represión del dopaje; el Real Decreto 1313/1997, de 1 de agosto, por el que se determina la composición y funciones de la Comisión Nacional Antidopaje (modificado en parte por el RD 255/2004, de 13 de febrero); y el Real Decreto 112/2000, de 28 de enero, que crea la Comisión Nacional para la Protección de la Salud del Deportista. A ello hay que sumar la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 11 de enero de 1996, que disponía normas generales para realizar los controles de dopaje y las condiciones generales para la homologación y funcionamiento de los laboratorios, no estatales, de control del dopaje en el deporte; y la Resolución de 10 de diciembre de 2003, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes, por la que se aprobaba la lista de sustancias y grupos farmacológicos prohibidos y de métodos no reglamentarios de dopaje en el deporte.

II. LA LEY ORGÁNICA 7/2006, DE 21 DE NOVIEMBRE, DE PROTECCIÓN DE LA SALUD Y DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN EL DEPORTE

Con la Ley Orgánica 7/2006 se produce el paso a un modelo en el que, además de acudir al régimen de infracciones y sanciones administrativas, se utiliza la vía penal

³⁸ Aportan una visión crítica de esta Ley, incidiendo en que fue una ley de mínimos, que residenciaba la represión del dopaje en el ámbito de la disciplina deportiva, ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, cit., págs. 195-196; MILLÁN GARRIDO, A., “La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa”, cit., págs. 132-133. Este autor introdujo ulteriormente matices en su apreciación, valorando la efectividad del modelo instaurado por esta Ley, en MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción”, cit., pág. 41.

para castigar particularmente determinadas conductas relativas al dopaje.

La gestación de esta norma vino impulsada por diversos factores. En primer lugar, el sistema desarrollado a partir de la Ley del Deporte presentaba carencias y deficiencias que requerían ser subsanadas³⁹; y, en segundo lugar, nuestro país había adquirido deberes internacionales que hacían preciso adaptar y armonizar la normativa nacional con la legislación procedente de las organizaciones supranacionales (el CMA y la Convención Internacional de la UNESCO).

Aunque, como hemos visto, ninguno de los instrumentos jurídicos internacionales imponía la obligación de introducir el delito de dopaje en nuestro ordenamiento jurídico-penal, puede decirse que existía un clima propicio para adoptar una decisión legislativa en ese sentido. A mediados del año 2004 se llevó a cabo una redada en gimnasios de treinta y una provincias que destapó una red de tráfico y venta de sustancias dopantes que tuvo una importante repercusión mediática⁴⁰. Ello, unido a la aparición creciente de casos de dopaje entre deportistas de élite y al descubrimiento de laboratorios dedicados específicamente a la producción de productos para aumentar la capacidad física de los deportistas⁴¹, había generado una preocupación social de la que los medios de comunicación se hacían eco⁴². Además, no hay que olvidar que en el exterior España era considerada con frecuencia como un “paraíso del dopaje”, lo que desembocaba en una significativa presión internacional que reclamaba acciones expeditivas para atajar estas prácticas, que se agudizó cuando en mayo de 2006 se destapó la “Operación Puerto”⁴³.

En este contexto, el paso previo al cambio tuvo lugar a través del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, aprobado el 11 de febrero de 2005, que contemplaba 59 medidas contra el dopaje en el deporte, entre las que se recogían, de un lado, la aprobación de una Ley contra el dopaje, así como la reforma del bloque normativo

³⁹ MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción”, cit., pág. 42.

⁴⁰ A mediados de 2004 tuvieron lugar la “Operación Gamma” y la “Operación Gamma II”. En la primera, se detuvo a 21 personas sospechosas de traficar con sustancias ilegales a través de Internet. En la segunda, se registraron más de 100 gimnasios y se practicó la detención de 126 personas. Sobre estas redadas, véase http://elpais.com/elpais/2004/07/15/actualidad/1089879419_850215.html [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁴¹ Se trataba del “caso Balco”, relativo a un laboratorio californiano que producía y suministraba diversas sustancias prohibidas, entre ellas el esteroide tetrahidrogestrona (THG), a varios de los atletas considerados como los mejores del mundo.

⁴² ÁLVAREZ VIZCAYA, M., ¿Necesita el deporte la tutela del Derecho penal?, en DE ASÍS ROIG, A./HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, pág. 68. Puede verse un detallado análisis en relación con el papel de los medios de comunicación en este proceso en GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA, J. (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008, págs. 191-237.

⁴³ No obstante, hay que señalar que a la fecha en que se descubrieron los hechos ya se había redactado el Anteproyecto de la Ley Orgánica.

vigente en aquel momento “para adecuar la regulación del fenómeno del dopaje a la nueva realidad y a las exigencias demandadas por la sociedad actual”; y, de otro lado, “la modificación del Código Penal y el establecimiento de un marco normativo que permita sancionar la conducta de las personas pertenecientes al entorno del deportista que intervengan o propicien el dopaje, y que prevea un tratamiento punitivo apto para reprimir los comportamientos de aquellos que de alguna forma asistan, inciten, contribuyan, instiguen o intenten disimular el dopaje de un deportista”. El citado Plan integral se fundamentaba en razones deportivas, de salud pública, de ética colectiva y convivencia social, enmarcándose en una política de “tolerancia cero” con el dopaje para garantizar la salud individual, la salud pública, el juego limpio y la igualdad en el deporte⁴⁴. No obstante, es conveniente apuntar que también había otros intereses que justificaban la propuesta del gobierno. Me refiero a la candidatura de Madrid a las Olimpiadas de 2012 y al objetivo de atraer a nuestro país la celebración de acontecimientos deportivos internacionales, con las implicaciones económicas que ello comporta⁴⁵.

Finalmente, a partir del conjunto de directrices marcadas por el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte se procedió a elaborar la Ley Orgánica 7/2006, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte que, contando con un amplio consenso⁴⁶, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE) de 22 de noviembre, y entró en vigor tres meses más tarde⁴⁷. Esta norma ha sido posteriormente derogada por la actualmente vigente Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva.

⁴⁴ Un completo estudio del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte puede consultarse en SUÁREZ LÓPEZ, J., M., “El dopaje ante el Derecho penal”, JIMÉNEZ SOTO, I./ARANA GARCÍA, E. (Dirs.), *El Derecho deportivo en España 1975-2005*, Sevilla, 2005, págs. 668-676.

⁴⁵ Así se deduce de la Exposición de motivos, que literalmente indicaba: “Es importante destacar que la candidatura de la ciudad de Madrid para ser la sede que organice los JJOO de 2012 queda reforzada con esta iniciativa política, pues desarrolla el cumplimiento de compromisos que son requisito inexcusable para tener opciones de ser elegida por los miembros del COI el próximo 6 de julio en Singapur. Una vez más, se pone de manifiesto la sintonía y el respaldo sin fisuras con que las distintas instituciones implicadas vienen trabajando en este proyecto de Estado, que ha hecho suyo el conjunto de la sociedad española. Asimismo, la aprobación de este Plan Antidopaje refuerza la proyección internacional y el atractivo de España como país especializado en la organización de grandes acontecimientos deportivos con repercusión mundial. Tras el éxito deportivo y de organización de los Juegos de Barcelona, nuestro país ha logrado convertirse en muy poco tiempo en un referente organizativo de primer orden para el sistema deportivo internacional, una posición que se ve reforzada al incorporar a nuestra legislación medidas vigentes desde hace años en países de nuestro entorno.”

⁴⁶ El Proyecto de Ley Orgánica fue aprobado en primera votación en el Pleno del Congreso con trescientos votos a favor, cinco abstenciones y ningún voto en contra (Diario de Sesiones, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, núm. 190, 29 de junio 2006, pág. 9636). Posteriormente el Pleno del Senado lo ratificó con doscientos seis votos a favor, uno en contra y ninguna abstención (Diario de Sesiones, Senado, Pleno, núm. 95, 3 de octubre 2006, pág. 5627). Una vez devuelto al Congreso de los Diputados, este aprobó la Ley definitivamente con trescientos dos votos a favor, siete abstenciones y un voto en contra (Diario de Sesiones, Congreso, Pleno y Diputación Permanente, núm. 214, 21 de noviembre 2006, pág. 10899).

⁴⁷ Como establecía la Disposición final octava.

1. ESTRUCTURA Y CONTENIDO

Como se declaraba en la Exposición de motivos, la Ley Orgánica 7/2006 se estructuraba en torno a dos líneas centrales: la primera, “actualizar los mecanismos de control y de represión del dopaje en el ámbito del deporte de alta competición”; la segunda, “crear un marco sistemático y transversal de prevención, control y represión del dopaje en general, considerado como una amenaza social, como una lacra que pone en grave riesgo la salud, tanto de los deportistas profesionales como de los practicantes habituales u ocasionales de alguna actividad deportiva”. A continuación paso a exponer su contenido más destacado.

El Título I, “De la protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte” recogía cinco capítulos en los que se acometían diversas reformas. Concretamente, en el Capítulo I se establecía la organización de la Administración General del Estado para la protección de la salud y el control del dopaje en el deporte (art. 2), creando al efecto la Agencia Estatal Antidopaje (AEA)⁴⁸ y la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje (CCSSD)⁴⁹. El Capítulo II abordaba la obligación de someterse a los controles de dopaje (art. 5); las garantías y los efectos legales de los mismos (art. 6); las obligaciones accesorias (art. 7)⁵⁰; los tipos de controles (art. 8), su planificación (art. 9); las personas responsables (art. 10); la competencia para la realización de los controles (art. 11); y la publicidad de la lista de sustancias susceptibles de producir dopaje y de métodos prohibidos en el deporte (art. 12). A regular el régimen sancionador en materia de dopaje en el deporte se dedicaba el Capítulo III, incluyendo un extenso listado de infracciones (art. 14) y estableciendo rigurosas sanciones diferenciadas para los

⁴⁸ De acuerdo con el artículo 4 de la Ley Orgánica 7/2006, la AEA se configuraba como “el organismo por medio del cual se realizan las actividades materiales de prevención, control e investigación sobre la salud y el dopaje afectantes al deporte federado de ámbito estatal”. Sus funciones se establecían en el RD 185/2008, de 8 de febrero, por el que se aprobaba el Estatuto de la Agencia Estatal Antidopaje, norma suprimida por la disposición derogatoria única del Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. Examina en detalle este organismo RECUERDA GIRELA, M. A., “La Agencia Española Antidopaje: la extensión del modelo de agencia independiente en el derecho administrativo español”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 17 (2006), págs. 75-86.

⁴⁹ El artículo 3 creaba la CCSSD como un órgano colegiado adscrito al CSD, integrado por representantes de la Administración General del Estado, de las Comunidades Autónomas, Federaciones deportivas españolas, Ligas profesionales, deportistas y por personas de reconocido prestigio en los ámbitos científico-técnico, deportivo, médico y jurídico. Se le atribuían un amplio abanico de funciones, tanto en materia de protección de la salud, como en materia de lucha contra el dopaje en el deporte. Su composición y régimen de funcionamiento se establecieron en el Real Decreto 811/2007, de 22 de junio. Sobre ella, véase BALLESTEROS MOFFA, L. A., “Reforma de la organización administrativa en materia de salud y dopaje deportivo: la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 22, págs. 125-145.

⁵⁰ Analiza en profundidad los artículos 5, 6 y 7 de la Ley Orgánica 7/2006, estudiando su tramitación parlamentaria y sus precedentes normativos, DE HOCES ÍÑIGUEZ, J. R., “Las obligaciones en materia de control de dopaje”, en *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 163-184.

deportistas (art. 15) y para su entorno (arts. 16, 17 y 18)⁵¹. Asimismo, se detallaba el procedimiento para la imposición de sanciones (arts. 27 y 28), atribuyéndose la potestad disciplinaria en materia de dopaje al CSD y, por delegación, en los términos previstos en la propia Ley, a las Federaciones deportivas españolas⁵²; y se instauraba un específico sistema de recurso administrativo (art. 29). El Capítulo IV se ocupaba de las relaciones con la Federaciones deportivas internacionales y con las entidades que rigen, en el ámbito internacional, la actividad deportiva (arts. 30 a 33). Por último, respetando los términos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se regulaba en el Capítulo V el tratamiento de los datos relativos al dopaje y a la salud en el deporte, haciendo especial hincapié en la responsabilidad de los empleados públicos y de los dirigentes y el personal de entidades deportivas (arts. 34, 35 y 36).

El Título II, “ De las medidas de control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales que contengan sustancias prohibidas en la actividad deportiva”, se refería a aspectos genéricos de control de dopaje en toda clase de deporte, de competición o meramente recreativo. De este modo, además de regular la obligación de declarar los productos susceptibles de producir dopaje (art 37), la trazabilidad de determinados productos (art. 38), la potestad de inspección (art. 39) y el decomiso (art. 40), se destinaba un capítulo específico a la comercialización y utilización de compuestos con cualidades dopantes (entre ellos, los nutricionales, que a menudo encubren sustancias de esta índole bajo su apariencia inofensiva), imponiendo la prohibición de comercializarlos en establecimientos dedicados a actividades deportivas, y remitiendo a las sanciones colegiales específicas⁵³ para los profesionales que participaran en actuaciones de dopaje en ese ámbito (arts. 41 a 43)⁵⁴.

⁵¹ En concreto, el régimen disciplinario se extendía, en el ámbito del deporte organizado, a clubes y equipos (con las sanciones previstas en el art. 16); a técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, directivos, dirigentes o personal de Federaciones deportivas españolas, de Ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos (con las sanciones señaladas en el art. 17); y a los médicos y demás personal sanitario de clubes o equipos (con las sanciones relacionadas en el art. 18). Al respecto, extensamente, GAMERO CASADO, E., “Régimen de infracciones y sanciones”, en *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 205-255.

⁵² Se confirmaba así la potestad disciplinaria como una “competencia concurrente sucesiva”, tal y como señala la propia Exposición de motivos. En relación con el procedimiento disciplinario, órganos competentes y trámites procedimentales, véase TEROL GÓMEZ, R., “El procedimiento disciplinario para la imposición de sanciones en materia de dopaje”, en *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 257-272.

⁵³ A tal efecto, la Disposición adicional sexta otorgaba a los Colegios profesionales afectados el plazo de un año para modificar sus Estatutos y normas reglamentarias en el sentido de tipificar expresamente las responsabilidades previstas en el artículo 43 (conductas consistentes en facilitar, colaborar, prescribir o dispensar sustancias y productos susceptibles de producir dopaje en la actividad deportiva, o propiciar la utilización de métodos no reglamentarios o prohibidos).

⁵⁴ En opinión de PALOMAR OLMEDA Y RODRÍGUEZ GARCÍA, esta era la parte más novedosa de la Ley en relación con los precedentes existentes que, prácticamente, no hacían referencia al dopaje en el ámbito del deporte o

Por lo que se refiere al Título III, “De la tutela de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte”, constaba de un solo precepto, que introducía en el Código penal el delito de dopaje como artículo 361 bis⁵⁵.

El Título IV, “Del sistema de información en materia de protección de la salud y contra el dopaje en el deporte”, tenía por objeto poner a disposición de las Comunidades Autónomas un sistema de información (arts. 45 a 48) con el fin de que pudiesen utilizar los datos en el desarrollo de políticas públicas para la promoción de un deporte saludable y limpio de dopaje en el ejercicio de sus competencias. En este aspecto, se recogía también la creación de una tarjeta de salud del deportista (art. 49), “a efectos de realizar un seguimiento preventivo de su salud y de sus parámetros vitales más importantes”, como se señalaba en la Exposición de motivos.

Para concluir con esta visión general de la Ley, falta hacer una breve referencia a algunas de las disposiciones finales que considero de especial interés. En concreto, la Disposición final tercera, con un propósito armonizador, modificaba la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, incorporando al artículo 23 dos infracciones que tipificaban conductas de depósito, comercialización, distribución e incitación al consumo de productos que contengan sustancias dopantes prohibidas en establecimientos dedicados a actividades deportivas [nuevas letras p) y q)]. Estas infracciones han desaparecido de tal disposición al ser objeto de derogación expresa los apartados p) y q) del artículo 23 por la Ley Orgánica 3/2013, de modo que ya no se recogen en el elenco que relaciona la nueva Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que deroga la anterior. En cambio, ahora han pasado a formar parte integrante del catálogo de infracciones que se tipifican en el artículo 22.1.m) de la nueva Ley antidopaje. Por su parte, la Disposición final sexta habilitaba un plazo de seis meses para que el gobierno aprobase el desarrollo reglamentario de la Ley lo que, a la vista de la ingente cantidad de materias que la propia norma le reservaba a lo largo de su articulado (no solo en relación con el dopaje

de la actividad deportiva. Para estos autores, es en esta parte “donde el factor salud que intitula la Ley tiene un reflejo más general y donde se intenta establecer una política pública que realmente se proyecta sobre el conjunto de la actividad deportiva para conseguir que la práctica deportiva no se asocie al aumento artificial de capacidades físicas, en unos casos para obtener mejores resultados deportivos y en otros para conseguir mejoras físicas o estéticas que mejoren su capacidad relacional”, en “La Ley Antidopaje: el modelo de prevención y represión”, CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, pág. 77. Ofrece un estudio del Título II, VIDA FERNÁNDEZ, J., “De las medidas de control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales, que contengan sustancias prohibidas en la actividad deportiva”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 477-510.

⁵⁵ La inclusión de esta nueva figura penal vino acompañada de importantes críticas que, dada su relevancia y puesto que constituye el objeto de este trabajo, serán tratadas con más detalle en breve.

en sentido estricto, sino también en cuanto a la salud), se presentaba como un objetivo difícil de cumplir⁵⁶.

En conjunto, y dejando al margen el juicio que mereció la creación del delito de dopaje, puede afirmarse que en un principio y con carácter general, la Ley Orgánica 7/2006 recibió una valoración positiva por establecer un régimen serio que englobaba las previsiones de la organización deportiva privada junto con las obligaciones adquiridas en el ámbito internacional⁵⁷. De hecho, ya el Consejo de Estado destacó en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2006 su oportunidad, derivada de la necesidad de adaptar el sistema entonces vigente a los criterios internacionales puestos en marcha para luchar contra el dopaje⁵⁸. Y, en la misma línea, también el Consejo General del Poder Judicial (en adelante, CGPJ) consideró adecuada la reforma proyectada, en tanto en cuanto clarificaba el ordenamiento, evitando la dispersión normativa existente e identificando de forma separada el régimen propio del dopaje en el deporte del resto de la actividad deportiva⁵⁹.

No obstante, y aun cuando la Ley proporcionaba un marco más equilibrado e integral para desarrollar la política contra el dopaje, no han faltado críticas sobre diversos aspectos de la misma. Así, ya en los primeros análisis se puso de relieve su incapacidad para resolver cuestiones derivadas de la confrontación entre el Derecho público y el Derecho privado, y se advirtió de la necesidad de realizar esfuerzos económicos y de gestión para poder desarrollar un modelo tan ambicioso como el que se perseguía implantar⁶⁰. Asimismo, como ya he apuntado, se denunció la extraordinaria afección

⁵⁶ Así lo ponían de manifiesto PALOMAR OLMEDA Y RODRÍGUEZ GARCÍA, enumerando un prolijo listado de las materias que la Ley Orgánica dejaba a expensas del desarrollo reglamentario, en “La Ley Antidopaje: el modelo de prevención y represión”, cit., págs. 106-107. En cuanto a las disposiciones promulgadas en este sentido, además de los ya mencionados Reales Decretos 811/2007 (sobre la CSSSD) y 185/2008 (sobre la AEA) pueden citarse, por lo que se refiere al control del dopaje: el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril, por el que se regulan los procesos de control de dopaje y los laboratorios de análisis autorizados, y por el que se establecen medidas complementarias de prevención del dopaje y de protección de la salud en el deporte. Esta norma fue modificada posteriormente por el Real Decreto 1462/2009, de 18 de septiembre, con el fin de reforzar la frustrada candidatura de Madrid para las olimpiadas de 2016 y ante la salvedad planteada por la Comisión de Evaluación del COI en torno al total cumplimiento del Código Mundial Antidopaje por las autoridades deportivas y antidopaje españolas. Sin embargo, esta última disposición legislativa fue anulada por el Tribunal Supremo en fecha 13 de octubre de 2011 por la concurrencia de dos motivos formales de nulidad de pleno derecho, aunque volvió a aprobarse, cumpliendo con los requerimientos estipulados por el Tribunal Supremo, a través del Real Decreto 1744/2011, de 25 de noviembre, por el que se modifica el Real Decreto 641/2009, de 17 de abril. Actualmente está en fase de borrador una nueva modificación del Real Decreto 641/2009, prevista para adaptarlo a la Ley Orgánica 3/2013. En cuanto a la normativa de desarrollo en materia sancionadora, se ha plasmado en el Real Decreto 63/2008, de 25 de enero, por el que se regula el procedimiento para la imposición y revisión de sanciones disciplinarias en materia de dopaje.

⁵⁷ MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción”, cit., pág. 57, apuntando discrepancias con algún aspecto concreto de la Ley.

⁵⁸ Dictamen del Consejo de Estado 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.

⁵⁹ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, pág. 21.

⁶⁰ PALOMAR OLMEDA, A./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “La Ley Antidopaje: el modelo de prevención y represión”, cit., págs. 74-75. Estos autores ponen de relieve que la Ley Orgánica 7/2006 no resolvía algunas

que las obligaciones establecidas en materia de dopaje suponen para la libertad personal y el derecho fundamental a la intimidad corporal, personal y familiar, cuestionándose su proporcionalidad. Pero quizás una de las objeciones más significativas ha sido la relativa a la falta de correspondencia entre los propósitos declarados y su reflejo en la norma⁶¹. En efecto, la propia denominación de la Ley aludía a un doble objetivo: proteger la salud de los deportistas y luchar contra el dopaje. Sin embargo, la realidad es que esta doble finalidad quedó en una mera declaración de intenciones a la vista del articulado, pues la inmensa mayoría de preceptos se dedicaban al dopaje, quedando la protección de la salud relegada a un segundo plano⁶². Este desequilibrio inicial se consolidó con el paso del tiempo, pues no hubo un desarrollo reglamentario que impulsase una política de salud en la actividad deportiva, centrándose todos los esfuerzos en implantar la política de dopaje diseñada por la Ley⁶³. Probablemente por esta razón, la Ley Orgánica 3/2013 señala literalmente en su Preámbulo que con ella se “hace hincapié en la importancia de establecer un acabado sistema de protección de la salud que beneficie, desde todos los puntos de vista, a los principales receptores de la presente norma, que son las personas que desarrollan cualquier actividad deportiva. Siguiendo este argumento, la presente Ley excede con mucho de lo que sería una simple norma antidopaje. Por el contrario, la intención del legislador es incluir un potente sistema de protección de la salud para quienes realicen cualquier actividad deportiva, prestando especial atención al grado de exigencia física y, por tanto, al riesgo que se derive de la actividad deportiva en cuestión, así como a los supuestos en los que participen menores de edad.”

cuestiones irresolubles derivadas de las normas emanadas de instituciones privadas, concretamente de la AMA. Así, citan como ejemplo que el CMA establece la renuncia expresa a la judicialización de los asuntos, lo que es opuesto a la mayor parte de las Constituciones Europeas.

⁶¹ A esta crítica habría que añadir aquellas que han incidido en otros aspectos de la Ley. Por ejemplo, se ha señalado que la mayor deficiencia de la Ley radicaba en que se centraba únicamente en el deportista federado, olvidando que donde el problema del dopaje está más presente es en los gimnasios; se ha puesto de relieve una posible vulneración del derecho a la presunción de inocencia del deportista en relación con las sustancias que el propio cuerpo puede producir; y, también, se ha cuestionado la proporcionalidad de las sanciones pecuniarias, reclamando que estas se adaptasen a la magnitud del equipo o del club implicado. Al respecto, indicando también otros problemas de la Ley Orgánica 7/2006, MONROY ANTÓN, A. J., “Reflexiones al año de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., págs. 8-11.

⁶² Así lo reflejaba, entre otros, MALO DE MOLINA y ZAMORA, D., “La protección de los derechos fundamentales de los deportistas. La Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., en BOSCH CAPDEVILA, E./FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (Coords.), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, pág. 80. Esto ya había sido advertido también durante el trámite de audiencia a que fue sometido el Anteproyecto de Ley Orgánica. En concreto, de un lado, la Federación Española de Medicina del Deporte había mostrado su preocupación porque sólo un 5% de la Ley se dedicaba a la salud; y, de otro lado, la Real Federación Española de Atletismo había resaltado que la atención que se prestaba a la salud del deportista (solo la tarjeta sanitaria) era muy deficitaria, proponiendo una serie de medidas. Véanse estas opiniones en el Dictamen del Consejo de Estado 31/2006, de 2 de febrero, Antecedente undécimo.

⁶³ Muy crítico con la política seguida en materia de sanidad pública ligada al dopaje, reclamando un esfuerzo de ordenación, concreción y colaboración de todos los poderes públicos para reducir el desequilibrio, PALOMAR OLMEDA, A., “Salud pública y dopaje”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, junio-2011, págs. 43-53.

2. LA POLÉMICA INTRODUCCIÓN DEL ARTÍCULO 361 BIS EN EL CÓDIGO PENAL

Dando cumplimiento a la medida legislativa de reforma del Código penal que preveía el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte (medida 3), el artículo 44 de la Ley Orgánica 7/2006, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte, introdujo en el Código penal español el ilícito de dopaje a través del artículo 361 bis, en el capítulo dedicado a los delitos contra la salud pública. Se procedía de este modo a dar paso a la intervención penal para castigar una serie de comportamientos relativos al consumo de sustancias prohibidas y a la utilización de métodos no reglamentarios en el ámbito deportivo, en el marco de una política criminal dirigida a erradicar con contundencia el fenómeno del dopaje.

Su tenor literal era el siguiente:

“1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que la víctima sea menor de edad. 2. Que se haya empleado engaño o intimidación. 3. Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional”.

Con la creación de esta infracción penal se perseguía, tal y como indicaba la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006, la finalidad de “castigar el entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud”. Así pues, se justificaba el recurso al Derecho penal expresamente en razones de tutela de la salud pública.

El grado de aceptación de esta decisión legislativa fue altísimo. Ya he referido que en sede parlamentaria la Ley Orgánica contó con el respaldo de prácticamente todos los

grupos políticos⁶⁴, que venían a coincidir en la idea de que se hacía necesario adoptar un criterio de política criminal que ofreciera un tratamiento punitivo adecuado para sancionar la conducta de las personas pertenecientes al entorno del deportista que interviniesen o propiciasen el dopaje o el tráfico ilegal, la distribución y la venta de sustancias prohibidas⁶⁵. De hecho, las modificaciones que sufrió la redacción del artículo 361 bis del Código penal durante la tramitación parlamentaria, pese a ser significativas, no cuestionaron en modo alguno la conveniencia de la actuación penal⁶⁶.

Con todo, considero que es conveniente comentar algunas opiniones contrarias a la represión penal del dopaje que fueron desoídas, lo que me permitirá presentar una panorámica lo más completa posible del proceso de gestación del precepto antes de entrar a analizarlo.

Concretamente, el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, puso de manifiesto sus dudas sobre la necesidad de intervenir penalmente frente al dopaje, aconsejando reconsiderar la entrada en escena del Derecho penal. Sus reflexiones sobre el tema fueron muy claras: “Con carácter previo al análisis del precepto previsto en el Anteproyecto conviene plantearse la idoneidad y la necesidad de la introducción de un nuevo tipo penal a los ya existentes en el ámbito de los delitos contra la salud pública; nuevo tipo delictivo específico en materia de dopaje deportivo. La incorporación de esta nueva disposición penal supone la utilización de todos los medios represores jurídico-públicos al servicio de la protección de la salud y de la persecución del dopaje en el deporte. Sin embargo, la cuestión, si bien de política legislativa criminal, es si las conductas penalizadas poseen suficiente entidad, son tan graves, para acarrear la respuesta mayor del ordenamiento, la instrumentación del *ius puniendi* del Estado.

⁶⁴ Señala TORNOS que “la ausencia de voces críticas en el arco parlamentario, por lo que se refiere a la entrada en escena del Derecho penal, solo puede entenderse en base a razones de estrategia electoral, puesto que, como es obvio, el rechazo de cualquier medida destinada en abstracto a preservar el juego limpio en el deporte y a proteger la salud pública es decididamente poco comercial en términos políticos, prestándose a la descalificación y la caricatura”, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, *La Ley Penal*, núm. 47, marzo 2008, págs. 22-23.

⁶⁵ En estos términos se justificaba la creación del precepto en la presentación ante el Pleno del Senado del Dictamen de la Comisión de Educación y Ciencia en relación con el Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte, el 3 de octubre de 2006 (Diario de Sesiones, Senado, núm. 95, 3 de octubre 2006, pág. 5622). Respecto al grado de consenso que alcanzó la Ley en las votaciones parlamentarias véase *supra* la nota 46, pág. 43.

⁶⁶ Aunque estas modificaciones serán tratadas más adelante, al hilo del análisis del tipo penal, indicaré brevemente que fueron fruto de dos enmiendas presentadas por los Grupos Parlamentarios Popular (enmienda 28) y Catalán (enmienda 135), respectivamente. La primera consistió en la sustitución de la expresión “sin justificación médica” que figuraba en el Proyecto de Ley por la de “sin justificación terapéutica”; la segunda desembocó en una ampliación de los sujetos pasivos de la acción, incluyendo a los “deportistas federados no competitivos” y a los “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo”, pues la redacción proyectada del precepto incluía tan solo a los “deportistas que participen en competiciones deportivas organizadas en España por entidades deportivas” (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 82-7, de 7 de junio 2006).

Ciertamente, la adopción de tipos penales presupone una voluntad de proscripción de las conductas criminalizadas clara y evidente, y la búsqueda de la efectividad y eficacia de las medidas represoras. Pero no hay que olvidar que el Derecho penal es la respuesta más traumática, es la respuesta última del ordenamiento jurídico-público-estatal, y que en favor de su propia eficacia y efectividad debe quedar relegado para las acciones de mayor envergadura y que causan riesgos, peligros y daños en los derechos y bienes jurídicos de mayor entidad. En el Estado democrático, el Derecho penal debe ser la última barrera del ordenamiento, debe utilizarse allí dónde los derechos y bienes jurídicos sufren las mayores afectaciones. Pues, el Derecho penal es también el que posee una mayor capacidad de incidencia en el plano de los derechos individuales, y singularmente, el derecho de libertad. En otros términos, la opción por la criminalización de conductas ha de observarse de forma cautelosa y sólo actualizarse en la medida en que sea evidentemente necesaria para la proscripción de actividades indeseadas. Desde este punto de vista, sería recomendable un replanteamiento de la cuestión”⁶⁷.

Pero aun antes de que se adoptase la decisión de tipificar el delito de dopaje, ya en la doctrina (tanto en la penal, como en la que se ocupa del Derecho del deporte) se habían alzado voces contrarias a una hipotética –y previsible– regulación penal que muchos calificaban de innecesaria, ante la variedad de tipos penales en que podían ser subsumibles las conductas relacionadas con el dopaje que merecieran ser sancionadas penalmente.

En este sentido, Díaz y García Conlledo, atendiendo al carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal, se pronunciaba expresamente en contra de crear una o varias figuras penales que castigasen específicamente comportamientos relacionados con el dopaje en el deporte, considerando que lo auténticamente privativo del dopaje es la lesión de la ética deportiva y que esta no reviste una entidad suficiente como para constituir un bien jurídico que justifique el empleo del *ius puniendi*. A su juicio, los delitos ya existentes servían adecuadamente para prevenir y castigar las conductas de dopaje que realmente afectasen de manera suficientemente grave a bienes jurídicos dignos de protección jurídico-penal (la vida y la salud del atleta, y la salud pública)⁶⁸.

⁶⁷ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, págs. 42-44.

⁶⁸ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal”, cit., págs. 125-127. Posteriormente a la tipificación del dopaje se ha mantenido firme en su posición, insistiendo en que carece de sentido perseguir el dopaje en el deporte con un delito específico. Así, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y

Estos argumentos fueron también esgrimidos por Rodríguez-Mourullo y Clemente para rechazar una tutela penal particularizada y apoyar que la protección de los bienes jurídicos “ética en el deporte”, “juego limpio” e “igualdad” se realizara exclusivamente desde el ámbito del ordenamiento jurídico administrativo⁶⁹.

Asimismo, Álvarez Vizcaya incidía en que la utilización del Derecho penal para combatir estos engaños carecía de sentido y no se justificaba políticocriminalmente, sino desde perspectivas claramente expansionistas; y, en particular, por lo que se refiere a la repercusión de estas prácticas en la salud individual, subrayaba lo innecesario de crear nuevas tipicidades y apoyaba el empleo del Derecho disciplinario deportivo como un instrumento suficientemente válido y severo para atajar estas conductas⁷⁰.

En similares términos, Suárez López negaba la conveniencia de incorporar una figura específica al Código penal, aunque proponía de *lege ferenda* añadir al artículo 22 del texto punitivo una agravante de dopaje⁷¹.

Para Roldán Barbero la estimulación en el deporte ha de ser regulada, pero esta regulación debe quedar en el marco de la llamada *justicia corporativa*. Por ello, se declaraba partidario de mantener el modelo administrativo vigente con la Ley 10/1990 y señalaba taxativamente que el Derecho penal no tiene nada que decir al respecto y que el dopaje no debía ser un delito; en su opinión, “es una irregularidad, una infracción, como mucho, a las normas del juego, que como tal debe quedar en un plano interno”⁷².

En una línea más moderada, Millán Garrido, de acuerdo con Palomar Olmeda⁷³, afirmaba que la represión penal del dopaje comportaría más problemas que los que trata

valoración del delito de dopaje del artículo 361 bis del Código penal”, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, en SCHMITT DE BEM, L./DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coords.), *Direito desportivo e conexões com o Direito penal*, Curitiba, 2014; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO (Coord.), A., *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014. En esta dirección parecía situarse MORENO CARRASCO, “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 13, 2005, págs. 60-61 y *passim*. Aunque este autor no se manifestaba abiertamente en contra de la creación de un delito de dopaje, esta conclusión se desprende del estudio que realizaba analizando las posibilidades que ofrecía la regulación penal vigente en aquel momento para subsumir comportamientos relacionados con el dopaje.

⁶⁹ RODRÍGUEZ-MOURULLO, A./CLEMENTE, I., “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, cit., pág. 60.

⁷⁰ ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “¿Necesita el deporte la tutela del Derecho penal?”, cit., págs. 89-91.

⁷¹ SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “El dopaje ante el Derecho penal”, cit., págs. 687-689.

⁷² ROLDÁN BARBERO, H., “La creación política de una nueva delincuencia: el uso del *doping* en el deporte”, cit., págs. 590-591.

⁷³ PALOMAR OLMEDA, A., “Las alternativas en la represión del dopaje deportivo”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 7, 2002, pág. 64. No obstante, su posición no era claramente contraria, pues señalaba que “la introducción de un mayor grado en la represión y su ubicación dentro del ámbito penal puede conseguir algunos avances, pero no resuelve ni con mucho la extensa problemática que la represión plantea en el momento actual” (pág. 65). Con posterioridad ha evolucionado en la línea de aceptar la figura de dopaje como una aportación positiva, en

de resolver. De este modo, la descartaba alegando que la respuesta punitiva era inadecuada pues excedía de la intervención mínima predicable en este ámbito y podía colisionar de modo negativo con las sanciones estrictamente deportivas y con su efectivo cumplimiento⁷⁴.

Una vez aprobada la Ley Orgánica 7/2006, se sumó a estas críticas un importante sector doctrinal que, no solo ha puesto de manifiesto su visión acerca de lo innecesario e injustificado de la incriminación del dopaje⁷⁵, subrayando el carácter simbólico negativo de la reforma y su inserción en una política criminal expansionista⁷⁶, sino que ha cuestionado ampliamente la factura técnica del precepto, advirtiendo de las dificultades para interpretarlo en los términos en que está redactado⁷⁷. Con todo, hay que reconocer

PALOMAR OLMEDA, A., "Recensión al libro «El delito de dopaje» de Emilio Cortés Bechiarelli", *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 24, 2008, pág. 886.

⁷⁴ MILLÁN GARRIDO, A., "La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa", cit., pág. 149.

⁷⁵ Niegan abiertamente o cuestionan la necesidad y/o justificación del precepto un número considerable de autores, entre otros: BOIX REIG, J., "Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad", cit., págs. 24-25; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., "Comentarios al art. 361 bis del Código Penal", en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pág. 39; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 407; *id.*, "El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo", en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 30 (2012-2), págs. 38-41; DOVAL PAIS, A., "Criterios de tutela penal de la salud pública", cit., págs. 45-47; GARCÍA ARÁN, M., "El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)", cit., págs. 210 y *passim*; GONZÁLEZ ESPEJO, P./RODRÍGUEZ MOURULLO OTERO, A., "Breve comentario a la Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte", en *Actualidad Jurídica Uribe & Menéndez*, núm. 15, 2006, pág. 67; ROCA AGAPITO, L., "Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)", cit., págs. 35 y ss.; TORNOS, A., "Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal", cit., págs. 23-25 y 31. También críticamente JUANATEY DORADO, C., "El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral", cit., págs. 176-179, que entiende que la única fórmula que permitiría defender la subsistencia del tipo penal sería mediante una reforma que redujese su ámbito de aplicación, de forma que se limitase la protección de la vida y la salud a los casos en que la decisión del deportista no sea autónoma (casos de menores o de consentimiento viciado por violencia, intimidación, engaño o prevalimiento laboral o profesional). No obstante, señala que el problema es que ya existen otros tipos penales que protegen la vida y la salud, aunque apunta que quizás el uso simbólico del Derecho penal podría estar justificado en estos casos. Asimismo, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, cit., pág. 1078, quien califica de contrasentido que se intente frenar una absurda escalada de mejoras en los resultados deportivos y concluye que de nuevo se confunde el Derecho con la moral. En relación con el Proyecto de Ley Orgánica que preveía la inclusión del artículo 361 bis ya manifestó sus dudas también MORILLAS CUEVA, resaltando que su ubicación sistemática era discutible y su contenido excesivamente amplio, en "Derecho penal y deporte", *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 1, septiembre, 2006, pág. 54.

⁷⁶ MORILLAS CUEVA, "Derecho penal y deporte", cit., págs. 38-39 y 54; GARCÍA ARÁN, M., "El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)", cit., págs. 213-214; ROCA AGAPITO, L., "Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)", cit., págs. 32-35; *id.*, "La política criminal frente al dopaje", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, págs. 1804-1805; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., "Evaluación de las directrices de política criminal a las que responde el nuevo delito de dopaje (art. 361 bis Cp)", en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 49-73.

⁷⁷ El análisis del precepto realizado por la doctrina ha puesto al descubierto defectos y problemas de toda índole en la tipificación del dopaje, algunos de los cuales se irán examinando a lo largo del trabajo. Véanse a título de ejemplo, y entre muchos otros, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., "Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. Infracción deportiva", cit., pág. 646. Esta autora señala que la inclusión en el ámbito de la tipicidad de los deportistas no federados que practican deporte por recreo en la tramitación parlamentaria ensombreció la claridad del ámbito de lo típico. En su opinión, por un lado, el hecho de extender la represión penal a quienes proporcionan sustancias perjudiciales para la salud a personas que practican deporte, da sentido a la salud

que un número significativo de autores ha expresado su apoyo a la tipificación del delito de dopaje⁷⁸.

Ante este estado de cosas, cabe afirmar que la opción tomada por el legislador de sancionar penalmente el dopaje ha sido y es controvertida, de ahí que resulte de interés

pública como objeto de protección; pero, por otro lado, unir esta conducta a la del deportista que utiliza métodos que facilitan la obtención de mejores resultados en una competición distorsiona la naturaleza del delito. De este modo, a su juicio, la convergencia de ambas conductas en un mismo tipo penal oscurece su interpretación y dificulta su aplicación. Asimismo, en relación con los verbos típicos, pone de manifiesto entre otras cuestiones, que la exhaustividad en la descripción de la acción produce efectos redundantes, en “La protección penal”, CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, pág. 570. Inciden en la problemática que puede generarse en materia de principio de *non bis in idem*, entre otros, BOIX REIG, J., “Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad”, cit., págs. 25-26; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 48-52. Consideran que el tipo incurre en lo que denominan “farragosidad repetitiva”, característica de los tipos de nuevo cuño a partir del Código penal de 1995, COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, pág. 432. Critica importantes defectos técnicos que presenta el precepto, como las equiparaciones punitivas de riesgos de diferente entidad, DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 45. JUANATEY DORADO pone de relieve que esta decisión legislativa supone una intromisión en la esfera de la autonomía del deportista que conduce a graves contradicciones del sistema, en “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 176-178; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y MOYA GUILLEM, C. (Coord.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Cizur Menor, 2015, págs. 41-42. QUERALT JIMÉNEZ sostiene que la técnica de ley penal en blanco seguida para la concreción del objeto material coloca al precepto en el ámbito de la inconstitucionalidad porque ni la ley penal ni la extrapenal contienen referencia alguna a las sustancias prohibidas, considerando inadmisibles que las mismas se fijen en una resolución administrativa, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., págs. 1079-1080. Aunque opina que la opción legislativa es loable, desde el punto de vista de una más que necesaria y firme lucha contra el dopaje, SUÁREZ LÓPEZ advierte de que presenta importantes disfunciones dogmáticas y político criminales así como de la existencia de problemas para concretar el sujeto pasivo y la posible afectación de la exigencia de taxatividad por la reiterativa y confusa descripción de las acciones típicas, en “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009, págs. 369-371. Afirma que la referencia a la “justificación terapéutica” comporta severos problemas interpretativos, TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 26. Aunque es partidaria de la criminalización del dopaje, PÉREZ FERRER critica la deficiente técnica legislativa empleada por el legislador y resalta como una de las cuestiones más problemáticas que suscita este artículo la de sus relaciones con otras modalidades delictivas, en “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 7, septiembre 2009, págs. 58-61.

⁷⁸ A favor de una regulación penal específica, por considerar que en atención a las particularidades del tipo de injusto el dopaje no puede ser tratado con las medidas del tipo penal general: ESER, A., “Deporte y Justicia penal”, en *Revista Penal*, núm. 6, julio 2000, págs. 64 y ss. También de acuerdo con la regulación penal del dopaje, CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y al dopaje”, cit., págs. 79 y 111; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, Valencia, 2007, págs. 46-49; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, en ÁLVAREZ GARCÍA, J. (Dir.), MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte especial (II)*, Valencia, 2011, pág. 1234 (aunque cuestiona la corrección técnica del precepto); GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimotercera edición”, en *Código penal*, 13ª ed., Tecnos, 2007, pág. 17; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, Cizur Menor, 2011, pág. 884; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., págs. 60-61; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la elaboración o distribución de sustancias nocivas para la salud”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2011, pág. 821, para quien sería preferible su tratamiento en una ley penal especial. Por lo que respecta a los autores que se dedican al Derecho del deporte, también se muestran partidarios de la represión penal del dopaje ROMA VALDÉS, A., “Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el Derecho penal español”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, pág. 65; CAZORLA PRIETO, L. M., “La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte: introducción y panorámica general”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, pág. 39.

estudiar en profundidad algunos aspectos especialmente complejos de la figura penal, así como su relación con las infracciones del Código penal dirigidas a proteger la salud.

III. LA LEY ORGÁNICA 3/2013, DE 20 DE JUNIO, DE PROTECCIÓN DE LA SALUD DEL DEPORTISTA Y DE LUCHA CONTRA EL DOPAJE EN LA ACTIVIDAD DEPORTIVA

El marco normativo que regula en España las prácticas relacionadas con el dopaje se ha visto modificado con la aprobación de 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, que deroga la anterior Ley Orgánica 7/2006. Como ya he anticipado más arriba, el Preámbulo de esta norma parece tomar en consideración las opiniones que, desde diversas instancias, denunciaban la escasa atención prestada a la protección de la salud de los deportistas bajo la anterior disposición legislativa. Así pues, subraya la importancia de establecer un acabado sistema de tutela de la salud para todas las personas que realizan cualquier actividad deportiva e insiste en que es mucho más que una simple norma antidopaje. De hecho, se afirma que “la nueva Ley trata de configurar el dopaje desde una perspectiva integral y como un elemento más dentro del sistema de protección de la salud de los deportistas, a la par que una lacra que afecta a la protección de la salud de los deportistas, al juego limpio en el deporte y a la propia dimensión ética del mismo. Esta idea puede considerarse como un elemento esencial que inspira la nueva regulación, en la cual los aspectos relacionados con la lucha contra el dopaje son importantes, pero no más que los que afectan a la salud de los deportistas, a la prevención de los riesgos que pueda suponer el desarrollo de la actividad deportiva y al establecimiento de medidas positivas de acción de los poderes públicos, que permitan conseguir que la práctica deportiva se realice en condiciones idóneas.”

Sin ignorar tal objetivo, parece que aun con todo no puede negarse que la razón principal que motiva la elaboración de una nueva Ley es adaptar la legislación española a la normativa represiva del dopaje contenida en la versión del CMA que entró en vigor en 2009, pues el texto entonces vigente había quedado desfasado ante las últimas disposiciones del citado Código⁷⁹. A ello habría que añadir que, aunque no se reconoce expresamente, la celeridad con que se tramitó el Proyecto de Ley Orgánica parece responder a que en aquél momento existía un especial interés en obtener una valoración

⁷⁹ Como se recoge en el párrafo cuarto del Preámbulo de la Ley Orgánica 3/2013.

positiva del COI⁸⁰ en relación con la candidatura de Madrid a los Juegos Olímpicos de 2020, dado que en el informe de evaluación que se había presentado cuando Madrid optó a los Juegos de 2016 ya se había expuesto la duda sobre la concordancia de la legislación antidopaje española con los requisitos de la AMA⁸¹.

El camino que siguió el Anteproyecto hasta la promulgación del texto definitivo de la Ley 3/2013 no fue sencillo. En el trámite de informes, recibió diversas críticas de órganos tan acreditados como el CGPJ, el Consejo Fiscal y el Consejo de Estado, principalmente referidas a la dudosa constitucionalidad de algunas medidas que no se adecuaban bien al obligado respeto a los derechos fundamentales de los implicados en el sistema. Sin embargo, aunque algunas de las sugerencias fueron acogidas, otras no fueron aceptadas. En concreto, las relativas al distinto tratamiento que la Ley otorga a los deportistas con licencia internacional y a la realización de controles nocturnos de dopaje. A continuación paso a exponer las novedades más relevantes de esta Ley Orgánica, que he organizado en tres grupos.

1. NOVEDADES EN LA ESFERA ORGANIZATIVA

Una de las principales innovaciones de la Ley Orgánica 3/2013 la constituye la creación de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), que sustituye a la AEA y que, respetando las competencias autonómicas, se erige en el organismo público que centraliza la protección de la salud y el control del dopaje, rompiendo con el régimen anterior (art. 37). En ella se aglutinan, por tanto, todas las competencias que el sistema anterior repartía entre diferentes entidades, con el propósito de evitar así posibles disfunciones y ayudar al establecimiento de una serie de criterios de interpretación de la norma que sean homogéneos y constantes y que contribuyan a fortalecer la seguridad jurídica en la lucha contra el dopaje.

En este sentido, asume las competencias que tenía el CSD en relación con la protección de la salud de los deportistas, así como la tramitación de los procedimientos

⁸⁰ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, de 11 de octubre de 2012; Informe del Consejo Fiscal sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, de 17 de octubre de 2012; Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, de 14 de febrero de 2013.

⁸¹ Quizás ello explica que el Proyecto de Ley Orgánica se tramitara por el procedimiento de urgencia en el Congreso de los Diputados, dado que estaba previsto que el 7 de septiembre de 2013 el COI hiciera pública su decisión respecto a qué ciudad haría suyos los Juegos de 2020.

sancionadores (con la posibilidad de asumir las competencias sancionadoras de las Comunidades Autónomas en los casos en que estas lo decidan)⁸².

Otro cambio sustantivo que se ha producido en el ámbito organizativo ha sido la creación del Tribunal Administrativo del Deporte, que consta de una sección especializada en dopaje y que viene a sustituir al Comité Español de Disciplina Deportiva (Disposición final cuarta, que modifica el art. 84 de la Ley 10/1990, del Deporte).

2. NOVEDADES EN MATERIA DE DOPAJE

En este punto cabe destacar, en primer lugar, las que se incorporan en relación con las garantías que deben rodear la realización de los controles antidopaje⁸³: por una parte, se rebaja la exigencia de que todos los controles se realicen bajo la responsabilidad de un médico, auxiliado por personal sanitario (como establecía el art. 6.1 de la LO 7/2006), de modo que tal obligación se limita a los controles que consistan en extraer sangre al deportista. El resto de pruebas ya no precisan cumplir este requisito, pues podrán llevarse a cabo por personal habilitado por la AEPSAD (art. 15.1 LO 3/2013). Esta medida ya fue valorada negativamente en el informe del CGPJ⁸⁴ y también durante la tramitación parlamentaria, pues se presentaron enmiendas para que se mantuviera la redacción anterior, lo que no ha sido así. En realidad, no parece muy coherente con las intenciones declaradas en el Preámbulo de avanzar en la protección de la salud que precisamente se excluya la intervención de profesionales sanitarios cuando no se trate de realizar pruebas sanguíneas⁸⁵. Por otra parte, se establece la posibilidad de realizar controles nocturnos fuera de competición dentro de la franja de descanso (de 23:00 a 11:00 horas) “en casos debidamente justificados, y con pleno respeto al principio de

⁸² Lo regula el Real Decreto 461/2015, de 5 de junio, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. Sobre este organismo, RAMALLO LÓPEZ, F., “La nueva Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 369-416.

⁸³ Los formularios para los controles de dopaje han sido aprobados por Resolución de 22 de abril de 2015, de la Presidencia del Consejo Superior de Deportes.

⁸⁴ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, de 11 de octubre de 2012, págs. 50-51. Además, se observa una discrepancia entre el Preámbulo y la redacción final del artículo 15.1, pues en aquel parece indicarse que la limitación tiene menor extensión de la que finalmente resulta de la lectura del precepto. Esto ya fue advertido por el Consejo Fiscal en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, de 17 de octubre de 2012, pág. 19.

⁸⁵ TEROL GÓMEZ, R., “El ámbito subjetivo del control de dopaje. El régimen de obligaciones de los deportistas”, cit., págs. 289-292.

proporcionalidad”, “siempre que en el momento de realizarlos se informe al deportista de las razones que justifican la no observancia de la limitación horaria” (art. 15.2). Esta disposición fue también cuestionada por el CGPJ que señaló que ello “viene a suponer una notable relativización de la prohibición (de realizar controles en el horario de descanso nocturno señalado) y una franca disminución de la garantía que ella aporta”⁸⁶. Lo cierto es que supone una minoración significativa del derecho al descanso nocturno, pues es suficiente con que existan “razones”, sin que la ley especifique de qué tipo⁸⁷.

En segundo lugar, por lo que concierne al régimen disciplinario del dopaje, se produce un endurecimiento, en la línea marcada por el CMA de 2009. Así el catálogo de infracciones (art. 22) se amplía, pues pasan a tipificarse como infracciones muy graves el tráfico de sustancias y métodos prohibidos [letra j)]; la tentativa de comisión de algunas conductas [(letra l)]; el depósito, comercialización o distribución, bajo cualquier modalidad, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas por ser susceptibles de producir dopaje [letra m)]; y la incitación al consumo de los mismos en tales lugares [letra n)]. Se mantiene asimismo la infracción que más semejanzas presenta con el tipo penal, consistente en “la administración, dispensa, ofrecimiento, facilitación o el suministro a los deportistas de sustancias prohibidas o de la utilización de métodos prohibidos en la práctica deportiva, ya se produzcan en competición o fuera de competición”, con los problemas que ello puede comportar en la práctica para el principio *non bis in idem*. En cuanto a las sanciones, la Ley diferencia entre las que se van a aplicar a los deportistas y las que se impondrán a su entorno, especificando que este lo conforman los sujetos a los que se refería la anterior Ley antidopaje y también el personal de clubes, equipos, Federaciones y cualesquiera otras entidades deportivas y los responsables de establecimientos deportivos (art. 26). Aunque tratándose de deportistas se suaviza ligeramente el régimen correspondiente a la primera infracción, este se endurece respecto de la segunda y posteriores infracciones. Del mismo modo, se aprecia una mayor severidad cuando se trata de castigar al entorno por infracciones muy graves, especialmente en los supuestos de reincidencia o cuando esté involucrado un menor de edad. Por ejemplo, tanto si el infractor es un club deportivo, como si lo es un árbitro o un médico, la sanción

⁸⁶ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva, de 11 de octubre de 2012, pág. 51.

⁸⁷ En este sentido, TEROL GÓMEZ, R., “El ámbito subjetivo del control de dopaje. El régimen de obligaciones de los deportistas”, cit., págs. 292-294. Afirma este autor que aunque en el precepto se mencione dos veces la palabra “proporcionalidad”, y una “los derechos y la intimidad de los deportistas”, estas menciones, con la regulación propuesta, quedan en un mero ejercicio dialéctico.

pecuniaria puede alcanzar los 400.000 euros (arts. 24.1.a, 25.1.b y 26.1.b, respectivamente). Para la aplicación del sistema de sanciones que prevé la Ley en caso de segunda infracción o posteriores se ha optado, dada su complejidad, por establecer una remisión al CMA y adicionar un Anexo segundo con un cuadro-resumen que no resuelve las dificultades, lo que también ha suscitado reacciones contrarias en la doctrina⁸⁸.

Uno de los preceptos que más polémica ha planteado ha sido el artículo 33, que diseña un sistema de colaboración entre las autoridades judiciales, competentes para instruir los procedimientos penales derivados de la posible comisión del delito establecido en el actual artículo 362 quinquies del Código Penal y las autoridades administrativas encargadas de la tramitación de los procedimientos sancionadores en materia de dopaje. En particular, se establece la posibilidad de que la Administración pueda solicitar del Juez de Instrucción, en cualquier momento, que le proporcione los elementos de prueba, obrantes en autos, que puedan ser necesarios para la tramitación de los procedimientos sancionadores. No obstante, se especifica que el otorgamiento de estas pruebas por parte de la autoridad judicial deberá hacerse de manera motivada y previa ponderación del principio de proporcionalidad. Probablemente en el origen de este artículo se halle el hecho de que a lo largo de la instrucción de la “Operación Puerto” se negara la petición por parte de distintas organizaciones deportivas de la entrega de las bolsas de sangre, de plasma y concentrados de hematíes intervenidas en las entradas y registros efectuados al efecto de identificar a los donantes y sancionarlos⁸⁹. Es comprensible que en la represión del dopaje, dado que el tipo penal no castiga al deportista que se dopa, exista un interés evidente de las autoridades federativas y la propia AEPSAD en sancionar a quienes hayan actuado

⁸⁸ Aconseja que la disposición sancionadora (el CMA) se modifique o se trasponga adecuadamente, RODRÍGUEZ TEN, J., “El régimen disciplinario del dopaje”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 461-462.

⁸⁹ Las peticiones de las bolsas por parte de la Unión Internacional de Ciclistas (UCI), la AMA y la Real Federación Española de Ciclismo (RFEC) fueron rechazadas en fase de instrucción por el juez Serrano. Posteriormente, la SJP nº 21 de Madrid 144/2013, de 29 de abril, rehusó su entrega argumentando que “la obtención de unos efectos del delito obtenidos para la averiguación de un presunto ilícito penal mediante una diligencia de entrada y registro autorizada por un Juez de instrucción, con lo que supone de injerencia en los derechos fundamentales del interesado no ha de servir para ser tenida en cuenta para su empleo en un procedimiento administrativo sancionador en el ámbito del cual nunca habría podido autorizarse la injerencia, procedimiento en el que, a mayor abundamiento resultarían afectados los derechos fundamentales de terceras personas sin intervención en la causa penal”; y, también, “que la petición por parte de las Acusaciones de muestras biológicas de las bolsas de sangre, plasma y concentrados de hematíes encontradas en las entradas y registros practicadas en la fase de instrucción de la presente causa no deja de ir dirigida, una vez precisada la finalidad de la obtención de las bolsas para la apertura de procedimientos disciplinarios contra deportistas cuya identidad no se concreta y que no han resultado acusados en la causa, no deja de ser un supuesto de investigación prospectiva o de intento de apertura de una causa general en el ámbito administrativo deportivo incompatible con los principios constitucionales propios de un Estado de Derecho” (FJ 17).

fraudulentamente elevando su rendimiento con esta clase de prácticas. Para ello, resultaría especialmente conveniente poder utilizar el material probatorio procedente de la instrucción penal, razón por la que se arbitra esta “colaboración” de la autoridad judicial penal. Sin embargo, parece que esta posibilidad va a tener poco recorrido, además de porque se trataría de pruebas obtenidas con injerencia en derechos fundamentales para la investigación de un delito, porque la propia dicción del precepto alude a la “proporcionalidad”. Este presupuesto, sobre el que ya emitió el CGPJ su opinión en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica⁹⁰, va a conducir a que los jueces de lo penal nieguen tal traspaso de pruebas en la medida en que no puede considerarse respetuoso con el principio de proporcionalidad el empleo en un procedimiento administrativo sancionador de fuentes de prueba obtenidas con limitación de derechos fundamentales, a lo que hay que sumar que ello iría en contra de la posición de la jurisprudencia al respecto⁹¹. Se trata, a mi modo de ver, de una previsión superflua que cumple básicamente una función simbólica que no aporta nada en la batalla contra el dopaje, aparte de transmitir la idea de que se está actuando con rigor y “eficacia” y, en cierta medida, tranquilizar a los operadores deportivos⁹².

⁹⁰ A él se refirió expresamente la jueza Santamaría en la SJP nº 21 de Madrid 144/2013, haciendo hincapié en que el Informe al Anteproyecto emitido por el CGPJ fue muy crítico con este punto, pronunciándose en el sentido de entender que la alusión del precepto al “necesario respeto del principio de proporcionalidad” parece querer superar el obstáculo que supondría el hecho de que determinada clase de pruebas o diligencias no pueda realizarse cuando de la instrucción de un expediente sancionador o disciplinario se trate, pues el bien jurídico a preservar (potestad disciplinaria o sancionadora de la Administración), a diferencia del *ius puniendi*, no justifica su realización (falta de proporcionalidad). Por eso, señala, el Informe del CGPJ es tajante: “el trasvase sin más de la totalidad del material probatorio recabado durante la instrucción penal a la entidad con potestad sancionadora administrativa en esa misma área, no es posible”. Y se está refiriendo en concreto, indica la jueza, a la garantía que supone la intervención del Juez para la obtención de determinadas pruebas (o más bien, “diligencias practicadas durante la instrucción penal”) que pueden comprometer los derechos fundamentales de los sujetos investigados (intervención de las comunicaciones, entrada y registro domiciliarios, extracción de muestras biológicas). En definitiva, se muestra de acuerdo con la conclusión del informe del CGPJ de que, mejor que indicar que el Juez instructor no podrá remitir ningún material probatorio cuya entrega pudiese vulnerar dicho principio, hubiera sido “establecer de forma explícita que el Juez no podrá facilitar ningún material probatorio que, por su naturaleza, pudiera afectar a los derechos fundamentales del sujeto investigado, ya que el hecho de que esas pruebas se hayan obtenido en el curso del proceso penal bajo el oportuno control judicial no las hace aptas para ser trasladadas a un proceso de naturaleza distinta, como es el administrativo sancionador”. Y también comparte la aseveración manifestada por el CGPJ en relación con este tema: “parece claro que determinadas pruebas que afecten a los derechos fundamentales del investigado no podrán ser entregadas a la autoridad administrativa so riesgo de conculcar el principio de proporcionalidad al que el precepto se refiere, y, en conexión con él los que sirven a garantizar que el sacrificio de un derecho fundamental en el caso concreto está justificado por un fin constitucionalmente protegido”.

⁹¹ En relación con ello, pueden consultarse la STS 197/2010, de 30 de abril, que niega la posibilidad de utilizar en el orden disciplinario conversaciones telefónicas obtenidas en un proceso penal; y la ya citada SJP nº 21 de Madrid 144/2013, de 29 de abril.

⁹² Sobre el apartado quinto del artículo 33 de la Ley Orgánica 3/2013 y las que la propia autora denomina “(presuntas) nuevas perspectivas de coordinación abiertas por el artículo 33, véase ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. Infracción deportiva”, cit., págs. 664-674. Comparte su opinión COLOMER HERNÁNDEZ, quien analiza la cesión de datos personales entre proceso penal y procedimiento sancionador por dopaje, deteniéndose en los apartados cuarto y quinto del citado precepto y en la posición de los tribunales sobre el tema, en “Cuestiones procesales relevantes en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva”, PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 628-638. En igual sentido, incide

La última novedad que considero de interés en cuanto al régimen sancionador en materia de dopaje es que, por primera vez, se recoge la posibilidad de emplear el pasaporte biológico como medio de prueba (art. 39.4), lo que puede plantear diversos problemas derivados de la obligación de respetar algunos de los principios de nuestra Constitución⁹³.

3. NOVEDADES EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE LA SALUD

En cuanto a la protección de la salud en el deporte, se instituye un nuevo modelo con decisiones como el establecimiento de un sistema de reconocimientos médicos, más intenso cuanto más exigente sea la actividad física a realizar; la obligación de que los establecimientos relacionados con la práctica deportiva más exigente dispongan de medios de lucha contra las enfermedades cardiorrespiratorias agudas; el establecimiento de un sistema de tarjeta de salud de los deportistas de alto nivel o de carácter profesional; o las nuevas iniciativas para la protección de la salud cuando se finaliza la actividad deportiva (arts. 46 y ss).

Todas estas medidas específicas se complementan con la instauración de un Plan de apoyo a la salud en el ámbito de la actividad deportiva, que determine los riesgos comunes y específicos, así como las medidas de prevención, conservación y recuperación que puedan resultar necesarias en función de los riesgos detectados en los deportistas.

Finalmente, la Ley promueve un sistema reforzado de investigación especializada en materia de protección de la salud, tanto en los aspectos médicos puramente preventivos, como en lo que se refiere a la necesidad de contar con medios adecuados de prevención y detección del dopaje⁹⁴.

en que el condicionamiento al principio de proporcionalidad neutraliza la finalidad de la reforma, comentando también la posición del Tribunal Arbitral del Deporte (TAS) sobre el tema, PÉREZ DEL BLANCO, G., “La colaboración judicial con la Agencia Antidopaje en materia de prueba del dopaje e identificación de infractores”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 83-84 y 86-98.

⁹³ A ello alude, mencionando la presunción de inocencia y la regla *in dubio pro reo*, RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El pasaporte hematológico como nuevo elemento de prueba en la lucha contra el dopaje”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 115-128.

⁹⁴ Examina el sistema de protección de la salud en la Ley Orgánica 3/2013, que valora positivamente en principio, PALOMAR OLMEDA, A., “El tratamiento de la salud vinculada a la práctica deportiva”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 507-564.

Una vez esbozadas las principales novedades solo queda indicar que, puesto que el 1 de enero de 2015 entró en vigor el nuevo CMA, será preciso volver a adaptar nuestra legislación y realizar una modificación de la Ley Orgánica 3/2013 en la línea aun más dura que propugna aquel.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

**PARTE SEGUNDA: ANÁLISIS DEL TIPO OBJETIVO DEL
DELITO DE DOPAJE (ART. 362 QUINQUIES CP)**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

La Ley Orgánica 7/2006, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte, introdujo la tipificación del delito de dopaje deportivo en nuestro Código penal a través de la creación del artículo 361 bis. El precepto se situó en el Título XVII, “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en el Capítulo III, bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”, y entre los que entonces se referían a medicamentos (arts. 361 y 362 Cp). Recientemente, la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código penal, ha modificado su numeral, pasando a ser el artículo 362 quinquies. La nueva norma ha conservado intacto su contenido y su ubicación sistemática, salvo en lo que se refiere a su posición anterior entre las figuras farmacológicas, pues ahora aparece justo detrás de ellas y antes de los denominados “fraudes alimentarios”. Su tenor literal, recordemos, sigue siendo el siguiente:

“1. Los que, sin justificación terapéutica, prescriban, proporcionen, dispensen, suministren, administren, ofrezcan o faciliten a deportistas federados no competitivos, deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo, o deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, de dos a cinco años.

2. Se impondrán las penas previstas en el apartado anterior en su mitad superior cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes: 1. Que la víctima sea menor de edad. 2. Que se haya empleado engaño o intimidación. 3. Que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional”.

Ciertamente, la primera lectura del precepto no deja lugar a dudas: es farragoso, oscuro y de una factura técnica claramente mejorable⁹⁵. Un análisis más detenido, como se irá viendo, tampoco permite corregir esta primera impresión, pues se aprecian disfunciones y deficiencias que hacen muy compleja su interpretación y que dificultan

⁹⁵ Al respecto, véanse las opiniones de algunos autores ya recogidas *supra* en la nota 75, pág. 53.

un entendimiento coherente de su relación con otros ilícitos preexistentes que protegen la vida y la salud (los delitos de homicidio, de lesiones, o contra la salud pública).

Así, en primer lugar, la larga retahíla de verbos típicos, característica especialmente acusada en los tipos penales de nuevo cuño⁹⁶, produce un cierto desconcierto por cuanto hay conductas difíciles de diferenciar, de modo que cabe preguntarse cuáles son las razones que justifican esta técnica reiterativa y confusa. Adicionalmente, la disparidad sustantiva de las acciones relacionadas provoca dudas en relación con el respeto al principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, el precepto contiene diversos elementos cuyo contenido no está claro y que es preciso integrar para poder fijar racionalmente el ámbito de la prohibición penal. Por ejemplo, además de que el círculo de sujetos pasivos se circunscribe en torno a tres categorías, no es fácil determinar el contenido de cada una de ellas, especialmente qué se entiende por deportista federado no competitivo o por deportista que practique deporte por recreo. Asimismo, la referencia al objeto material como “sustancias o grupos farmacológicos prohibidos y métodos no reglamentarios” configura al artículo 362 quinquies como una norma penal en blanco que ha de ser completada acudiendo a la legislación extrapenal, lo que remite a la lista que el Consejo Superior de Deportes publica anualmente a través de una resolución de su Presidencia⁹⁷. Esta lista, como explicaré más adelante, además de que no alcanza a los deportistas por recreo, contiene cláusulas abiertas que ponen en cuestión su valor jurídico-penal, entre otras, por razones de seguridad jurídica⁹⁸. Por añadidura, los productos dopantes relacionados pueden constituir medicamentos, drogas, o aparecer en la composición de compuestos alimentarios destinados a la nutrición deportiva, lo que desencadena el conflicto con los restantes delitos del capítulo, por el solapamiento de los objetos sobre los que recae la acción típica que, a su vez, puede coincidir con la prevista en aquellos. Y, en fin, el

⁹⁶ El recurso a describir la conducta típica utilizando largos listados de verbos con los que se busca evitar lagunas de impunidad es cada vez más frecuente. Basta mencionar, a título ejemplificativo, los nuevos delitos relativos a medicamentos introducidos en los artículos 361 (“fabricar”, “importar”, “exportar”, “suministrar”, “intermediar”, “comercializar”, “ofrecer o poner en el mercado”, “almacenar con estas finalidades”), o 362 bis (“importar”, “exportar”, “anunciar o hacer publicidad”, “ofrecer”, “exhibir”, “vender”, “facilitar”, “expender”, “despachar”, “envasar”, “suministrar, incluyendo la intermediación”, “traficar”, “distribuir o poner en el mercado”), ambos del Código penal.

⁹⁷ Competencia atribuida expresamente por la Ley Orgánica 3/2013 en su artículo 4.2, que dispone: “En el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España, y en particular de la Convención Antidopaje de Unesco, el Consejo Superior de Deportes publicará en el «Boletín Oficial del Estado», mediante Resolución de su Presidencia, la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. Esta publicación tendrá carácter periódico y se producirá, en todo caso, cuando se introduzcan cambios en la misma”.

⁹⁸ Respecto a la compatibilidad del empleo de esta técnica en el artículo 362 quinquies con la jurisprudencia constitucional, véase la doctrina contenida en la STC 24/2004, de 24 de febrero. Sobre las leyes penales en blanco y su problemática constitucional, DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.

requisito de que todas las acciones típicas se lleven a cabo “sin justificación terapéutica” plantea la cuestión de si debe interpretarse en un sentido formal o más bien material.

Continuando con la descripción típica, en tercer lugar, las sustancias o los métodos han de estar destinados a “aumentar las capacidades físicas” de los deportistas o a “alterar los resultados de las competiciones”. Esta exigencia constituye un límite para la aplicación del delito que también ocasiona problemas pues, por un lado, podría entenderse como un requisito específico de la tipicidad subjetiva (con consecuencias especialmente en orden a la eventual aplicación del art. 367 Cp⁹⁹, que habilita el castigo de la imprudencia grave), o bien como una característica objetiva del objeto de la acción independiente del ánimo del sujeto activo; por otro lado, la referencia es confusa, pues apunta a intereses subyacentes como el juego limpio o la igualdad en la competición, que es cuestionable que tengan entidad suficiente para merecer protección a través del Derecho penal, lo que difumina los contornos del ilícito.

En cuarto lugar, el injusto exige necesariamente que tales sustancias o métodos “por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los deportistas”. En este punto, la evaluación del obligado peligro se apoya legalmente en una serie de parámetros adicionales, algunos de los cuales suscitan también interrogantes: determinar si el peligro por “reiteración de la ingesta” ha de enjuiciarse en abstracto, con carácter previo al empleo del producto dopante del deportista o, a posteriori, tomando en consideración el efectivo consumo; y concretar cuáles son las “otras circunstancias concurrentes”, que ante el silencio del legislador, podrían ser de cualquier clase lo que, de nuevo, es susceptible de redundar en perjuicio del principio de seguridad jurídica.

Con todo, quizás los aspectos más controvertidos radiquen en acotar cuál sea el bien jurídico protegido y el tipo de peligro que ha de generarse para entender consumado el delito. A efectos de alcanzar alguna conclusión inicial, podría atenderse en principio a cuál es la situación del artículo 362 quinquies en el Código penal. Conforme he señalado, el precepto aparece ubicado sistemáticamente en el Título XVII, bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad colectiva”, concretamente en el Capítulo III, relativo a los “delitos contra la salud pública”.

Dado que tradicionalmente en el Código penal se ordenan los distintos ilícitos bajo enunciados (títulos, capítulos, secciones) que hacen referencia a algún rasgo común a

⁹⁹ El texto del artículo 367 establece: “Si los hechos previstos en todos los artículos anteriores fueran realizados por imprudencia grave, se impondrán, respectivamente, las penas inferiores en grado”.

las modalidades típicas en ellos englobadas¹⁰⁰, podría partirse de considerar que, al igual que el resto de infracciones que le acompañan en el Título XVII (delitos de riesgo catastrófico, incendios, delitos contra la seguridad vial y delitos contra la salud pública) se caracteriza por afectar a la seguridad de la colectividad. Como ya indicaba la Exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1992, que se tuvo muy presente para elaborar la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal¹⁰¹, esta referencia a la “seguridad colectiva” a lo que alude es a que todas las figuras reunidas bajo esa expresión “ponen en juego la vida o salud de una generalidad indeterminada de personas”, de modo que esta puesta en riesgo comunitaria como rasgo compartido ha servido a la doctrina mayoritaria para clasificarlas como delitos de peligro general, entre las que se incluiría en principio el delito de dopaje. Sin embargo, esta primera consideración acerca de la naturaleza del delito puede ser discutible, pues un estudio más detallado pone de relieve que para la consumación es suficiente con que se cree efectivamente la probabilidad de lesionar a un solo deportista, sin que parece que pueda afirmarse que simultáneamente se precise como presupuesto de aplicación que la extensión del peligro sea incierta, con capacidad para afectar a un círculo impreciso de sujetos, como explicaré luego.

Por lo que se refiere al bien jurídico protegido, el tipo penal se cataloga entre los delitos contra la salud pública, y se sitúa entre los relativos a medicamentos y los denominados “de fraude alimentario” lo que, conforme a una interpretación lógico-sistemática, también conduce a la idea inicial de que aquel sea el valor objeto de tutela. La cuestión es que determinar el concepto de salud pública no es sencillo pues, como se expondrá, concurren opiniones diversas que van desde sostener que se trata de un valor autónomo de la salud individual, un bien de naturaleza supraindividual, a entender que el carácter “público” de la salud no constituye un rasgo propio del interés que se tutela, sino que se conecta a la naturaleza de los tipos de injusto que conforman el capítulo, que se concreta en un peligro de extensión indeterminada para la salud (individual) de una generalidad de personas que comportan las conductas que se sancionan. Por ello, la

¹⁰⁰ Así, señala VIVES ANTÓN que las diversas figuras que integran las partes especiales no constituyen meros agregados, sino que aparecen ordenadas y clasificadas por el legislador. Esta clasificación, afirma, no es arbitraria, sino que atiende a la naturaleza de los diversos grupos de delitos a fin de “cumplimentar las exigencias de claridad y practicabilidad y ofrecer al intérprete un punto de apoyo a la hora de realizar su tarea”. Específicamente, alude a que esa naturaleza “vendrá dada, básicamente, por su contenido de injusto, esto es, por la concreta lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos que presente”, en VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993, pág. 22.

¹⁰¹ La Exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995 indicaba en su penúltimo párrafo que en la elaboración del proyecto se habían tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992.

primera tarea obligada consistirá en tratar de precisar el contenido de la “salud pública”, lo que es decisivo para la interpretación de los tipos penales que se agrupan bajo la rúbrica del Capítulo III. A su vez, no puede olvidarse que la delimitación del bien jurídico protegido en cada figura no depende exclusivamente del dato formal de su situación dentro del texto penal, sino que necesariamente ha de proyectarse sobre los elementos del tipo¹⁰². De este modo, la segunda tarea que habrá que emprender será la de confirmar si, a la vista de los elementos del tipo de injusto de dopaje, puede concluirse que efectivamente sea la salud pública el interés que se pretende salvaguardar con él. En este punto, como señalaba, la deficiente redacción del precepto genera confusión y complica la labor del intérprete, aunque he de adelantar que aporta datos que apuntan a que el valor tutelado podría ser la vida o la salud individual, si bien frente a comportamientos que no se requiere que desaten un peligro general. De este modo, aun cuando parece que las razones de coherencia sistemática expuestas deberían constituir argumento suficiente a los efectos de marcar un punto de partida para el análisis, lo cierto es que es dudoso que pueda afirmarse que el precepto, tal y como está redactado, constituya un clásico delito de peligro general contra la salud pública. Por ello, en las páginas siguientes trataré de profundizar en estos aspectos y argumentar fundadamente mi posición al respecto.

En cuanto a su estructura, el artículo 362 quinquies se integra por un tipo básico, recogido en el apartado primero y castigado con las penas de prisión (de seis meses a dos años), multa (de seis a dieciocho meses) e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio (de dos a cinco años); y un tipo agravado que se contempla en el apartado segundo y que eleva las penas a su mitad superior. Las circunstancias cualificantes son tres: que la víctima sea menor de edad; que se haya empleado engaño o intimidación; y que el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad laboral o profesional. Sobre ellas hay que reseñar, por una parte, que la Ley Orgánica 1/2015 no ha cubierto una carencia que ya se había advertido en la doctrina, la ausencia de una agravación específica por organización criminal¹⁰³. Esta ausencia encaja mal con la realidad de la criminalidad vinculada al dopaje, que se caracteriza precisamente por el hecho de que detrás de estas prácticas suele haber redes

¹⁰² HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 179-196 (citado por ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 131).

¹⁰³ REY HUIDOBRO, L. F., “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, pág. 107.

estructuradas que hacen negocio con el tráfico de sustancias dopantes¹⁰⁴. Por otra parte, la selección de cualificaciones que realiza el legislador pone en evidencia que las conductas del tipo básico se singularizan porque cuentan con el consentimiento del deportista, lo que conlleva el necesario debate acerca de si está justificada esta intromisión en la autonomía de la voluntad del sujeto pasivo. En relación con ello, será determinante la conclusión que se alcance con respecto al bien jurídico protegido en este delito y a su estructura típica.

Por último, hay que recordar que con la reforma del Código penal ha desaparecido la medida de clausura (temporal o definitiva) del establecimiento, fábrica, laboratorio o local donde se hayan desarrollado los hechos que se contemplaba en la versión previa del artículo 366 del Código penal. Este precepto ha pasado a recoger ahora la responsabilidad de las personas jurídicas por los delitos recogidos en los artículos anteriores del capítulo, entre los que se cuenta el de dopaje¹⁰⁵. A ello se suma la agravación por razón del sujeto activo que prevé el artículo 372 del Código penal¹⁰⁶, de

¹⁰⁴ Como ya ponía de manifiesto el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte de 2005, que literalmente indicaba: “Según Interpol, que viene alertando del problema en sus informes de los últimos años, el tráfico ilegal de sustancias como esteroides, péptidos, hormonas del crecimiento y complementos nutricionales de todo tipo, que incluyen elementos prohibidos por su función dopante y dañina para la salud, se ha convertido en una actividad más lucrativa para la delincuencia internacional organizada que el tráfico de drogas tradicional”. Esta información viene corroborada por las numerosas operaciones policiales en las que se han desmantelado redes dedicadas a la producción y distribución de esta clase de productos. Así, por ejemplo, informa la AEPSAD de que dos operaciones de la Policía Nacional desarrolladas a comienzos de 2014 en colaboración con la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte han permitido la incautación de 380.000 dosis dopantes y la desarticulación, con 40 detenidos, de dos organizaciones que operaban en Alicante (“Operación Hércules”) y Valencia (“Operación Turia”) respectivamente, que las distribuían en gimnasios a deportistas amateur, en <http://www.aepsad.gob.es/dms/microsites/aepsad/actualidad/noticias/2014/enero/20140110-dosis-dopantes-incautadas/20140110-dosis-dopantes-incautadas.pdf>. Asimismo, a lo largo de estos últimos años las noticias en prensa sobre actuaciones policiales en las que se han desarticulado este tipo de organizaciones han sido frecuentes. Al efecto, pueden consultarse en prensa digital informaciones relativas a intervenciones a lo largo del territorio nacional: en Valencia (2015), <http://www.europapress.es/comunitat-valenciana/noticia-16-detenidos-valencia-distribuir-productos-dopantes-gimnasios-tiendas-20150711113125.html>; en la Comunidad Valenciana, Cataluña, Andalucía, Comunidad de Madrid, País Vasco y Asturias (2013), <http://www.levante-emv.com/sucesos/2013/06/23/21-detenidos-c-valenciana-trafico-sustancias-dopantes/1009859.html>; en Barcelona (2012), <http://www.elperiodico.com/es/noticias/sociedad/desmantelada-red-trafico-anabolizantes-barcelona-2204719>; en Granada (2010), <http://www.ideal.es/granada/20100608/local/granada/desmantelan-trafico-anabolizantes-sede-201006081042.html>; en Navarra (Operaciones “Tatami” y “Power”, 2010), <http://www.abc.es/20101222/deportes/desarticulada-trafico-anabolizantes-para-201012221713.html>; o en Málaga (“Operación Botellín”, 2009), <http://www.elmundo.es/elmundo/2009/12/23/espana/1261562112.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

¹⁰⁵ El artículo 366 del Código penal dispone: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en los artículos anteriores de este Capítulo, se le impondrá una pena de multa de uno a tres años, o del doble al quíntuplo del valor de las sustancias y productos a que se refieren los artículos 359 y siguientes, o del beneficio que se hubiera obtenido o podido obtener, aplicándose la cantidad que resulte más elevada. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.

¹⁰⁶ Su tenor literal es el siguiente: “Si los hechos previstos en este capítulo fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma, en el ejercicio de su cargo. A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de título sanitario, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes”.

modo que cuando el comportamiento típico sea realizado por un médico, un farmacéutico o cualquiera de las personas que allí se refieren (en el ejercicio del cargo, profesión u oficio), se impondrá además una pena de inhabilitación (especial o absoluta, dependiendo del caso) que se adiciona a la que se fija en el artículo 362 quinquies.

Así pues, a partir de las consideraciones anteriores, me ocuparé a continuación de analizar pormenorizadamente los aspectos objetivos del tipo que, en mi opinión, son los que plantean los problemas más relevantes en la interpretación del delito de dopaje.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO PRIMERO: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

I. INTRODUCCIÓN

Desde la premisa ampliamente aceptada de que el fin legítimo del Derecho penal es la salvaguarda de bienes jurídicos dignos de protección penal frente a aquellos comportamientos que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro¹⁰⁷, se hace preciso identificar cuál sea el interés que justifica la intervención penal en materia de dopaje. Definir adecuadamente el bien jurídico¹⁰⁸ en esta figura es fundamental, especialmente por las consecuencias que su delimitación tiene, no solo a efectos de concretar la naturaleza del delito¹⁰⁹, sino en relación con otros aspectos dogmáticos como la identificación del sujeto pasivo, la interpretación del alcance de algunos términos

¹⁰⁷ Por todos, FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1ª ed. en castellano, Madrid, 1995, pág. 467. Frente a esta opinión predominante, se ha desarrollado una concepción alternativa promovida por JAKOBS, que considera que el fin del Derecho penal reside en el aseguramiento de la vigencia de las normas, en *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997, pág. 45 (citado por LOPERA MESA, P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006, pág. 330). Sobre el tema, véase también ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 443-458.

¹⁰⁸ Aunque no me detendré en ello, por exceder de los límites de este trabajo, es conveniente dejar expuesto que el concepto de bien jurídico no es pacífico. Si bien todas las teorías del bien jurídico lo identifican en general con el objeto de protección de las normas penales, la cuestión se hace más compleja cuando se intenta precisar con más detalle en qué consisten tales bienes. Así, entre otras, existen concepciones que los definen como “intereses humanos vitalmente protegidos” (Von Listz), “el fin que ha reconocido el legislador en las prescripciones penales” (Honing), “estados de cosas valiosos lesionables por el comportamiento humano y tutelables por el Derecho penal” (Jäger), “las condiciones de existencia de la vida social (Amelung), “aquellos objetos que el hombre necesita para su libre autorrealización” (Marx), o “las posibilidades de satisfacción de las necesidades humanas” (Terradillos), en LOPERA MESA, P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, cit., pág. 334. Explica MORALES PRATS que según la corriente mayoritaria de opinión, la teoría del bien jurídico en los últimos decenios se vincula con los fines del ordenamiento jurídico y del Estado y, por consiguiente, con la Política criminal. Dentro de este enfoque, cabe distinguir dos tendencias: la de los autores que postulan un concepto material de bien jurídico de corte estrictamente sociológico o social; y la de aquellos otros que colocan la definición del bien jurídico en una instancia formalizada (la Constitución) que expresa los valores y los fines del orden jurídico. A su juicio, citando a FIANDACA, “debe postularse un concepto de bien jurídico de corte sociológico y constitucionalmente orientado”, en “El bien jurídico: definiciones sociológicas y definiciones constitucionales”, QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS, F.), *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Cizur Menor, 2015, pág. 228. Analiza detenidamente la situación de la teoría del bien jurídico desde el contenido y los límites del concepto de bien jurídico, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993, págs. 9-30. Recoge las más recientes contribuciones sobre el concepto de bien jurídico HEFENDEHL, R., “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 462-475.

¹⁰⁹ Así, señalan que la cualidad o naturaleza del bien jurídico es lo que determina y condiciona la estructura del tipo delictivo, ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976, págs. 40 y ss.; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., págs. 7-9. También insiste en que el carácter de peligro o de lesión de los tipos penales depende del modo en que se defina el bien jurídico protegido, DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996, pág. 169. En igual sentido, MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001, pág. 11.

típicos y, también, de cara a resolver posibles conflictos concursales con otras infracciones tipificadas en el Código penal¹¹⁰.

Con este propósito, el proceso para determinar sus contornos pasa por emplear un criterio teleológico de interpretación y acudir, de un lado, a la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 7/2006 y a su Exposición de motivos para tratar de reconstruir la voluntad del legislador (interpretación teleológico-subjetiva); y, de otro lado, al propio texto del artículo 362 quinquies para asimismo intentar averiguar el fin perseguido¹¹¹ por la norma a partir de los datos que contiene (interpretación teleológico-objetiva). Indudablemente, el tipo penal va a permitir perfilar el objeto de tutela, teniendo en cuenta cuáles sean los requisitos de tipicidad objetiva y subjetiva que contenga. Además, como ya he señalado, en esta tarea hay que atender al criterio de sistematización seguido por el Código penal, que ubica el precepto entre los “delitos contra la salud pública”.

Pues bien, la toma en consideración de estos factores, entre otros, ha llevado a la doctrina a conclusiones dispares respecto al valor tutelado con este ilícito, lo que no ha ocurrido en las escasas resoluciones judiciales que lo han aplicado y han entrado a considerar este elemento. Por esta razón, y por la trascendencia que tiene la materia, me ocuparé a continuación de describir las corrientes de opinión que se sustentan en relación con el bien jurídico protegido en el delito de dopaje y expondré, tras utilizar el esquema de análisis propuesto cuál es, a mi juicio, el interés que se salvaguarda a través del tipo penal.

II. POSICIONES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES SOBRE EL BIEN JURÍDICO

A la hora de delimitar cuál es el bien jurídico-penal a cuya protección se destina el artículo 362 quinquies del Código penal se observa, por una parte, que en la doctrina se barajan tres: la salud pública, la vida o la salud individual, y la ética deportiva. Por otra parte, se constata que las resoluciones judiciales que han aplicado la figura de dopaje se han alineado casi unánimemente con la postura que defiende que se custodia la salud

¹¹⁰ Respecto a las funciones que desempeña el bien jurídico existen diversas clasificaciones. COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN destacan tres: la exegética, la sistemática y la de garantía, en *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 1999, págs. 320-326. Por su parte, LUZÓN PEÑA distingue cuatro: la de limitar y orientar el *ius puniendi*, la sistemática, la interpretativa y, por último, la función de criterio de medición o determinación de la pena, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2016, C. 13/19-23.

¹¹¹ Que, a su vez, es un concepto teleológico, en LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 6/20.

como valor de naturaleza colectiva. Así pues, comenzaré exponiendo las posiciones que secundan la salvaguarda de la salud pública, para continuar con las partidarias del interés individual vida o salud, y finalizar con las que consideran que la ética deportiva es el bien preservado a través del precepto que se examina.

1. LA SALUD PÚBLICA

Podría decirse que en la doctrina penal existe acuerdo mayoritario en que con el delito de dopaje se protege la vida y la salud de los deportistas. Ahora bien, esta coincidencia no presupone que la determinación del bien tutelado sea pacífica, pues los puntos de vista difieren respecto a qué salud se pretende salvaguardar, si se trata de la denominada “salud pública” o de la salud individual (y, también, la vida como interés individual).

Sin duda, la opinión mayoritaria es la que secunda que la finalidad que se persigue con el tipo penal es velar por la salud pública¹¹². Los argumentos que se utilizan en este sentido son de diversa índole.

¹¹² Así, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008, págs. 2, 4 y 5 (aunque su posición no es completamente clara al respecto, pues pone de relieve que la redacción del texto es incongruente con la protección al bien jurídico, porque “si la protección de la salud del deportista es el objetivo de la norma, no se entiende por qué no es típica la conducta de facilitar sustancias dopantes a deportistas que no vayan a competir en España”); CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 132; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 38; COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASALI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., págs. 429 y 436 (que parece que optan por la salud pública cuando se refieren al “derecho a la realización del deporte en condiciones de salud” y consideran que sistemáticamente el capítulo relativo a los delitos contra la salud publica es el lugar del Código penal adecuado para la tipificación de este delito); CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, pág. 1249; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 55-56 (que sostiene que “es un paradigmático delito contra la salud pública”); DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 427; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, en *Memento Práctico. Penal*, Madrid, 2016, pág. 1522; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en CRUZ DE PABLO, J. A., *Comentarios al Código penal*, vol. 2, Madrid, 2008, pág. 1378 (incluyendo, de modo secundario, la práctica leal del deporte y la competición física); GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Dopping. El régimen jurídico del dopaje*, Pamplona, 2008, págs. 233-234; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, pág. 591; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho penal*, Valencia, 2009, pág. 109; LÓPEZ FERRER, P., “Artículo 361 bis”, en MORALES GARCÍA, O. (Dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, Cizur Menor, 2015, pág. 935; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 884; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., Valencia, 2015, pág. 563; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 49 (que, no obstante, advierte de que no existen criterios definitivos respecto a lo que se trata de defender); RÍOS CORBACHO, J. M., *Palabra de fútbol y Derecho penal*, Madrid, 2015, pág. 24; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 42 y 57; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Madrid, 2015, pág. 622 (que incide en que el bien jurídico protegido es la salud pública y no solo la de los deportistas); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en *Estudios Jurídicos*, 2006, págs. 6-7; SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la elaboración o distribución de sustancias nocivas para la salud”, cit., pág. 821; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, en

En general, es frecuente que se haga referencia a la propia denominación de la Ley Orgánica 7/2006, que se refiere a la protección de la salud y la lucha contra el dopaje en el deporte, así como a la rúbrica del Título III de la citada Ley donde se enmarcaba el artículo 44, que fue el que incorporó el delito de dopaje en el Código penal, que aludía a la tutela penal de la salud pública en actividades relacionadas con el dopaje en el deporte. En esta línea, también se alegan la ubicación sistemática del anterior artículo 361 bis en el capítulo que regula los delitos contra la salud pública, situación que no ha sido modificada con el cambio de numeral del artículo, así como la propia dicción del precepto¹¹³.

Asimismo, algún autor fundamenta que el bien jurídico protegido sea la salud pública en el aval que representa el artículo 43.2 de la Constitución española, que dispone que “compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de las medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto”¹¹⁴.

Con todo, uno de los argumentos que más se repite es el que se refiere a la extensión del círculo de sujetos pasivos de la acción a los deportistas aficionados, pues las

Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública, núm. 38, 2008, pág. 79. Mención aparte merece ÁLVAREZ VIZCAYA que, aun cuando considera que es la salud pública lo que se protege en el delito de dopaje, deja planteadas algunas cuestiones de interés relativas al valor individual vida o salud. Concretamente, esta autora admite el bien jurídico colectivo, pero subraya la deficiente redacción del precepto y la distorsión que produce. A su juicio, la referencia entre los sujetos pasivos a los deportistas profesionales y a los que practican deporte por recreo es poco afortunada y dificulta su aplicación porque, cuando se trata de deportistas competitivos que se dopan lo que se produce es un fraude en la competición que, en su caso, puede desembocar en un peligro o una lesión para la salud individual, pero no existe afectación posible de la salud pública. De hecho, afirma que en estos casos se podría encontrar una tutela penal en el ámbito de los delitos contra la salud y la integridad de las personas. Queda, por tanto, relegada la afectación de la salud pública a los supuestos en que los destinatarios de los productos sean deportistas recreacionales, cuando la venta de productos se realiza a cualquier persona que practique deporte y su ingesta es indiscriminada y carente de control por parte de un especialista. No obstante, incide en que no cree que resulte relevante que quien consuma estos productos sea o no un deportista, pues “el problema afecta a cualquiera que pueda acceder a sustancias carentes de garantías sanitarias, o quien tenga acceso a una distribución ilícita y sin finalidad terapéutica de determinados medicamentos. Aquí el componente salud pública es el que surge con fuerza y se hace visible”, en “La protección penal”, cit., págs. 566-568; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, en *La Ley Penal*, nº 47, marzo 2008, págs. 9-10; *id.*, “Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. Infracción deportiva”, cit., págs. 645-647.

¹¹³ Aunque literalmente sostienen que el bien jurídico protegido es “la salud en la práctica del deporte”, CASERO LINARES y TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA apoyan esta afirmación recurriendo a razones de ubicación sistemática del anterior artículo 361 bis del Código penal, lo que me lleva a pensar que, en definitiva, contemplan la salud pública como objeto de protección. Siguiendo con la exposición de sus argumentos, se refieren a la dicción del artículo, indicando que “viene a castigar al entorno del deportista cuando se empleen métodos dopantes que por su contenido o por la reiteración de la ingesta pongan en peligro la vida o la salud del deportista, luego lo que se pretende es la protección de la salud excluyendo la utilización de métodos dopantes que puedan afectarla”, en “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 38. En mi opinión, esta alusión al tenor literal del artículo para fundamentar un bien jurídico de naturaleza colectiva requeriría un mayor análisis. Precisamente, en sentido contrario, BELESTÁ SEGURA esgrime la letra del precepto para señalar que plantea dudas respecto a cuál sea el bien jurídico protegido, a pesar de que se diga que es la salud pública. Por ello, sugiere la posibilidad de que junto a la salud pública se pretenda proteger la ética del deporte, la pureza de la competición y la salud de los deportistas en competición, la de los deportistas ocasionales o la del público en general, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 2.

¹¹⁴ Así, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 49.

conductas se proyectan en ámbitos de la práctica deportiva ajenos a la competición¹¹⁵. En concreto, se atiende especialmente al cambio que se operó durante la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley Orgánica 7/2006. En la versión que llegó al Congreso el artículo 361 bis no contemplaba más que a “deportistas que participen en competiciones deportivas organizadas en España por entidades deportivas”, dejando al margen el deporte no competitivo y el recreacional¹¹⁶. Con ello, sin duda, se generaba confusión respecto a cuál era el fin pretendido¹¹⁷ con la tipificación del delito de dopaje, pues podría conducir a pensar que el objeto de protección era el juego limpio en el deporte competitivo, como ya había puesto de manifiesto el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero)¹¹⁸. No obstante, esta demarcación de los destinatarios de las sustancias o los métodos prohibidos terminó ampliándose a instancias del Grupo Parlamentario Catalán¹¹⁹, quedando finalmente recogidos también los “deportistas federados no competitivos” y los “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo”, lo que se interpreta como una extensión acorde con el carácter colectivo del valor protegido.

Por último, otro de los razonamientos sobre los que se basa la afirmación de que el artículo 362 quinquies del Código penal sirve al propósito de preservar la salud pública se apoya en el hecho de que el consentimiento no actúe como una causa de justificación,

Universitat d'Alacant

¹¹⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 44-46 y 65; BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 2 y 4; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., págs. 433-435; LÓPEZ FERRER, P., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 935; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., págs. 884-885; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Valencia, 2013, pág. 612.

¹¹⁶ Conviene matizar que, si bien la versión que llegó al Congreso de los Diputados contemplaba a los “deportistas que participen en competiciones deportivas organizadas en España por entidades deportivas”, la redacción del artículo 361 bis en el Anteproyecto de la que luego sería la Ley Orgánica 7/2006 aludía literalmente a los “deportistas que participen en competiciones deportivas organizadas en España por Federaciones deportivas”. Esta referencia a las Federaciones deportivas fue modificada antes de enviar el texto para su tramitación parlamentaria, a instancias del Consejo de Estado.

¹¹⁷ Lo que ya fue señalado por el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005: “En último término, el sujeto pasivo de este delito, esto es, las potenciales víctimas, sólo pueden ser, a tenor del texto literal del Anteproyecto, “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por Federaciones deportivas”. Redacción que deja fuera de la protección de la norma al resto de los deportistas y a los demás individuos. En estos casos, la tutela penal de la salud y la vida deberá buscarse, en su caso, en la cobertura que puedan ofrecer los otros tipos penales de tutela de estos bienes jurídicos. Si esto es así, es decir, si la criminalización de estas conductas puede ser incluida en el tipo básico de delitos contra la salud pública o en algún otro de los ya existentes en nuestro Código penal de la misma categoría (como ha señalado la doctrina en más de una ocasión), procede reiterar una vez más la necesidad de reconsiderar la opción legislativa presentada, la creación de un nuevo tipo penal específico a sumarse a los vigentes” (pág. 50).

¹¹⁸ El Consejo de Estado, en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje afirmó que “el bien jurídicamente protegido por el tipo penal no es sólo la salud del deportista -que lo es- como el falseamiento de los resultados deportivos (de ahí que sólo las infracciones en “competiciones organizadas en España por las Federaciones deportivas” sean las únicas constitutivas de delito)”. (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.A.3).

¹¹⁹ Enmienda 135 (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 82-7, de 7 de junio 2006).

lo que se entiende que constituye un claro indicio de la titularidad colectiva del bien tutelado¹²⁰.

Pasando a considerar el enfoque jurisprudencial sobre el bien jurídico protegido con la infracción de dopaje, hay que reseñar que los órganos judiciales apoyan casi unánimemente que el valor tutelado es la salud pública en las escasas ocasiones en que se han pronunciado al respecto¹²¹. Así, reflejan este parecer las Sentencias del Juzgado de lo Penal nº 6 de Valencia 29/2011, de 31 de enero, y 401/2012, de 10 de octubre. En estas resoluciones se pone de manifiesto que se tutela “la salud en la práctica del deporte” y que esta conclusión se desprende del título de la Ley Orgánica 7/2006 y del lugar en que se ha situado el artículo que sanciona el dopaje, dentro del capítulo que tipifica los delitos contra la salud pública. Asimismo, se señala que “la auténtica justificación del delito es la salud pública, que es un bien jurídico de naturaleza colectiva”. Otros pronunciamientos, aunque se detienen menos en el tema, ratifican abiertamente el carácter colectivo del bien jurídico protegido (SSAP Valencia 545/2011, de 14 de julio, y 385/2013, de 31 de mayo; SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero)¹²².

¹²⁰ CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 132.

¹²¹ Hasta la fecha y según me consta, el número de sentencias que han aplicado el delito de dopaje no es desmesurado, aunque tampoco es tan reducido como se preveía al momento de la introducción de la figura en el Código penal. Con todo, llama la atención que hay un porcentaje significativo de conformidades y algunas revocaciones en apelación. Además de las que se mencionan en el texto principal, hay que sumar otras que no entran a determinar cuál es el bien jurídico protegido en este delito: Concretamente, siete que fueron dictadas en conformidad (SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre; SAP Madrid 145/2011, de 2 de diciembre; SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril; SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre; SAP Sevilla 517/2014, de 23 de septiembre; SAP Almería 24/2015, de 8 de junio; SJP nº 10 Valencia 15/2016, de 14 de enero); SJP nº 5 Las Palmas 14/2013, de 21 de enero, confirmada por la SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre; SJP nº 1 Huelva 217/2012, de 15 de junio, confirmada en apelación por la SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre; SJP nº 6 Móstoles 146/2014, de 11 de abril, confirmada por la SAP Madrid 483/2014, de 8 de septiembre; SJP nº 11 Madrid 63/2015, de 8 de febrero, revocada en apelación por la SAP Madrid 323/2015, de 4 de mayo; SJP nº 2 Logroño, de 9 de diciembre de 2014, revocada por la SAP La Rioja 87/2015, de 26 de mayo. En cuanto a la jurisprudencia que no secunda el carácter colectivo del bien jurídico, véase la SJP nº 5 Getafe, 18/2015, de 2 de febrero. En esta resolución se señala expresamente que el valor tutelado a través del anterior artículo 361 bis es distinto del objeto de protección del artículo 368 del Código penal (relativo a drogas tóxicas). Específicamente se declara que “en el caso del artículo 361, sin perjuicio de que también está ubicado en el capítulo III del Título XVII de los delitos contra la salud pública, en realidad lo que se protege es la salud del deportista, como refleja que uno de los elementos del tipo es que su consumo pueda poner en peligro la salud del deportista”. Esta resolución fue revocada en apelación por la SAP Madrid 545/2015, de 20 de julio.

¹²² También en este sentido, aunque se trataba de resolver acerca de la legitimación del CSD para erigirse en acusación particular, el AAP Madrid 521/2011, de 15 de julio. Específicamente señaló, con un argumentación nada clara en mi opinión, que “el bien jurídico protegido por el delito del art. 361 bis es la salud pública, como lo demuestra de manera inequívoca su inclusión en el capítulo referido a los delitos contra la salud pública. La doctrina señala, al respecto, que aunque el tipo penal hace alusiones a aspectos relacionados con la protección de la pureza de las competiciones deportivas (“deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas” o sustancias y métodos dopantes prohibidos “destinados a... modificar los resultados de las competiciones”), dicha finalidad no configura el bien jurídico protegido por el delito, que no es solo la salud individual del deportista sino la salud pública de todos los ciudadanos que, en otros ámbitos ajenos al deporte, pudieran hacer uso de las sustancias prohibidas en el ámbito deportivo”.

Sentado lo anterior, hay que tomar en consideración que el concepto de “salud pública” se significa por ser vago¹²³ o impreciso, de modo que cuenta con interpretaciones dispares acerca de su contenido. Resumidamente, cabe señalar que en la caracterización del bien jurídico protegido en los delitos contra la salud pública se distinguen dos líneas de pensamiento principales: de un lado, la que entiende que se trata de preservar un bien colectivo, de naturaleza supraindividual; y, de otro lado, una posición minoritaria que identifica el valor tutelado con la salud individual, sin perjuicio de los matices que expondré seguidamente.

En la primera de estas líneas, se destacan dos definiciones diversas de la salud pública: la primera, que se enmarca entre las que basan la peculiaridad de este bien jurídico en el dato objetivo de la pluralidad de sujetos afectados por la conducta¹²⁴ y que la configura como la “suma de salud individual de una colectividad de ciudadanos, que se pone en peligro cuando, más o menos aproximadamente, se agudice la posibilidad de que alguno o algunos individuos de tal colectividad resulten atacados en su salud personal”¹²⁵. Esta noción se critica por su ambigüedad¹²⁶ ya que, desde la perspectiva colectiva del valor salud que se pretende, presenta problemas para diferenciarlo de la salud individual y constituir una entidad con propiedades diversas de aquella. En este sentido, se ha objetado que se niega una naturaleza propia y diferenciada al bien jurídico salud pública, pues se identificaría con una mera dimensión social del interés salud individual¹²⁷. La segunda definición se centra en defender que el

¹²³ Lo pone de relieve, entre otros, HASSEMER, en HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pág. 28.

¹²⁴ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 190; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Valencia, 2002, pág. 18.

¹²⁵ Definición mantenida por RODRÍGUEZ RAMOS en 1977, que modificaría posteriormente a raíz de la reforma penal de 1983, en “Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública”, *Temas de Derecho penal*, Madrid, 1977, pág. 96. Esta definición es compartida por LORENZO SALGADO, J. M., “Delitos contra la seguridad colectiva. De los delitos contra la salud pública”, en *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal, vol. II, núm. 37/40, Madrid, 1983, págs. 961 y ss. Rechaza esta concepción la SJP nº 21 de Madrid 144/2013, de 29 de abril, que resolvió sobre la “Operación Puerto”. En ella se afirma que “... nos inclinamos por entender que se trata de un bien jurídico autónomo e independiente que va más allá de la mera suma de la salud personal de los distintos individuos que conforman la sociedad, pero cuya protección se encuentra íntimamente ligada a la integridad física y psíquica de los ciudadanos que la conforman considerados de manera individual, ya se trate de la sociedad en general, ya de un colectivo de ciudadanos determinado (los consumidores, los deportistas), pudiendo incardinarse dentro de la categoría de los denominados “bienes jurídicos intermedios”, siendo de naturaleza indisponible”. Respecto a la categoría de los bienes intermedios, véase MATA y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.

¹²⁶ Alude a esta ambigüedad DOVAL PAIS, que expresa diversas posibilidades de interpretación de esta fórmula, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 198-199 y 239.

¹²⁷ En este sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 19; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 239; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona, 1991, págs. 43-44. A ello hay que añadir la crítica de GARCÍA ALBERO, que considera que la afirmación de este bien jurídico proporciona “un pobre adelantamiento de la barrera de protección”, en “La tutela penal y administrativa

objeto de protección en estas figuras es un interés colectivo dotado de entidad propia (con posiciones a favor de una completa o una relativa autonomía respecto a aquel), que se conforma por las condiciones que posibilitan que los ciudadanos puedan conservar su salud. Se concibe, por tanto, como “las condiciones de vida de la generalidad, que positiva o negativamente garantizan y fomentan la salud de todos los ciudadanos”¹²⁸ o como “un conjunto de condiciones que, de acuerdo con el desarrollo tecnológico y científico de cada época, garantizan un nivel de bienestar, físico y psíquico, a la generalidad de los ciudadanos”¹²⁹. Esta acepción presenta el inconveniente de que, al considerarse casi unánimemente que los delitos contra la salud pública son figuras de peligro¹³⁰, la realización de las conductas típicas implica la lesión de esas condiciones, lo que dificulta la compatibilidad de un concepto así con la estructura interna de los tipos penales de referencia¹³¹. Sin embargo, un sector doctrinal considera que es posible superar este obstáculo sin renunciar al concepto de salud pública señalado y a su carácter autónomo, acudiendo para ello al argumento de que en estos delitos se protegen en realidad dos bienes jurídicos: uno inmediato, la salud pública, y otro mediato al que complementa aquel, la salud individual¹³². Desde este planteamiento, el peligro requerido afectaría al bien jurídico individual y comportaría la previa lesión del bien

de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, Barcelona, 1990, pág. 111.

¹²⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 39.

¹²⁹ MUÑOZ CONDE, W./HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995, pág. 64. En la jurisprudencia también se aprecian diversas resoluciones que apoyan un concepto de la salud pública de esta clase, definiéndolo como “conjunto de condiciones positivas y negativas que garantizan la salud de los integrantes de una comunidad”. Entre otras, la STS 1210/2001, de 11 de junio y la SAP Girona 108/2003, de 25 de febrero.

¹³⁰ Véanse *infra* págs. 128 y ss. Se aparta de esta concepción mayoritaria CORCOY BIDASOLO, para quien los delitos de peligro protegen bienes jurídicos-penales propios y autónomos y no constituyen un mero adelantamiento de la barrera de protección, en *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999, págs. 22-23 y 44.

¹³¹ Sobre este problema y como ha sido enfocado por la doctrina, extensamente, DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 204-210; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 19-22.

¹³² Declara que los bienes jurídicos colectivos aparecen como complementarios, desde una perspectiva material, de los llamados bienes jurídicos individuales, BUSTOS RAMÍREZ, J., “Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)”, en *RFDUCM*, núm. 11, 1986, pág. 159. Afirma la relación de complementariedad de la salud pública y la salud individual, insistiendo en que ello no supone en modo alguno que los delitos contra la salud pública deban ser definidos y estructurarse en torno a la salud individual, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 54-55. Parten de entender la salud pública como un conjunto de condiciones que posibilitan el bienestar personal, señalando el carácter complementario del bien colectivo respecto al individual, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Los fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, 2013, pág. 397; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La adulteración de productos alimentarios y la alimentación del ganado con sustancias no permitidas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *Derecho y consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, 2013, págs. 447-451; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 51-53 y 71; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, Madrid, 1995, pág. 74. También secunda la definición del bien jurídico colectivo como complementario del individual, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 32.

jurídico colectivo¹³³, lo que no implica necesariamente enfocar la salud pública desde una perspectiva individual. Al contrario, según el parecer de un nutrido grupo de autores, el objeto salud pública es independiente de la salud individual, aunque se reconozca el papel que esta última desempeña en los ilícitos que amparan el valor colectivo. En este sentido, se afirma que no estamos ante una metáfora conceptual cuya pretensión es proteger bienes jurídicos individuales¹³⁴ pues el individuo, en la relación que mantiene con la salud pública, es absorbido o difuminado¹³⁵. No obstante lo anterior, persiste la crítica de que equiparar la salud pública con las condiciones que posibilitan la salud supone acudir a un concepto excesivamente formal que convierte al medio o a los medios para preservar adecuadamente la salud en el fin de la regulación penal¹³⁶.

La segunda línea de pensamiento relativa a la configuración de los delitos contra la salud pública la integra un reducido sector doctrinal que insiste en que el calificativo de la salud como “pública” no alude a una peculiaridad del objeto de tutela, que es el mismo que en los tradicionales delitos contra las personas (la vida y la salud individual), sino a una determinada conformación de los tipos para la protección de la salud. Se trata de salvaguardar la salud individual frente a ataques que comportan un peligro general, que se caracterizan porque *siempre* desatan una puesta en riesgo indiscriminada de la

¹³³ Se trataría, por tanto, de delitos de lesión-peligro. Al respecto, véanse ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 73-74 y 77-78; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/49; MATA y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., pág. 55 y ss.; MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pág. 12. También, en relación con el artículo 346 del anterior Código penal, ARENAS RODRIGÁÑEZ, M. P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, 1992, pág. 148. En el mismo sentido, en referencia al delito farmacéutico, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011, págs. 241-245. De esta opinión, por lo que respecta a los delitos de tráfico de drogas, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, 1999, pág. 45. En cuanto a los delitos de fraude alimentario, véase IGLESIAS RÍOS, M. A., “Artículo 363”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 372.

¹³⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 51; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 33.

¹³⁵ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 53. Por su parte, GARCÍA RIVAS también incide en ese carácter autónomo argumentando con base en el artículo 43 de la Constitución y en el art. 152 del Tratado CEE, en “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 437-439. DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, sin embargo, se refiere a cierta autonomía y a una mayor dimensión social, en “La adulteración de productos alimentarios y la alimentación del ganado con sustancias no permitidas”, cit., pág. 447.

¹³⁶ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 210; GARCÍA ALBERO, R., “La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica”, cit., pág. 113; LLORIA GARCÍA, P., “Algunas consideraciones sobre el momento consumativo en los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al artículo 364.2.1º del CP”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 470-471; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003, pág. 200.

salud de indeterminados sujetos (*ex ante* y *ex post*) sin que exista una resolución lesiva en el autor. De este modo, se afirma que la naturaleza colectiva del bien jurídico salud pública solo se pone de manifiesto en la fase de la agresión y no en la de su protección, que es previa a esta¹³⁷. Así pues, se concluye que con la creación de las figuras contra la salud pública se vendría a satisfacer la necesidad de sancionar penalmente conductas de peligro para la salud individual de una pluralidad de titulares indeterminados que no son subsumibles bajo los tradicionales delitos contra las personas, al faltar el elemento intencional exigible en las tentativas de lesiones u homicidio (por la ausencia de un dolo de resultado lesivo)¹³⁸.

A mi modo de ver, esta interpretación del bien jurídico tutelado en los ilícitos contra la salud pública es la más correcta. Por más que predomine la visión de que la salud pública es un bien jurídico desvinculado relativamente de la salud individual y dotado de autonomía propia, no puede obviarse que el referente individual está presente muy intensamente y que, en realidad, lo que se protege es la salud de cada individuo. Creo que no se puede desconocer que el propósito que se persigue a través de las figuras que se contemplan en este capítulo no es otro que proteger la salud del individuo, núcleo esencial de la comunidad, en contextos socioeconómicos determinados (el mercado alimentario, de medicamentos, etc.) en los que confluyen un número elevado de ciudadanos y circulan productos de frecuente uso o consumo, o en ámbitos que tienen

¹³⁷ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 239 y ss. Señala este autor que la configuración del concepto de salud pública se ha de ver como un expediente de técnica legislativa empleado para la punición de conductas graves que de otro modo habrían de quedar impunes. A su juicio, por una parte, estos ataques no pueden quedar embebidos en figuras como la tentativa de delito o en formas de imperfecta comisión imprudente de delitos contra la vida o la salud; por otra parte, el otro inconveniente para una hipotética subsunción bajo aquellas figuras lo constituye el número y la identidad de los sujetos puestos en peligro, que no se llega a conocer en ningún caso (págs. 248-249); *id.*, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Intereses difusos y Derecho penal*, Madrid, 1994, págs. 43-45. De acuerdo con él, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., págs. 200 y ss.; *id.*, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005, pág. 887. Asimismo, FEJÓO SÁNCHEZ coincide en afirmar que los bienes jurídicos que se protegen en el Título XVII no son distintos de los que se protegen en otros lugares del Código, sino que se salvaguardan de forma distinta, con una estrategia diversa de la utilizada para tutelar esos otros bienes personales, en “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1997, págs. 2004-2006. Por su parte, MORENO ALCÁZAR sostiene que si la persona es el centro de nuestro ordenamiento jurídico, todo bien jurídico colectivo debería tener un bien jurídico individual como referente. Así, en su opinión, con el bien jurídico salud pública lo que de verdad se querría proteger es la salud individual del conjunto de ciudadanos, en “Relevancia de la admisibilidad de un dolo eventual de peligro en la responsabilidad penal por la comercialización de productos defectuosos”, BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dir.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, pág. 177.

¹³⁸ Al respecto, algunos autores consideran que los delitos de peligro constituyen la expresa tipificación de tentativas imprudentes, en este caso contra la vida o la salud. Sobre ello, véase GRACIA MARTÍN, L., en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./GRACIA MARTÍN, L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia 1993, pág. 100. Señala que los delitos de peligro suponen una excepción a la regla general de la impunidad de las formas de imperfecta ejecución en la imprudencia LUZÓN PEÑA, D. M., en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/44. Por su parte, DOVAL PAIS indica que la estructura interna de las conductas de peligro para la salud parece ser equivalente a la de una tentativa imprudente de delito de lesiones (u homicidio), aunque señala que esta construcción encierra una contradicción absoluta, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 243.

por objeto productos intrínsecamente peligrosos de amplio alcance (sustancias nocivas, drogas). Precisamente, son las peculiaridades específicas de estos sectores de actividad las que aconsejan intervenir penalmente para proteger la salud de las personas ante la creación de riesgos que pueden alcanzar indistintamente a cualquiera de los partícipes en la actividad de que se trate. Por ello, me parece coherente interpretar que las infracciones contra la salud pública representan un uso del *ius puniendi* dirigido a preservar la salud (individual) de una pluralidad de sujetos indeterminados ante conductas que supongan una amenaza de daño de extensión incierta. Ahora bien, cuestión distinta es la de si el delito de dopaje constituye propiamente una infracción contra la salud pública así entendida, que opino que no, pese a que se haya ubicado junto a los demás bajo la rúbrica que a ella se refiere.

La importancia de las precisiones anteriores radica en que, como ya he indicado más arriba, la posición que se adopte respecto al interés tutelado en el artículo 362 quinquies del Código penal puede plantear consecuencias dogmáticas diversas en relación con el sujeto pasivo del delito, el momento consumativo, la disponibilidad del bien jurídico protegido y en materia concursal¹³⁹. Al respecto, es preciso señalar que aunque la mayoría de los autores que sostienen que el bien jurídico tutelado en el delito de dopaje es la salud pública no entran a matizar desde qué perspectiva concreta la enfocan, algunos sí se pronuncian y parten de entenderla, unos como un valor autónomo¹⁴⁰, y otros como un bien colectivo vinculado a la salud individual¹⁴¹. No se aprecian, sin embargo, posiciones que sustenten que el objeto de protección sea la salud individual frente a ataques indiscriminados propios de un peligro general o común. Aun así, como se verá, esta última concepción del interés tutelado en los delitos contra la salud pública

¹³⁹ Sobre ello, DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 166-170; *id.*, “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, cit., págs. 50-71. Analiza los problemas concursales que pueden derivarse, ESCOBAR VÉLEZ, S., *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Valencia, 2012, págs. 80-82.

¹⁴⁰ Apoyan que se trata de un bien jurídico dotado de autonomía propia CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 132; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 427; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 6. Parece que también se decanta por esta visión ALVAREZ VIZCAYA, cuando afirma que el bien jurídico tutelado en este delito es la salud pública y subraya el carácter supraindividual de la salud pública, más allá de la mera suma de salud individual, “que tutela la salvaguarda de las condiciones necesarias para preservar la salud de la colectividad”, reflejando como opinión contraria a la por ella sostenida la de los autores que intentan dotar a la salud pública de un contenido individualista, en “La protección penal”, cit., pág. 566 y nota 14.

¹⁴¹ En la dirección de que se trata de un bien de naturaleza colectiva pero estrechamente vinculado a la salud individual, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 55-56; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 42. Por su parte, MORALES PRATS entiende por “salud pública” “un bien colectivo que guarda relación secuencial valorativa con la salud personal de todos y cada uno de los ciudadanos, en el ámbito de las prácticas deportivas”, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 886.

presenta rasgos fundamentales cuya valoración será definitiva para un correcto entendimiento del tipo penal de dopaje.

2. LA VIDA O LA SALUD INDIVIDUAL

De signo diverso es la postura que mantiene otro sector de la doctrina que considera que el bien jurídico protegido es el interés individual “vida o salud” de los deportistas¹⁴². Esta determinación del objeto de protección, secundada tan solo por una resolución judicial¹⁴³, se asienta en variadas razones: en primer lugar, la realidad positiva frente a la declaración de intenciones realizada en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006 para justificar la inclusión del artículo 361 bis en el Código penal. Ya expuse en su momento que en ella se indicaba que la finalidad que se perseguía con el recurso al Derecho penal no era otra que proteger la salud pública. Así, literalmente se señalaba la pretensión de “castigar el entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud”. Pues bien, se enfatiza a menudo la discordancia existente con la redacción final del precepto, ya que entre los comportamientos típicos no se recogen ni la “comercialización”, ni la “dispensación” “sin control”. Aunque se contempla la acción de “dispensar”, que cabría imaginar

¹⁴² A la vida o la integridad física alude BOIX REIG, descartando expresamente un interés jurídico colectivo, en “Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad”, cit., pág. 24; ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 131-133; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1234; DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., págs. 42, 46-47; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, págs. 269 y 281; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimotercera edición”, cit., pág. 17; JUANATEY DORADO, C., aludiendo en concreto al interés individual “vida o salud” de los deportistas, en “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 171-172; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., págs. 39-40; NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, en *Comentarios al Código penal*, ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dirs.), Madrid, 2007, pág. 794, que considera que con su ubicación el legislador ha incurrido en un error sistemático. Señala que no se alcanza a ver en qué afecta el dopaje individual a la salud pública, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1078. Literalmente, indica que “el bien jurídico fundamental en este terreno es la salud del deportista”, CAZORLA PRIETO, L. M., “La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte: introducción y panorámica general”, cit., pág. 39. Crítico con la opción de fundamentar el delito de dopaje en la protección de la salud pública, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 503; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 39. A todo lo anterior hay que añadir posiciones de tipo intermedio. Así, alude a la “vida y la salud de un grupo de la población, los deportistas”, excluyendo expresamente la salud pública, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios Prácticos al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 356. Por su parte, SUÁREZ LÓPEZ se refiere a “una clara vinculación del bien jurídico protegido en el artículo 361 bis y la salud pública, así como de los concretos deportistas”, en “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., págs. 368-369.

¹⁴³ SJP nº 5 Getafe, 18/2015, de 2 de febrero, que alude a la “salud del deportista”.

descontrolada en algún caso, se afirma que ello no excluye la realidad de que el tipo penal castiga actos concretos de dispensación a un deportista, que pueden estar perfectamente bajo control¹⁴⁴. En este sentido, se subraya que la configuración de las conductas típicas, que solo conciernen a deportistas individualizados, permite invocar a la salud individual de los deportistas¹⁴⁵. Asimismo, este argumento se refuerza con la afirmación de que el comportamiento incriminado no es el tráfico ni la oferta en el mercado de las sustancias dopantes, sino una serie de actuaciones que ponen en conexión el producto o el método prohibido con un concreto deportista y que comportan una relación directa con el sujeto pasivo¹⁴⁶.

En segundo lugar, el hecho de que el sujeto pasivo no es genérico, pues de acuerdo con la dicción del artículo 362 quinquies del Código penal es preceptivo que los destinatarios de las sustancias prohibidas o los métodos no reglamentarios sean obligadamente deportistas¹⁴⁷.

¹⁴⁴ ANARTE BORRALLLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 132, nota 155; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., 171. Aun cuando entiende que la única finalidad del precepto es la protección de un bien jurídico menor o accesorio como es el juego limpio o la pureza en la competición, TORNOS se muestra decididamente contrario a admitir que sea la salud pública lo que se pretende tutelar. En este sentido, expone diversas razones, entre ellas la relativa al desfase entre las aspiraciones declaradas en la Exposición de motivos y la configuración final del anterior artículo 361 bis del Código penal, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 23.

¹⁴⁵ ANARTE BORRALLLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 132; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 281.

¹⁴⁶ NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 794. En este sentido, se pone de relieve que las conductas descritas denotan un cierto grado de inmediatez y proximidad con respecto al bien jurídico protegido y al sujeto o los sujetos pasivos de la acción, en ANARTE BORRALLLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 113. Alude a la necesaria existencia de una relación directa con el deportista, JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 167-168; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 40.

¹⁴⁷ Así, DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLLO ponen de manifiesto que “en rigor los sujetos pasivos de la acción habríamos de ser *todos*, deportistas y no deportistas”, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 281. También apunta esta incoherencia, aunque defiende que el bien protegido es la salud pública, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., págs. 567-568. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 209-210. Aunque esta autora no se pronuncia expresamente sobre la naturaleza del valor tutelado, indica que para mantener que lo protegido es la salud pública habría que dejar de lado la referencia a los deportistas. Por su parte, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO recalca que “no parece que la salud pública cuadre muy bien con su restricción a un grupo tan concreto como el de los deportistas”, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 503; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 39. Señala TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 23, que “si el propósito real de la introducción del art. 361 bis en nuestro Código Penal fuera velar por la salud pública, es obvio que no sería procedente distinguir entre deportistas y no deportistas, pues la peligrosidad potencial de los productos controvertidos sería la misma en cualquier caso”. Asimismo en esta línea ROXIN, que afirma que “no existe ninguna razón político-criminal para proteger contra su voluntad, únicamente la salud de los deportistas frente al perjuicio causado por las sustancias de *doping*; mientras que todas las demás personas quedan desprotegidas en este aspecto”, en “Derecho penal y *doping*”, *Cuadernos de Política Criminal*, nº 97, 2009, pág. 14.

En tercer lugar, se hace referencia al objeto de las acciones tipificadas, que el precepto exige que sean sustancias o métodos que pongan en peligro la vida o la salud (individual)¹⁴⁸.

En cuarto lugar, se señala que la naturaleza individual del bien jurídico se basa en la propia redacción del tipo penal, concretamente en los criterios establecidos adicionalmente por el anterior artículo 361 bis para determinar la peligrosidad requerida¹⁴⁹, así como en la referencia al término “víctima” en la primera cualificación de tipo agravado¹⁵⁰.

En quinto y último lugar, algunos autores entienden que ello se deriva asimismo de la exclusión de la tipicidad en razón del concurso de autorizaciones terapéuticas¹⁵¹.

3. LA ÉTICA DEPORTIVA

Junto a estas interpretaciones mayoritarias acerca del valor tutelado por la norma penal en estudio, hay que mencionar una tercera que declara que una de las finalidades, si no la única, perseguidas con el ilícito de dopaje es la protección de valores vinculados a la ética deportiva, tales como el “juego limpio” o la pureza de las competiciones deportivas¹⁵², o el interés en la igualdad entre los deportistas en el ámbito de la

¹⁴⁸ ANARTE BORRALLLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 132; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 281.

¹⁴⁹ ANARTE BORRALLLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 133; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 281.

¹⁵⁰ DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 47, nota 32.

¹⁵¹ DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 281.

¹⁵² Considera que proteger el juego limpio o la pureza de la competición constituye el único objeto del precepto, aunque se muestra muy crítico con ello porque entiende que se trata de un bien jurídico menor y accesorio, TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 23-24. A favor expresamente de una pluralidad de bienes jurídicos, ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid, 2016, pág. 1707 (menciona la salud pública o la salud del deportista y, secundariamente, la pureza de la competición); FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1378, que junto a la salud pública incluye de modo secundario la práctica leal del deporte y la competición física. Aunque no se define abiertamente, parece orientarse en este sentido GARCÍA ARÁN cuando afirma que “la ética deportiva...es un interés añadido a la protección de la salud que, en realidad, recorta o reduce la aplicación del nuevo tipo penal”, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 213. En la misma línea, NIETO MARTÍN sostiene que además del bien jurídico salud individual, el tipo penal tutela mediata o indirectamente la competencia leal en las actividades deportivas. Si bien admite que este interés no tiene por qué verse necesariamente lesionado o puesto en peligro por una parte sustancial de las conductas típicas, afirma que es necesario tenerlo presente en la interpretación del precepto. Las razones que alega para ello son dos: de un lado, es la *ratio* principal que determina la consideración de una sustancia o método como prohibida; y, de otro lado, explica la irrelevancia del consentimiento en este tipo penal, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 795. Señala que la inclusión de un delito de dopaje en el Código penal obedece a razones de protección de la salud, de intereses deportivos que tienen que ver con la integridad moral del deportista y de la limpieza de competición donde desarrolla su actividad e, indirectamente, de intereses económicos añadidos a la actividad deportiva, PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, en *La Ley Penal*, nº 94-95, junio-julio 2012, pág. 73. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ destaca que lo que preocupa al legislador es, junto con la salud de los deportistas, que las sustancias o los métodos estén destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones lo que, a su juicio, constituye un amaño competitivo que no tiene sentido castigar a través de la figura de dopaje. La figura en liza, afirma, sería la estafa, pero solo en los casos en que se cruzaran apuestas sobre el juego que practican los

competición¹⁵³(lo que, en su caso, convertiría a la figura de dopaje en un delito pluriofensivo).

Esta tesis encuentra sostén básicamente en las referencias del tipo a que las sustancias prohibidas o los métodos no reglamentarios se destinen a “aumentar las capacidades físicas o a *modificar los resultados de las competiciones*”, así como en la mención, entre los sujetos pasivos, a “los deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”.

III. VERIFICACIÓN DEL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN EL DELITO DEL ARTÍCULO 362 QUINQUES: SALUD PÚBLICA *VERSUS* SALUD INDIVIDUAL

Llegado el momento de dilucidar cuál es, en mi opinión, el bien jurídico protegido de entre los diversos que ha concretado la doctrina, el primer paso en mi análisis consistirá en valorar aquel cuya exclusión ha planteado menos controversia, la ética deportiva. El segundo paso, tomando en consideración que el debate se centra fundamentalmente en si se trata de salvaguardar la salud pública o la individual, lo dedicaré a explicar mi posición, que puedo adelantar que coincide con la de aquel sector que apoya el interés individual vida o salud.

1. EXCLUSIÓN DE LA ÉTICA DEPORTIVA COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Parece claro que en los orígenes del delito de dopaje tuvo un peso específico la defensa de la ética deportiva como uno de los valores protegidos por la normativa antidopaje. Ya el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte ponía de manifiesto que el

deportistas, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081. Conviene recordar que ya en 2004 MILLÁN GARRIDO entendía que la represión punitiva del dopaje debía tutelar unos bienes específicos intrínsecos al deporte: “la competición, los valores deportivos y la salud del deportista”, pero no el más general bien “salud pública”. A su juicio, el suministro de determinadas sustancias a personas que solo buscan lucir una musculación visible y rápida, ajena a pretensiones deportivas, podría constituir un delito contra la seguridad pública, pero este no guarda relación estricta con el fenómeno del dopaje (citado por BOMBILLAR SÁENZ, F. M., “Algunas consideraciones acerca del régimen jurídico del dopaje en el deporte de la Comunidad Autónoma Andaluza a la luz de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 6, 2006, pág. 155). Asimismo, REY HUIDOBRO se ha mostrado partidario de proteger penalmente la lealtad y el juego limpio, aunque restringiendo la intervención penal a la alta competición y proponiendo penas más leves para los supuestos de autodopaje, en “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, cit., págs. 98 y 108. Por lo que se refiere al Anteproyecto de Ley Orgánica, conviene recordar que el Consejo de Estado ya se había manifestado en el sentido de admitir que el proyectado artículo 361 bis recogía dos bienes jurídicos: la salud del deportista y el falseamiento de los resultados deportivos (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.A.3).

¹⁵³ A este último se refieren, rechazándolo, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 356; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 170 y 175.

fenómeno del dopaje requería una serie de reformas legislativas que debían orientarse a proteger “la salud de los deportistas, la equidad de la competición, así como los valores educativos y los efectos saludables que comporta la actividad física y el deporte para el conjunto de la población”. Esta pluralidad de intereses, sin embargo, no tuvo reflejo expreso en las razones que se ofrecieron para justificar la actuación del Derecho penal en la Exposición de motivos del Proyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte, que son las mismas que quedaron recogidas en la definitiva Ley Orgánica 7/2006. Como hemos visto, en ella solo se menciona expresamente “la salud pública”.

Siendo así, lo cierto es que sin embargo, de algún modo, la “dimensión puramente protectora de la actividad deportiva”¹⁵⁴ no se mantuvo en los márgenes de la normativa extrapenal, sino que acabó trascendiendo en cierta medida al proyectado artículo 361 bis del Código penal. Prueba de ello es que originariamente solo contemplaba como sujetos pasivos a los deportistas competitivos. Precisamente, como ya he relatado previamente, este extremo provocó una modificación en la tramitación parlamentaria que supuso la extensión del círculo pasivo de deportistas ante el olvido del deporte no competitivo¹⁵⁵. Con todo, y reconociendo que este cambio se ha convertido en uno de los principales argumentos para sostener el bien jurídico colectivo y excluir que con ello se quiera actuar frente al fraude¹⁵⁶, no puede negarse que el tipo se ha visto lastrado por su redacción primaria, al permanecer invariables otra serie de referencias que apuntan a un especial afán en salvaguardar intereses puramente deportivos¹⁵⁷. Efectivamente, por un lado, no cabe afirmar que el interés en proteger el juego limpio o garantizar la igualdad en la competición esté siempre presente, puesto que las sustancias pueden estar

¹⁵⁴ Esta fue una expresión utilizada por el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje (pág. 49) para indicar que sería recomendable una redacción más clara en orden a evitar la yuxtaposición entre la dimensión que protege la actividad deportiva, que corresponde ventilar en sede disciplinaria administrativa o sancionadora administrativa y la que protege la integridad física, la vida o la salud.

¹⁵⁵ Señala CORTÉS BECHIARELLI que parece claro que el legislador, en un principio, se dejó influir por el tenor del artículo 1.3 de la Ley Orgánica 7/2006, que establecía que “el ámbito objetivo de aplicación de esta Ley está determinado por las competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, que se organicen por entidades deportivas en el marco de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 45, nota 76.

¹⁵⁶ En este sentido, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 2 y 4; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 44-46; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., pág. 612; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 884.

¹⁵⁷ Al respecto, declara GARCÍA ARÁN que cuando se incorporó la enmienda número 135 sobre los sujetos pasivos, los Sres. diputados no eran conscientes de que con ello estaban haciendo que su propio texto fuera coherente con la ubicación del nuevo delito entre los relativos a la salud pública. En su opinión, probablemente por ello, mantuvieron en el texto las referencias a la finalidad de aumentar la capacidad del deportista o alterar el resultado de la competición, procedentes de la primera versión de la reforma, en la que primaba la protección de la ética deportiva, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 223-224.

destinadas a aumentar las capacidades de deportistas por recreo¹⁵⁸ y, además, no se castiga al competidor que consume la sustancia dopante¹⁵⁹; pero, por otra parte, si se quiere tutelar la salud de los deportistas, condenando las conductas de dopaje que sean nocivas o dañinas, la mención a que las sustancias o los métodos estén destinados a alterar los resultados deportivos complica el tipo penal y puede llevar a confusión en cuanto al bien jurídico protegido¹⁶⁰. Desde luego, lo más conveniente habría sido, en lugar de introducir precipitadamente una suerte de “parche” en el tenor literal proyectado, haber replanteado completamente la descripción del injusto para evitar las incoherencias y disfunciones a que ha conducido su redacción final, como se irá explicando a lo largo del estudio del tipo penal.

En todo caso, estimo que tal percepción no debe desviar la atención del intérprete que, necesariamente, ha de partir de la máxima conforme a la cual el Derecho penal no ha de actuar si no es para otorgar protección a bienes jurídicos propiamente penales y frente a ataques que sean lo suficientemente graves. En este sentido, estoy de acuerdo con quienes consideran que la ética en el deporte es un interés deportivo que no constituye una condición lo suficientemente relevante para la vida social como para justificar su protección penal. Aunque su importancia en el ámbito del deporte es indudable, creo que la tarea de preservarla no corresponde al Derecho penal, sino que ha

Universitat d'Alacant

¹⁵⁸ JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 170; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 40.

¹⁵⁹ Como por el contrario sucede en Italia, Alemania o Bélgica, cuyas legislaciones penales sancionan al deportista que se dopa, otorgando una clara relevancia a la pureza de las competiciones deportivas como bien jurídico protegido. Excluyen expresamente la ética deportiva como valor tutelado por el precepto sobre la base de que no se castiga al deportista que consume la sustancia o hace uso del método dopante, BOIX REIG, J., “Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad”, cit., pág. 24; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 175; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 40. A ello hay que sumar otras serie de argumentos en contra de la pureza de la competición como objeto de tutela que proporciona ROCA AGAPITO a partir de la observación de lo que ocurre en el Derecho comparado: ni se castiga el dopaje en animales (que sí se sanciona en Argentina o en Francia), ni las conductas que tengan como objeto material sustancias enmascarantes, ni la negativa a someterse a los controles antidopaje, ni la incitación al mismo (como ocurre en Francia), en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 40.

¹⁶⁰ La introducción en el tipo penal de la finalidad de modificar los resultados de las competiciones ya fue criticada por el CGPJ en su Informe al Proyecto de Ley Orgánica (pág. 49), por considerar que ello desvirtúa la protección penal, porque no se sabe si el tipo penal exige una creación real de riesgo para la salud. Precisamente, para ÁLVAREZ VIZCAYA la referencia típica a la modificación del resultado de las competiciones permite vislumbrar en la tipicidad penal una “doble corriente subterránea”: por una parte, el interés en proteger la salud; y, por otra parte, la idea constante de las competiciones deportivas como marco en el que las conductas de dopaje se desarrollan, en “La protección penal”, cit., pág. 574.

de quedar reservada al Derecho administrativo sancionador. Otra interpretación sería irrespetuosa con los principios de intervención mínima y de subsidiariedad¹⁶¹.

2. EL INTERÉS INDIVIDUAL VIDA O SALUD COMO BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Una vez descartado que sea la ética deportiva el bien jurídico penal que legitima la infracción de dopaje, procede abordar las tesis dominantes que aparecen divididas en torno, de un lado, a la salud pública y, de otro, a la salud individual.

Como ya anticipé, a mi juicio, el objeto de protección al que se dirige el delito de dopaje es el interés individual vida o salud. Afirmar que este sea el fin de la norma contenida en el artículo 362 quinquies del Código penal requiere seguir el esquema de análisis propuesto más arriba y tomar en consideración los antecedentes del precepto y la descripción típica definitivamente adoptada. Así pues, contando con los argumentos que en este sentido aporta la doctrina y de los que participo, me detendré algo más en ellos y trataré de desarrollarlos y complementarlos, lo que significará entrar a considerar algunas cuestiones sobre los elementos típicos que luego afrontaré más en detalle. Asimismo, será preciso incidir brevemente en la estructura del delito, pues resulta importante para delimitar los contornos del bien jurídico protegido. Inevitablemente, es preciso traer a colación en este momento algunas consideraciones acerca del injusto para captar los perfiles más precisos del valor que se tutela, lo que implica un proceso interpretativo que no deja de estar afectado por una cierta circularidad¹⁶². En este punto, estimo conveniente señalar que algunos de los razonamientos que expondré servirán a su vez de base para sostener cuál es, desde mi punto de vista, la naturaleza del delito, que entiendo que es distinta a la del resto de infracciones que se contienen en el capítulo

¹⁶¹ Esta opinión ya la expuso DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO en 1994, manteniéndola en textos posteriores, concretamente en “Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal”, cit., págs. 126-127; *id.*, “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del artículo 361 bis del Código penal”, cit., pág. 506 (donde subraya que “el amor o, al menos la amistad, se consideran valores muy positivos y, sin embargo, con razón, no merecen ni reciben protección penal”). En igual sentido, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 39-40 quien, además, señala que de admitirse un bien jurídico así se incurriría en una peligrosa confusión entre Derecho y Moral. Asimismo, véanse ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 133; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 91; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimotercera edición”, cit., pág. 17; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 356; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., págs. 885-886.

¹⁶² Esta “circularidad” ha sido advertida por COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, que entienden que “afirmar que el bien jurídico ha de ser criterio determinante de la interpretación conduce a una suerte de circularidad en el proceso interpretativo: hay que analizar la norma concreta para determinar cuál sea el bien jurídico, y una vez determinado este, iniciar el proceso exegético. De algún modo, al captar el bien jurídico, se interpreta antes de interpretar: pero esta circularidad es inherente a la tarea hermenéutica”, en *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 320.

de los delitos contra la salud pública. Por lo tanto, aun a riesgo de ser reiterativa, volveré a contemplarlos más adelante, pues creo que son decisivos para un correcto estudio del tipo penal y que están estrechamente relacionados con ambos aspectos, de modo que no serán obviados cuando entre a considerar la estructura típica del delito.

A efectos de claridad, he agrupado en dos los argumentos que permiten desechar que con el artículo 362 quinquies del Código penal se persigue custodiar la salud pública y sustentar que, en definitiva, lo que se protege es la salud de la persona, en este caso el deportista.

2.1. Argumentos relativos a los antecedentes del delito de dopaje y a su ubicación sistemática

Anteriormente he expuesto que aunque el Plan de lucha contra el dopaje basaba la necesidad de la reforma penal en la protección de la salud pública, refiriéndose a un “universo que no es fácil cuantificar pero que engloba a millones de ciudadanos”, los intereses en evitar el fraude en la competición no dejaron de estar presentes y trascendieron a la redacción inicial del artículo 361 bis del Código penal. Durante la tramitación parlamentaria en el Congreso de los Diputados se reforzó la pretensión manifestada de velar por la salud de todos a través de la ampliación del círculo de los sujetos pasivos, pero lo cierto es que se mantuvieron en el tipo otras referencias a la competición deportiva que contribuyeron a difuminar los perfiles del que se suponía era el bien jurídico protegido a través del precepto.

Así las cosas, la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, con el texto definitivo del precepto hoy vigente, puso en evidencia, a mi juicio, un claro desfase entre las intenciones del legislador expresadas en la Exposición de motivos y la configuración final de la norma penal, pues la esgrimida protección de la salud pública como fundamento de la intervención penal queda convertida en un mero propósito formal a la vista de la descripción del injusto. En efecto, tal y como está redactado el tipo, lo que se castigan son conductas limitadas al ámbito deportivo, dirigidas al dopaje de un deportista identificado o identificable, mediante productos que en muchos casos se ofrecen con garantías sanitarias (medicamentos), y cuya dañosidad puede derivar no solo de su contenido, sino de factores acumulativos y de otras circunstancias¹⁶³. En

¹⁶³ JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 171; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del

suma, se puede constatar que se ha producido una desviación respecto del objetivo principal manifestado, que hace dudar de que sea la salud de la generalidad lo que se pretende salvaguardar.

El argumento sistemático relativo a la ubicación del ilícito de dopaje en el Capítulo III tampoco reviste, en mi opinión, entidad suficiente para aseverar que se trate de proteger un bien jurídico de naturaleza supraindividual. Si bien con frecuencia la propia rúbrica o la configuración de los títulos, capítulos o secciones en los que se inserta un precepto puede servir de indicio para averiguar el fin legislativamente protegido¹⁶⁴, esto no quiere decir que sea una regla concluyente e inamovible. Prueba de ello es que las últimas modificaciones del Código penal han venido a soslayar el criterio de ordenar los delitos en función del bien protegido, al crear en ocasiones nuevos tipos penales que atienden a un bien jurídico difícil de encajar bajo la rúbrica que les ha sido asignada¹⁶⁵.

2.2. Argumentos relativos a los elementos del delito de dopaje

Si se presta atención a la descripción del tipo, se corrobora con más claridad que el fin plasmado en la redacción final de la norma no es otro que proporcionar protección a la salud individual de los deportistas frente a comportamientos que pueden suponer una probabilidad real de perjudicarla. Seguidamente analizaré aquellos elementos que a partir de la literalidad del precepto me llevan a esta conclusión.

2.2.1. El sujeto pasivo

De acuerdo con el tenor literal, los sujetos pasivos de la acción se circunscriben a tres clases de deportistas: “deportistas federados no competitivos”, “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo”, o “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”. Esta relación de destinatarios de las

reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 40; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 23.

¹⁶⁴ LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 6/20.

¹⁶⁵ Como ocurre, por ejemplo, con el delito de tráfico de órganos (art. 156 bis Cp), introducido por la Ley Orgánica 5/2010 en el Título III, “De las lesiones”, respecto del que es discutida su ubicación, pues parece que el interés jurídico que se trata de proteger no es la salud individual. Al respecto, véanse GÓMEZ RIVERO, M. C., “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, en *Revista Penal*, nº 31/2013, págs. 113-139; MOYA GUILLEM, C., “Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 18/2014, págs. 45-66.

sustancias o métodos dopantes entiendo que difícilmente podría identificar un bien jurídico en clave colectiva.

Concretamente, en primer lugar, porque esta conformación del círculo de afectados, aunque pudiera inferirse que engloba a todas las personas que realizan cualquier tipo de actividad física (lo que va a depender del concepto que se defiende de deportista recreacional, que será objeto de análisis en otro apartado), no deja de ser restrictiva intrínsecamente porque, pese a las pretensiones de exhaustividad, quedan fuera del tipo, por ejemplo, los deportistas federados competitivos que no vayan a competir en España (un atleta profesional al que se proporcionaran anabolizantes de cara a prepararse para el campeonato del mundo) o que vayan a participar en competiciones organizadas en España por personas o entidades no deportivas (un partido de fútbol benéfico organizado por una ONG)¹⁶⁶.

Junto a esta primera restricción interna del sujeto pasivo, inadecuada para un bien jurídico como la salud pública, cabría la posibilidad de apreciar una segunda, vinculada al objeto material sobre el que han de recaer los comportamientos típicos. Este se compone de sustancias o métodos prohibidos incluidos en la lista que publica anualmente el CSD, que circunscribe su ámbito de aplicación a los procedimientos de control de dopaje en el deporte que se realicen en las competiciones oficiales de ámbito estatal o, fuera de ellas, a los deportistas con licencia para participar en dichas competiciones, lo que suscita dudas respecto al alcance de la prohibición penal. Además, dentro de dicha lista se contemplan sustancias que solo están vetadas en relación con determinadas actividades deportivas, como sucede con los betabloqueantes, prohibidos en el automovilismo o el esquí, pero no en el kárate o en el lanzamiento de jabalina. Desde luego, si se pretenden evitar situaciones de riesgo que amenacen a la colectividad no parece que tenga mucho sentido referir las conductas a una relación de sustancias o métodos prohibidos que es dudoso que se extienda a los deportistas por recreo y que, además, establece diferencias entre los deportistas según la clase de deporte que practiquen¹⁶⁷. Por añadidura, se puede poner de relieve una tercera limitación dentro del colectivo que abarca la infracción penal derivada, en este caso, de la tipificación de las conductas. Como se ha señalado más arriba, los verbos típicos

¹⁶⁶ Lo ponen de relieve, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 4 y 9; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1235.

¹⁶⁷ Señalan esta disfunción, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 116; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 24.

implican una relación directa, o al menos próxima, con el deportista cuya salud se expone a riesgo; esto es, las conductas descritas ponen de manifiesto un cierto grado de inmediatez con respecto al bien jurídico protegido, de modo que se aprecia que no alcanzan a todos los deportistas, sino solo a aquellos con los que el sujeto activo entable una relación directa. A ello me referiré más ampliamente enseguida.

En segundo lugar, un argumento más abunda en la idea de que el precepto configura un interés individual. Y es que, al concretar a los destinatarios de la acción, quedan excluidas las conductas de dopaje en otros ámbitos sociales –no infrecuentes, por cierto–, al no quedar abarcadas las personas que no pertenecen al mundo deportivo, lo que tampoco encaja con el concepto generalmente aceptado de salud pública como objeto de tutela pues, desde esta perspectiva, si se pretende proteger la salud frente a prácticas relacionadas con el dopaje, los sujetos pasivos deberían ser indiscriminados (sin considerar la actividad a la que se dedicasen)¹⁶⁸.

2.2.2. Las conductas típicas

Las conductas incriminadas contribuyen a ratificar la tesis que se defiende. Aunque muchos de los verbos que se recogen aparecen también en los demás delitos del capítulo, lo cierto es que, de un lado, puede decirse que todos ellos requieren implícitamente una cierta inmediatez o proximidad al deportista –no necesariamente física¹⁶⁹–, titular de su propia salud individual, pero no de la de otros. Podría pensarse que el deportista en peligro es un *representante* de la salud de todos, pero difícilmente, a la vista de los comportamientos típicos, cabría afirmar que cuando se pone en peligro a

¹⁶⁸ En este sentido, JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 178; ROXIN, C., “Derecho penal y doping”, cit., pág. 14; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 369. Estos autores proclaman que no existen razones que justifiquen que se proteja, contra su voluntad, la salud de los deportistas, y no la de los demás. No me convence el argumento de ESER, secundado por ROCA AGAPITO (“Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (“Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte”, cit., pág. 42), según el cual el peligro para la salud del deportista que comporta el dopaje es también un peligro para la salud pública en general, “si el ejemplo de los deportistas de élite se convierte en algo a seguir”, en “Deporte y Justicia penal”, cit., pág. 63. En relación con la función de ejemplo de los deportistas de élite para la juventud como una emanación de idea de protección de la salud pública, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO entiende que supone mezclar esta con la de la ética deportiva, por lo que no le parece adecuada esta fundamentación del castigo del dopaje. Además, insiste en que “precisamente muchos deportes de élite (ligados a intereses económicos bastante crudos, con una competitividad exacerbada, a menudo con una agresividad cuando menos verbal, distante de ser ejemplar, etc.) no deben constituir ejemplo para la juventud en sí mismos, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del artículo 361 bis del Código penal”, cit., pág. 504.

¹⁶⁹ JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 167-168; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., págs. 39-40.

un solo sujeto se está poniendo en riesgo la salud de todos y, por ende, no cabe presumir tal riesgo para la colectividad sin merma de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad¹⁷⁰.

Esta característica de los comportamientos típicos se revela en todos ellos. Así, se constata esta cercanía al bien jurídico individual (en mayor o menor medida) en acciones como “proporcionar”, “dispensar”, “suministrar” o “facilitar”, que podrían clasificarse como conductas “de entrega”¹⁷¹; en la consistente en “administrar”, que desde luego engloba actuaciones positivas del autor que conllevan dar la sustancia prohibida o aplicar directamente el método antirreglamentario a un sujeto; en el verbo “prescribir” (recetar), que implica a un deportista individualizado, destinatario del elemento dopante; y en la conducta consistente en “ofrecer”, que también ha de dirigirse a poner la sustancia dopante a disposición de aquellos deportistas a los que se realice el ofrecimiento. Hay que matizar que esta inmediatez o proximidad que en general ponen de manifiesto los comportamientos incriminados no implica necesariamente un contacto presencial con el sujeto pasivo, aunque así será en la mayoría de las ocasiones (por ejemplo, siempre que se entregue materialmente la sustancia al deportista). Entiendo que asimismo puede apreciarse en los casos en que no llegue a producirse un contacto físico con aquel, en tanto que el producto tenga como destinatario a un deportista concreto, como ocurre, por ejemplo, cuando se prescriben anabolizantes a un fisiculturista y la entrega de la receta la realiza un tercero, o se hace un envío postal. Creo que en todos estos supuestos puede afirmarse que la conducta está en línea con la posible afectación de la salud individual, lo que se ratifica por el hecho de que estamos ante un tipo doloso que requiere que el sujeto activo sepa que la sustancia dopante es para el deportista. Cuestión distinta es si la realización de todas ellas comporta un mismo grado de peligro para la salud, lo que será analizado posteriormente.

De otro lado, no se castigan algunas actuaciones que podrían parecer más idóneas para afectar a una generalidad de sujetos y que, sin embargo, sí aparecen en algunos de los delitos contra la salud pública¹⁷². Me refiero a la elaboración (arts. 359, 362.1, 363.4

¹⁷⁰ En relación con ello, señala DOVAL PAIS que “no se ve cómo las conductas tipificadas pueden generar un riesgo para la salud pública si no es por el hecho de que se presume que supondrán –o habrán supuesto– necesariamente la realización de otras semejantes”. Considera que “si esta fuera la razón, sería una razón ilegítima porque significaría una presunción imposible de conciliar con los principios de culpabilidad y proporcionalidad, que comportaría, además, un enorme adelantamiento de la barrera de intervención punitiva”, en “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 46.

¹⁷¹ ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 112.

¹⁷² Estas ausencias han sido advertidas en la doctrina, con opiniones diversas respecto a si hubiera sido conveniente incluirlas en el tipo penal, que expondré más adelante. Al respecto, véanse ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La

y 368 Cp); la fabricación (arts. 361 y 363.2 Cp); la producción (art. 362.1 Cp); la alteración (art. 362.2 Cp); la adulteración (arts. 364 y 365 Cp); la publicidad o anuncio, la exhibición o incluso el envasado (art. 362 bis Cp); el tráfico (arts. 362 bis, 363 y 368 Cp) y la mera tenencia o posesión para fines de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal por terceros (que se sanciona en el art. 368 Cp, relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas). Estas carencias creo que son significativas y, a mi juicio, apuntan también a la salud individual – y no a la de la colectividad– como objeto de protección.

2.2.3. El peligro típico

La naturaleza del delito, sobre la que realizaré un estudio detenido en las páginas siguientes, viene a confirmar, en mi opinión, que en definitiva el artículo 362 quinquies del Código penal sirve a la protección del interés individual vida o salud, pese a la voluntad declarada por el legislador de tutelar la salud pública. Aunque se comparta que es la previa concreción del valor protegido la que decide el grado de afección, en términos de lesión o peligro, y no a la inversa¹⁷³, ha de admitirse que la estructura interna del ilícito debe reflejar la configuración del bien jurídico y puede a su vez jugar un papel importante en su delimitación, de modo que ambos están estrechamente conectados¹⁷⁴. En efecto, si el bien jurídico ha de proyectarse sobre los elementos del tipo, parece que necesariamente habrá que entrar ahora a valorar los elementos que caracterizan la afectación del valor que se salvaguarda y comprobar así esa proyección a la que me he referido. Esta es la circularidad en el proceso interpretativo a la que aludía más arriba.

Desde este punto de partida, en primer lugar, la descripción típica comporta una estructura de peligro que se vincula a la “vida o la salud” de los deportistas. No creo que

protección penal”, cit., págs. 570-571; ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 112; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 168; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 40; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 51-52.

¹⁷³ GARCÍA ALBERO, R., “La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica”, cit., pág. 110.

¹⁷⁴ Así, en los delitos contra la salud pública, si se acepta que el valor tutelado es individual, es precisamente la estructura típica la que proporciona la nota colectiva, al recoger ataques que se caracterizan por poner en peligro a una pluralidad indeterminada de personas, como sostiene DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 248. De otra opinión, GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit., pág. 437.

estos intereses sean compartidos por una generalidad, básicamente porque no puede predicarse el carácter “público” de los mismos, y no parece suficiente el argumento de la ubicación sistemática de los delitos contra la salud pública. Aquí, a diferencia de los delitos farmacológicos o de los alimentarios, no se contempla “la vida o la salud de las personas” (arts. 361, 362, 362 bis, 364 Cp), o la “salud de los consumidores” (art. 363 Cp), sino que se acota el círculo de sujetos pasivos a los deportistas, y no a todos sino a aquellos con los que el sujeto activo entable una relación directa, conforme se ha explicado. Por tanto, puede afirmarse que no estamos ante una generalidad de individuos, como ocurre con los destinatarios de las acciones que recogen aquellos delitos, sino ante sujetos individualizados o individualizables, lo que casa mal con el carácter público que se atribuye al valor salud en aquellas figuras.

En segundo lugar, si se tratase de un bien colectivo, la tipicidad debería recoger un injusto de peligro general sobre una generalidad de individuos¹⁷⁵, de extensión indeterminada. Sin embargo, el artículo 362 quinquies tutela la salud de un deportista, no la de la colectividad. En este sentido, de una parte, la referencia a la “reiteración de la ingesta” apunta al interés individual en tanto que el peligro se hace depender de un factor acumulativo que necesariamente ha de afectar a la salud del deportista al que se aproxima el elemento dopante y que, en su caso, ha de ser abarcado por el dolo del sujeto activo, lo que requiere atender a la conducta típica realizada¹⁷⁶. Si bien de acuerdo con el tenor literal es suficiente con que, en abstracto, el autor sea consciente de que un consumo repetido de la concreta sustancia que facilita puede causar un daño, la exigencia legal de que se produzca un peligro para la salud del deportista requerirá comprobar que en el caso concreto se generó efectivamente tal riesgo para la vida o la salud de ese destinatario. En mi opinión, esto no significa que haya que esperar a que el deportista ingiera repetidamente el producto de que se trate, pero sí que haya de acreditarse que el comportamiento llevado a cabo por el sujeto activo se orientó conscientemente a conseguir un consumo repetido y peligroso del preparado prohibido por el deportista específico al que dirigió su acción¹⁷⁷. De este modo, por ejemplo, será

¹⁷⁵ Existe acuerdo general, con alguna excepción ya mencionada, en que las figuras que se regulan en el Título XVII, “Delitos contra la seguridad colectiva”, se refieren a situaciones de peligro para la colectividad, de peligro general. Este consenso abarca, por tanto, los injustos tipificados en el Capítulo III, “De los delitos contra la salud pública”. Pueden consultarse referencias bibliográficas *infra* nota 244, pág. 128, y notas 248 y 249, pág. 129.

¹⁷⁶ ANARTE BORRALLO Y MORENO MORENO plantean la duda de si este criterio se habría de determinar *ex ante* o *ex post*. Finalmente, se decantan por esta última posibilidad, aduciendo que no parece probable que haya de concretarse *ex ante* ya que tal circunstancia (la reiteración de la ingesta) suele ser tomada ya en consideración para fundamentar la inclusión de la sustancia o del método en la lista del CSD, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 117.

¹⁷⁷ Véanse *infra* págs. 117 y 118.

relevante atender a si le “asesoró” para que lo ingiriese en ciclos, combinándolo con medicamentos. Adicionalmente, hay que tener en cuenta la alusión a otro parámetro para evaluar el peligro, “las otras circunstancias concurrentes”, que admite claramente las relativas al deportista concreto al que se proporcione la sustancia o se aplique el método, como por ejemplo podrían ser sus antecedentes médicos o el nivel de entrenamiento al que se encuentre sometido en el momento de los hechos¹⁷⁸. De este modo, si el precepto establece como criterio adicional para determinar el peligro que se atiende a eventuales circunstancias particulares del sujeto pasivo, cabe inferir también la naturaleza individual de la salud que se preserva castigando a quienes la comprometen con su conducta. No obstante, cabe matizar que esta referencia no es concluyente por sí sola, pues las “otras circunstancias” que pueden concurrir podrían no estar referidas al deportista y ser aptas para determinar la producción de un peligro para la salud de la generalidad.

De otra parte, del conjunto de exigencias típicas cabe deducir que para la tipicidad de la conducta basta con que se exponga a riesgo a un individuo¹⁷⁹. En consecuencia, el tipo de dopaje no demanda necesariamente como presupuesto para su consumación que el peligro aceche a una pluralidad de sujetos indeterminados, que sin embargo son los destinatarios de los comportamientos que recogen las demás infracciones que se ubican en el capítulo referido a los delitos contra la salud pública. Por el contrario, es necesario y suficiente que exista un individuo sobre el que se cierna el peligro, lo que no encaja con el carácter público que la doctrina dominante asocia al valor salud en aquellas figuras y con la idea de que el peligro característico de las mismas es general o común. Ello requeriría constatar una extensión del peligro susceptible de alcanzar a cualquiera, lo que claramente no va a suceder en aquellos supuestos en que la sustancia se proporcione a un deportista dentro de un plan de dopaje perfectamente estructurado y adaptado a las circunstancias y condiciones propias del destinatario específico. En definitiva, para poder sostener que lo que se protege es la salud pública, sería preciso llegar a la conclusión de que siempre que el sujeto activo dispensa, prescribe, ofrece,

¹⁷⁸ Así se interpreta esta cláusula en general por los autores. Entre otros, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 891; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 29.

¹⁷⁹ ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 127; BOIX REIG, J., “Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad”, cit., pág. 24; DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 44-45.

facilita etc., sustancias o métodos dopantes prohibidos, pone en peligro a más de un deportista, lo que no puede afirmarse en todos los casos¹⁸⁰.

Se configura así la estructura típica del delito como un factor decisivo a la hora de perfilar el bien jurídico protegido que, además, viene a marcar la diferencia esencial entre la infracción de dopaje y los ilícitos contra la salud pública. Como veremos, el enfoque que sostengo acerca de la naturaleza que presenta el delito de dopaje no se corresponde con la que es propia de las figuras contra la salud pública, y ello tanto si se defiende que el objeto de protección en estas es de carácter colectivo, como si se sustenta que con ellas se persigue proteger la salud individual de una pluralidad indeterminada de personas frente a un peligro plural o general.

2.2.4. La justificación terapéutica

Otro de los elementos del tipo con incidencia en la configuración del bien jurídico protegido es la “justificación terapéutica”. Aunque en otro momento entraré a considerar su naturaleza (si se trata de una causa de justificación o de atipicidad), su relevancia reside en que, caso de que existan razones médicas que amparen el uso o consumo de sustancias o métodos con propiedades dopantes, quedará excluida la responsabilidad penal. De nuevo hay que tener en cuenta que las razones terapéuticas que pueden evitar la sanción penal conciernen a la salud de un deportista concreto y no deben interpretarse en abstracto. Para aplicar el artículo 362 quinquies el dolo ha de extenderse a todos los elementos de la figura y, por tanto, habrá de quedar acreditado que el autor conocía que las condiciones psicofísicas del deportista no requerían tratamiento alguno, lo que convierte a este elemento normativo en un nuevo indicador de que el objeto de protección es la vida o la salud como interés individual.

2.2.5. Las modalidades agravadas

Especialmente significativas en orden a entender el bien jurídico salud desde una óptica individual son las modalidades agravadas del apartado segundo del artículo 362 quinquies del Código penal, pues parecen estar pensadas para supuestos en los que la acción desata un peligro referido a sujetos determinados y titulares de su propia salud.

¹⁸⁰ Como señala DOVAL PAIS, de conformidad con la interpretación ofrecida por el Tribunal Supremo en materia de tráfico de drogas, en “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 47.

Así, la utilización del término “víctima”, propio de delitos contra bienes individuales¹⁸¹; la “intimidación”, que en este ámbito específico no parece que tenga como destinatario a un colectivo o a una generalidad; y, el prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional, que implica que el autor ha de ocupar una situación de superioridad real y específica sobre el deportista al que se le administra o entrega la sustancia dopante. Una vez más, esta circunstancia de agravación es característica de delitos en los que se lesiona o pone en peligro un bien jurídico individual¹⁸². Por lo que respecta al empleo de “engaño”, también apunta al interés individual, en tanto en cuanto esta modalidad alcanza a los casos en que el sujeto activo realiza la conducta sirviéndose de algún medio comisivo idóneo para asegurar la ignorancia del concreto consumidor o usuario de la sustancia o el método peligroso y llevarlo a error¹⁸³. No obstante, cabe pensar en acciones masivas de distribución de sustancias de cuya cualidad dopante no se informe a los potenciales adquirentes, lo que debilita parcialmente la fuerza de este argumento¹⁸⁴.

2.2.6. La irrelevancia del consentimiento

Por último, he de poner de manifiesto que el argumento relativo a la irrelevancia del consentimiento del deportista que hemos visto que esgrimen algunos de los autores que enfocan el valor protegido desde la perspectiva colectiva presenta alguna debilidad. Efectivamente, en relación con las conductas de dopaje peligrosas para la vida o la

¹⁸¹ Esta referencia no se encuentra entre los delitos contra bienes jurídicos colectivos. De hecho aparece, concretamente, en figuras que tutelan bienes de naturaleza individual: artículos 140 (asesinato), 143.4 (eutanasia), 148, 149 y 153 (lesiones), 165 y 166 (detenciones ilegales), 171 (amenazas), 172 y 172 bis (coacciones), 173, 177 y 177 bis (delitos contra la integridad moral), 180, 181, 182, 183, 184, 187, 188 y 189 (delitos contra la libertad e indemnidad sexuales), 195 (omisión del deber de socorro), 197 (intimidación), 235 (hurto), 237 y 242 (robo), 250 (estafa) y 263 (daños), todos ellos del Código penal. La única excepción la constituye el artículo 607 bis (delito de lesa humanidad), aunque hay que tener presente que, en realidad, en crímenes de lesa humanidad se considera que se protege un bien jurídico colectivo, pero también los intereses individuales (vida, salud, integridad...) de las víctimas. En este sentido, AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, Munich, 2ª ed., 2008, pág. 224; FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia, 2011, pág. 267; WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2ª ed., 2011, párrafo 797. Además, conviene indicar que en este caso particular la alusión a la “víctima” se justifica asimismo en el elemento discriminatorio que está en la base del precepto.

¹⁸² Al respecto, véanse los artículos 173.1, 180.1.4º, 181.3, 183, 184 y 250.1.6ª, todos ellos del Código penal.

¹⁸³ Señala que en estos supuestos el empleo de ardido u otras conductas fraudulentas van encaminadas a generar un error en el deportista, que determina el empleo de sustancias prohibidas o métodos no reglamentarios, que implican la puesta en peligro de su vida o su salud, MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 893.

¹⁸⁴ Las referencias al engaño como medio comisivo que contiene el Código penal aparecen en su inmensa mayoría conectadas a un bien jurídico individual. Es el caso, entre otros, de los artículos 144 (aborto), 172 bis (matrimonio forzado), 182 (abusos sexuales fraudulentos), 183 ter (denominado *child grooming*), 187 (determinación a la prostitución), 248 (estafa), 313 (determinar o favorecer la emigración a otros país de alguna persona). No obstante, en algunos preceptos se advierte que el engaño puede ir referido a un bien jurídico colectivo, como sucede en el artículo 284 (alteración de precios) o 362 (relativo a la producción o elaboración de medicamentos falsificados).

salud, la intervención penal se produce al margen de cuál sea la voluntad del sujeto pasivo de la acción frente a la sustancia de que se trate: esto es, el Derecho penal actúa aun cuando el destinatario quiera o consienta adquirirla con conocimiento de que es peligroso para su salud. Esta afirmación resulta de la interpretación de la dicción literal del precepto: si en el tipo agravado se requiere que concorra engaño, parece que para aplicar el tipo básico no será preciso tal elemento. Y también se deduce del resto de figuras agravadas, dado que se tipifican supuestos en los que el sujeto carece de capacidad para consentir válidamente (menores) o en los que presta un consentimiento viciado, por la necesaria concurrencia de intimidación o por el prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional¹⁸⁵.

Así pues, en ese delito se contemplan situaciones en las que los deportistas son concedores en la mayoría de las ocasiones de que consumen un producto prohibido y aceptan poner en riesgo su salud o incluso su vida. Esto también sucede en uno de los delitos contra la salud pública incluidos en el mismo capítulo con el que presenta importantes similitudes, concretamente el delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas¹⁸⁶.

En ambos casos, esta decisión del legislador refleja un reconocimiento bastante limitado de la autonomía de la voluntad del sujeto pasivo, pues se restringe al ámbito de la salud individual y tan solo respecto a las acciones que realice el propio titular; es decir, no se castiga ni al consumidor de drogas ni al deportista que se dopa¹⁸⁷, de conformidad con la regulación prevista para las lesiones, el suicidio y la eutanasia (son

¹⁸⁵ De la exigencia legal que requiere engaño o intimidación para apreciar el tipo agravado, infiere que el tipo básico de dopaje no necesita ninguno de estos elementos, DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 39. Argumenta también que de las agravantes específicas se deduce que la conducta del tipo básico ha de llevarse a cabo con el consentimiento del sujeto pasivo, JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 172-173; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 39. También concluye la existencia de consentimiento en el tipo básico a partir de la agravante de engaño o intimidación, DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1237. Indica que la referencia al engaño permite deducir que en la conducta del tipo básico existe un consentimiento expreso o implícito del deportista, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 16.

¹⁸⁶ En relación con ello, subraya DÍEZ RIPOLLÉS que “la protección penal de la salud pública está basada, con la significativa excepción del tráfico de drogas, sobre la idea de no causar menoscabos o impedir mejoras en la salud de una pluralidad de personas que no quiere sufrirlas o dejar de obtenerlas”, en *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989, pág. 127. La excepción a la que alude no es otra que la de que cuando se trata de drogas el criterio es otro porque se interviene aun cuando el sujeto quiera consumir voluntariamente la sustancia pese a estar prohibida. A ello se refiere expresamente DOVAL que, además, se detiene a analizar en detalle la descripción típica recogida en el anterior artículo 361 bis para demostrar que en el universo de casos que tienen cabida en la figura de dopaje el tipo básico abarcará las hipótesis más frecuentes, concretamente aquellas en las que al deportista no le quepan dudas acerca de la cualidad irregular de la sustancia o el método que se le ofrece, en “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., págs. 38-42.

¹⁸⁷ En lo que concierne al delito de dopaje, JUANATEY DORADO considera que la razón en que se fundamenta la impunidad del deportista que voluntariamente consume o utiliza las sustancias dopantes no parece ser la decisión de respetar su autonomía. A su juicio, son razones prudenciales y de no necesidad de pena las que parecen guiar la determinación de no intervenir penalmente, en “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., págs. 39 y 43.

impunes las autolesiones, las tentativas de suicidio y la solicitud de prácticas eutanásicas). Más allá, no se atribuye eficacia alguna al consentimiento de estos sujetos, pues se sanciona a todo aquel que participe en la decisión de quien asume un eventual perjuicio para su salud o su vida¹⁸⁸.

Pues bien, por un lado, si se considera que la salud pública como bien de naturaleza colectiva no es susceptible de disposición por un solo individuo, sobre la base de que su titularidad es compartida por una pluralidad de personas¹⁸⁹; y, por otro lado, se parte de que este es el bien que se preserva tanto en la figura de dopaje como en la relativa a drogas tóxicas, cabría concluir que la consecuencia obligada es la de no otorgar eficacia al consentimiento que presta el deportista o el consumidor de drogas. No obstante, como apuntaba, creo que este argumento no es concluyente para deducir que se salvaguarda la salud como valor supraindividual. Y es que, de acuerdo con la normativa vigente el consentimiento no excluye en general la responsabilidad penal en los delitos contra la vida o la salud individual, ya que se castiga a quienes causan lesiones contando con el consentimiento del sujeto pasivo¹⁹⁰ y también a quienes intervienen con determinadas conductas en la producción de una muerte querida y consentida. Por tanto, en la medida en que en esta clase de ilícitos el legislador no reconoce la disponibilidad del bien vida o salud, no puede afirmarse taxativamente que la indisponibilidad sea exclusiva de bienes colectivos.

A propósito del carácter individual del bien jurídico protegido en el ilícito de dopaje, he de traer de nuevo a colación mi posición respecto al interés tutelado en los restantes delitos del capítulo, para iniciar una serie de reflexiones adicionales sobre el tema. Como he indicado, en mi opinión el objeto de protección en todos ellos es la salud individual. De acuerdo con esto, en principio podría ser discutible la ineficacia del consentimiento del titular respecto de las conductas de terceros que actúan con su asentimiento¹⁹¹, y ello tanto en relación con la figura básica de dopaje como a la de

¹⁸⁸ Sobre esto, véanse también CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 132; DE LA CUESTA AGUADO, M. P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1237; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., págs. 52-53; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., págs. 503-504; NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., págs. 795-796; ROXIN, C., “Derecho penal y doping”, cit., págs. 13-14.

¹⁸⁹ MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2015, L. 19/14; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 22/60.

¹⁹⁰ Con las excepciones previstas en el artículo 156 del Código penal.

¹⁹¹ Así, señala críticamente JUANATEY DORADO que en el tipo básico de dopaje se protege la vida y la salud del deportista en contra de su voluntad, “lo que supone una intromisión en la esfera de la autonomía semejante –aunque con matices– a la prevista en materia de tráfico de drogas, en la regulación de la eficacia del consentimiento en las lesiones, y en la cooperación al suicidio y la eutanasia”, en “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la

drogas, puesto que desde la perspectiva que mantengo comparten un mismo bien jurídico y en ambas se recogen supuestos en los que el sujeto pasivo decide o acepta voluntariamente poner su vida o su salud en peligro. Desde luego, conforme he señalado, este tratamiento a la voluntad del individuo es, por una parte, acorde con el hecho de que sean punibles las lesiones consentidas, el homicidio consentido y algunas conductas de participación en el suicidio ajeno; pero, por otra parte, supone una ruptura con el criterio de establecer una penalidad menos gravosa precisamente en atención a que concurre la aceptación del titular del bien individual vida o salud. Así, desde la óptica individual del bien jurídico, las penas previstas para el tráfico de drogas se caracterizan por su dureza sin paliativos y, también, se pierde de vista esta directriz en el delito de dopaje, pues ni se contempla una sanción para estos supuestos de peligro admitido que guarde proporción con la establecida para aquellos en que se produce la efectiva lesión de la salud consentida por la víctima (de hecho, la pena de prisión por dopaje puede ser mayor que la de las lesiones consentidas: seis meses a dos años frente a la de un mes y quince días a tres meses menos un día)¹⁹², ni se recoge un tipo atenuado en atención a la concurrencia del consentimiento del deportista (como ocurre en las lesiones, en el art. 155 Cp).

Ahora bien, aunque desde este enfoque puede parecer a primera vista que el ámbito de la discusión es el mismo en el caso de dopaje que en el de drogas y que, por tanto, requiere otorgar un trato igualitario a la autonomía de la voluntad, entiendo que ello no es así, precisamente porque la naturaleza de cada delito es diferente, de acuerdo con lo explicado sucintamente más arriba. A mi juicio, esta coincidencia en el tratamiento que se dispensa a la autonomía de la voluntad parte de presupuestos distintos que deberían

autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 176 y ss. Es más, con posterioridad ha matizado en el sentido de señalar que la intromisión en la esfera de la autonomía del sujeto que tiene lugar con la regulación del dopaje es aún más profunda que la prevista en la regulación de la eficacia del consentimiento en las lesiones, en la cooperación al suicidio y la eutanasia. La razón que aduce es que en el artículo 362 quinquies lo que se está protegiendo es la salud y la vida del deportista en contra de su voluntad y frente a conductas de peligro y no de lesión, como sucede en las otras figuras, en “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 41. Específicamente, por lo que se refiere a los actos de participación en el suicidio y a los supuestos de eutanasia voluntaria, esta autora defiende que el derecho a la vida se configura como una libertad positiva y, de acuerdo con ello, considera que si el suicidio es plenamente libre y responsable, las conductas habrían de estar justificadas otorgando prevalencia a la autonomía y la dignidad del individuo, en *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994, págs. 370-371, 386-391; *id.*, *El derecho y la muerte voluntaria*, México, D.F., 2004, págs. 113-114, 126-127, 135-137; *id.*, “Inducción, cooperación al suicidio y eutanasia”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 2010, págs. 67, 73-74, 77-78.

¹⁹² Teniendo en cuenta que el artículo 155 del Código penal contempla la rebaja de la pena en un grado y que la nueva redacción dada al artículo 147 por la Ley Orgánica 1/2015 reduce el mínimo de la pena de prisión por la comisión del tipo básico de lesiones a tres meses. Evidentemente, en estos casos de lesiones consentidas, la pena de prisión será en todo caso sustituida al ser inferior a tres meses (art. 71.2 Cp). Este desfase punitivo ha sido también puesto de manifiesto por DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., págs. 505; DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 45, nota al pie 29.

abocar a soluciones también diferenciadas a la hora de afrontar la posición del sujeto pasivo en cada uno de los ilícitos. Por ello, una vez que desarrolle mi interpretación del tipo de injusto que caracteriza a la infracción de dopaje frente a las demás que se contemplan como delitos contra la salud pública, aprovecharé la ocasión y volveré sobre este rasgo común, para hacer matizaciones que considero relevantes.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La determinación del bien jurídico protegido a través del artículo 362 quinquies del Código penal constituye un presupuesto básico en orden a analizar los aspectos esenciales de la figura de dopaje.

La problemática que se plantea en relación con este ilícito reside en que la infracción aparece situada en el capítulo que regula los delitos contra la salud pública, lo que llevaría en una primera aproximación a considerar que ese es el valor que se tutela. Sin embargo, esta afirmación es discutible a la vista de cuál ha sido su proceso de creación y del producto legislativo final. Muestra de ello es que la doctrina aparece dividida principalmente en dos grupos que, aunque parten de que se protege la salud apoyan, respectivamente, que sea la salud pública o el interés individual vida o salud. Junto a estas dos tesis mayoritarias, un grupo reducido de autores contempla la ética deportiva, bien como único objeto de protección, bien como un fin adicional y secundario a la salud pública, configurando en este último caso el dopaje como un delito pluriofensivo.

En general, puede decirse que en el proceso de elaboración del precepto han estado muy presentes intereses ligados al propósito de amparar valores como la pureza de las competiciones o la igualdad. Este objetivo queda puesto de manifiesto si se revisa el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica 7/2006 y la redacción final del artículo 362 quinquies. Concretamente, este último recoge referencias claras al ámbito del deporte profesional que inducen a confusión respecto a cuál es el fin legislativo perseguido. Así, se mencionan entre los sujetos pasivos a los deportistas competitivos y se señala entre los fines del objeto material que las sustancias o métodos dopantes objeto de la acción han de estar destinados a “modificar los resultados de las competiciones”. Pese a ello, puede descartarse que sea la ética deportiva lo que se persigue salvaguardar, pues ni se castiga al deportista que se dopa, ni todas las conductas afectan al juego limpio. Además, no hay que olvidar que el principio de intervención mínima obliga a limitar la actuación del

Derecho penal, reservándola para preservar aquellos bienes jurídicos que revistan entidad suficiente para merecerla, lo que no puede predicarse de un interés como la ética en el deporte.

Así las cosas, la discusión principal radica en dilucidar si la norma se orienta a la salvaguarda de la salud pública o de la individual. Con carácter previo, es preciso señalar que el de “salud pública” es un concepto vago sobre el que no existe acuerdo. La línea de opinión dominante la considera un bien de naturaleza colectiva, dotado de autonomía propia (en un mayor o menor grado) respecto de la salud individual. Otra corriente más minoritaria entiende, no obstante, que a través de la salud pública lo que se tutela es la salud individual, si bien frente a ataques que suponen la exposición a riesgo de una pluralidad indeterminada de sujetos. De este modo, se protege la salud en determinados contextos en los que confluyen un gran número de ciudadanos con el fin de prevenir conductas que suponen la creación de un peligro de extensión incierta para una generalidad de personas.

Pues bien, a efectos de centrar el análisis, se aprecia que el debate salud pública-salud individual en materia de dopaje se articula en torno a la noción de la salud pública como valor colectivo diferenciado (en mayor o menor medida) del interés individual.

Quienes defienden que con el injusto de dopaje se trata de velar por la salud pública esgrimen argumentos que se sustentan, básicamente, en el encuadre del artículo 362 quinques del Código penal entre los delitos contra la salud pública, en la extensión del círculo de sujetos pasivos a los deportistas recreacionales y en la ineficacia del consentimiento del deportista.

Con todo, en mi opinión, estas razones no son concluyentes para afirmar un bien jurídico en clave colectiva. Primero, porque la ubicación sistemática, pese a ser indiciaria y cumplir un papel orientador en la configuración del objeto de protección, no es definitiva. Si se acude al texto penal, se observa que no siempre los tipos penales sirven a la protección del bien que se deduce de la rúbrica bajo la que se agrupan.

Segundo, porque la limitación del sujeto pasivo a los deportistas no parece adecuada para un bien jurídico como la salud pública. No sólo quedan fuera del tipo penal aquellas conductas que tiene como destinatarios a ciudadanos no deportistas que acuden a estas sustancias dopantes para mejorar sus capacidades fuera del mundo del deporte, sino que, además, la interpretación del resto de exigencias típicas pone en evidencia que no se protege la salud de todas las personas que practican ejercicio físico. En este sentido, el injusto no alcanza más que a aquellas con las que el autor entable una

relación directa –lo que deriva de la descripción de las propias conductas punibles–, y deja fuera a los deportistas federados competitivos que no vayan a competir en España o que se dirijan a participar en competiciones organizadas en España por personas o entidades no deportivas.

Y, tercero, porque la decisión del legislador de no reconocer eficacia al consentimiento del deportista no significa que estemos ante un bien colectivo de titularidad compartida y, por ello, indisponible. De hecho, de acuerdo con la normativa vigente, el consentimiento no excluye en general la responsabilidad penal en los delitos contra la vida o la salud individual.

Estas consideraciones conducen, a mi modo de ver, a interpretar el interés custodiado desde una perspectiva individual. Y aun más, esta opción se ve reforzada, además de por las razones referidas, como consecuencia del análisis de algunos elementos del tipo.

En particular, en primer lugar, la justificación terapéutica, que excluye la responsabilidad penal, apunta a un bien jurídico individual, dado que necesariamente se refiere a las condiciones de salud de un deportista individualizado.

En segundo lugar, las circunstancias cualificadoras, con las que se alude a hipótesis de peligro para sujetos determinados y titulares de su propia salud. La pena se agrava cuando la acción recaiga sobre menores de edad, en los casos en que se emplee intimidación o engaño, y cuando el sujeto activo se prevalga de una relación de superioridad laboral o profesional. Respecto de la primera agravante, es sintomático el uso del término “víctima”, característico de las figuras que confieren protección a intereses individuales. En lo que concierne a la segunda, me parece obvio que la intimidación que se describe alude a uno o varios destinatarios concretos y no a un sujeto “general”. También puede predicarse lo mismo del “engaño” como medio comisivo, aunque hay que admitir que cabría la posibilidad de que eventualmente este pueda tener un destinatario colectivo. Por último, la tercera comporta el abuso de una posición de poder que se predica de sujetos también individualizados cuya salud se ve comprometida.

En tercer y último lugar, cabe anticipar que la estructura típica del delito contribuye decisivamente a esta conclusión. Efectivamente, su papel es significativo para perfilar los rasgos del bien jurídico en este delito pero, además, desempeña una función de gran trascendencia, pues es la que a mi juicio determina la diferencia básica entre la figura de dopaje y el resto de infracciones recogidas en el capítulo de los delitos contra la salud pública. Como se explicará seguidamente, del conjunto de exigencias típicas se advierte

que el momento consumativo se produce cuando se pone en peligro la vida o la salud de un deportista, sin que pueda afirmarse que simultáneamente se requiera como presupuesto de aplicación que la extensión del peligro sea incierta, con capacidad para afectar a un círculo impreciso de sujetos. El peligro exigido para que entre en juego el injusto de dopaje es, por tanto, diverso al peligro general característico de los delitos contra la salud pública y, en la medida en que no es preciso que se expanda más allá de un deportista, puede decirse que alcanza a la salud individual y no a la de la generalidad. En este sentido, parece que la naturaleza del delito encaja con dificultad con el carácter público que los autores confieren al valor salud en la figura de dopaje.

En definitiva, tras el examen de los antecedentes que estuvieron en la base del actual artículo 362 quinquies del Código penal y de la técnica de tipificación empleada, entiendo que se protege el interés individual vida o salud de los deportistas.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

CAPÍTULO SEGUNDO: LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DELITO

I. INTRODUCCIÓN

En el análisis previo sobre el bien jurídico protegido en el delito de dopaje he realizado algunas consideraciones acerca de su naturaleza jurídica. Pues bien, la constatación de que el artículo 362 quinquies persigue la salvaguarda de la salud individual como valor digno de protección, permite ratificar que estamos ante un delito de peligro¹⁹³. En efecto, y pese a que respecto a los bienes jurídicos individuales no se propugna en general un adelantamiento de la tutela mayor al que ya proporciona la regulación existente a través de las infracciones contra la vida o la salud¹⁹⁴, lo cierto es que la técnica de tipificación empleada lleva a interpretar que ni se requiere la lesión de la salud individual, sino solamente su puesta en peligro, ni se exige que conste un ánimo de causar un daño (lo que, de ser así, conduciría a un delito de lesión en grado de tentativa). Precisamente, el carácter material y preciso del objeto que, en mi opinión, se protege en este ilícito, unido a la observación de las conductas y del momento consumativo, así como a la exigencia expresa de que se ponga en peligro la vida o la salud de los deportistas, muestra que la figura recoge el desvalor característico de un injusto de peligro que comporta una amenaza de daño, en este caso para el interés individual vida o salud¹⁹⁵.

¹⁹³ Para entender el sentido de esta clase de injustos resulta fundamental concretar el concepto y la naturaleza del peligro en el orden penal. En relación con ello, el debate doctrinal ha sido intenso, abarcando concepciones objetivas, subjetivas y mixtas. Dan cuenta de las diferentes líneas de pensamiento, entre otros, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 57-61; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., págs. 31-52; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 269-283; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., págs. 51 y ss.; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, 2004, págs. 38-58.

¹⁹⁴ Así lo indica MÉNDEZ RODRÍGUEZ, aludiendo a la tendencia, basada fundamentalmente en el objetivo de la eficacia, de crear cada vez un mayor número de delitos de peligro cuando se trata de bienes jurídicos colectivos, en *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 44.

¹⁹⁵ Sobre la distinción entre los delitos de peligro y los de lesión, la mayoría de los autores sostienen que los primeros no requieren para su consumación la lesión, sino solo la puesta en peligro o amenaza del bien jurídico objeto de protección. Véanse, a título de ejemplo, BAIGÚN, D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, 2007, pág. 1; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 257-259; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/43-44; MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, cit., pág. 9; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 9/60; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./ HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986, págs. 163-164; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 29; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Madrid, 2008, § 10/122. Como ya he anticipado en nota previa, se aparta de esta concepción mayoritaria CORCOY BIDASOLO,

También el sector doctrinal que sostiene la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido¹⁹⁶ coincide en definirlo como un delito de peligro lo que, para aquellas posiciones que identifican la salud pública con el “conjunto de condiciones que posibilitan la salud de los ciudadanos” plantea la dificultad de conjugar esta conformación del interés tutelado con la estructura de peligro del delito. De hecho, desde esta perspectiva la realización de las conductas típicas conlleva la efectiva lesión de las mencionadas condiciones. No obstante, para resolver este conflicto, se acude en general a la tesis, ya expuesta, de que en realidad existen dos bienes jurídicos: de un lado, la salud individual como bien mediatamente protegido, sobre el que se cierne el peligro típico; y, de otro lado, la salud pública como interés inmediatamente tutelado, complementario del anterior, que se ve lesionado en sentido normativo por la realización del hecho punible¹⁹⁷.

Sentado lo anterior, la cuestión controvertida, en mi opinión, consiste en precisar la clase de peligro requerido para que la infracción de dopaje sea aplicable, pues de ello depende su verdadero alcance y la propia justificación de la figura penal, así como su legitimidad, que ha de derivar necesariamente del respeto a principios básicos como el de lesividad y el de proporcionalidad. Como veremos con más detalle, si bien hay acuerdo en que el injusto de dopaje es de peligro, a partir de ahí las posiciones difieren en cuanto a las particularidades del peligro que demanda el tipo penal. Por una parte, la doctrina mayoritaria coincide en que se trata de un delito de peligro concreto, que precisa la verificación de un resultado de peligro cierto para la vida o la salud de los deportistas. Por otra parte, atendiendo a un criterio de catalogación diverso, algunos autores apuntan al carácter de peligro individual y no general como rasgo definitorio de la figura de dopaje, lo que resulta especialmente significativo a efectos de estudiar su relación con las infracciones contra la salud pública, cuyo contenido de injusto característico es de peligro general, según he indicado al tratar el bien jurídico de este ilícito.

Esta disparidad de opiniones plantea, a mi modo de ver, un debate principal: determinar si, aceptado que se trate de un delito de peligro concreto, el injusto requiere que las acciones típicas desaten un peligro general o individual. Conforme he anticipado, a mi juicio el tipo de injusto del delito de dopaje no es de peligro general.

para quien los delitos de peligro protegen bienes jurídicos-penales propios y autónomos y no constituyen un mero adelantamiento de la barrera de protección, en *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., págs. 22-23 y 44.

¹⁹⁶ Véanse *supra* págs. 75 y ss.

¹⁹⁷ Véanse *supra* págs. 80 y ss.

Sin embargo, dado que la doctrina dominante considera que protege un bien de naturaleza colectiva y existe un amplio consenso en que los delitos contra la salud pública son de peligro general, conviene revisar esta posibilidad. Esta comprobación es asimismo útil si se atiende a la tesis minoritaria que sostiene que a través de la salud pública se protege la salud individual frente a ataques que se caracterizan por la exposición a riesgo de una pluralidad indeterminada de personas; esto es, por producir un peligro general o común. Si, como mantengo, el valor tutelado en el ilícito previsto en el artículo 362 quinquies es el interés individual vida o salud, será también oportuno desde este enfoque verificar el carácter del riesgo que reclama el precepto.

Así pues, en las páginas siguientes voy a tratar de concretar la clase de peligro que singulariza al ilícito de dopaje. En primer lugar, expondré las interpretaciones que ofrecen la doctrina y la jurisprudencia atendiendo, de una parte, a la clasificación clásica que distingue entre delitos de peligro concreto, de peligro abstracto y categorías intermedias; y, de otra parte, a las categorías de peligro general y de peligro individual. En segundo lugar, estudiaré si puede afirmarse que estamos ante un delito de peligro general o si, más bien, nos encontramos con una figura que castiga supuestos de peligro individual. También tomaré en consideración la posibilidad de que se trate de un tipo mixto, de peligro general y de peligro individual. El análisis para alcanzar conclusiones requerirá atender al tenor literal del precepto y entrar a valorar de nuevo algunos elementos del delito que son decisivos y que, no obstante, serán objeto de un examen detenido con posterioridad.

II. CARACTERIZACIÓN DEL PELIGRO EN EL DELITO DE DOPAJE POR LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

1. EL DELITO DE DOPAJE COMO DELITO DE PELIGRO CONCRETO

Prácticamente toda la doctrina aborda la naturaleza jurídica de esta infracción penal desde la óptica de las conocidas categorías de peligro abstracto, concreto y abstracto-concreto (o de aptitud)¹⁹⁸.

¹⁹⁸ Sobre esta clasificación y la diferencia entre las diversas categorías, véanse ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 62-70; CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., págs. 225-249; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 330-346; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/44-50; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., págs. 131-138; MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y*

Con carácter general, como se sabe, puede decirse que en los delitos de peligro abstracto el legislador decide adelantar la barrera penal, castigando conductas que en general son peligrosas, sin que sea preciso comprobar la presencia del peligro, que se declara *ex ante*. Las críticas vertidas por la creación de estas estructuras de peligro presunto que ponen en entredicho, fundamentalmente, el principio de ofensividad, han dado lugar a que modernamente se venga requiriendo por un sector doctrinal que en el momento de la acción no quede excluida la potencialidad lesiva de la conducta; esto es, que sea posible la lesión del bien jurídico protegido¹⁹⁹. Los delitos de peligro concreto, sin embargo, se configuran como ilícitos en los que el legislador exige para la consumación que la acción ocasione un resultado de peligro que ha de probarse, lo que comporta una valoración *ex post*, atendiendo a las circunstancias de cada caso concreto²⁰⁰. Aunque existen otros criterios para distinguir ambos tipos de peligro²⁰¹, es opinión extendida en la doctrina que los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque en ellos existe un riesgo no inmediato para el valor tutelado, mientras que en los de peligro concreto se trata de un riesgo inmediato o próximo, que se manifiesta cuando el bien jurídico penetra en el radio de la conducta peligrosa²⁰². Por lo que concierne a las

político-criminales de los delitos de peligro abstracto, cit., págs. 18-52; MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Valencia, 2015, págs. 325-327; RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 30-58; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, cit. § 11/113-128; ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, “Delitos de acción. La tipicidad (III)”, Valencia, 2010, págs. 257-266.

¹⁹⁹ En este sentido, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C.12/47, que incide en que no son delitos de peligro presunto (presunción *iuris et de iure*), sino que solo contienen una presunción *iuris tantum*; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 9/60-65, que declara que basta la peligrosidad de la conducta, que se supone inherente a la acción salvo que se pruebe que en el caso concreto quedó excluida de antemano. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS rechaza las teorías tradicionales que prescindían de toda referencia al caso concreto y llega a la conclusión de que los delitos de peligro abstracto han de representar un peligro real para bienes jurídicos, aunque lo que interesa es la peligrosidad *ex ante*. En su opinión, “lo relevante es que en el momento de la acción no quedara excluida la potencialidad lesiva de su conducta, esto es, que siga siendo peligrosa”, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 351-352. Señala que si el peligro es el estado previo de la lesión, solamente podrá crearse un peligro si la lesión es posible, pues de otro modo el concepto de peligro carece de sentido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, cit., pág. 43. En esta línea también, MAQUEDA ABREU, M. L., “La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Actualidad Penal*, núm. 26, 1994, pág. 487; TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIV, 1981, págs. 842-843.

²⁰⁰ Acerca de la perspectiva *ex ante* (peligrosidad de la acción) o *ex post* (resultado de peligro) adoptada para evaluar la clase de peligro véase QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS, F.), *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., Cizur Menor, 2010, págs. 348-351.

²⁰¹ Respecto a los diversos criterios de que se sirven los autores para apreciar la distinción entre delitos de peligro abstracto y concreto, véase DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 343-345.

²⁰² Apunta en esta dirección MIR PUIG, cuando se refiere a los delitos de peligro concreto como aquellos en los que “el tipo requiere como resultado de la acción la proximidad de una concreta lesión (así, que la acción haya estado a punto de causar una lesión a un bien jurídico determinado)”, en *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 9/64. Otros autores que sostienen este criterio son, entre otros, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/45; OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E., “Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, cit., págs. 80 y ss. (citado por DOVAL PAIS, A., en *Delitos de fraude alimentario*, cit., nota 139); GARCÍA ALBERO, R., “La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en

categorías intermedias, que se refieren a los denominados delitos de peligro abstracto-concreto o de aptitud, acogen supuestos que combinan elementos de los delitos de peligro abstracto y de peligro concreto: ha de comprobarse la presencia del peligro, pero sobre la base de elementos generales o abstractos. El juzgador ha de verificar la peligrosidad de la conducta, siendo suficiente con la constatación de que la conducta era apta o idónea para generar un peligro para el bien jurídico²⁰³.

De acuerdo con esta clasificación, existe casi unanimidad (tanto entre quienes defienden que el bien tutelado es de carácter colectivo, como entre aquellos autores que propugnan un interés individual) en encuadrar el injusto del artículo 362 quinquies entre los delitos de peligro concreto, considerando que exige la efectiva puesta en peligro de la salud de al menos un deportista como resultado típico que habrá de ser constatado *ex post*. Este peligro ha de estar conectado causalmente con la acción y ser objetivamente imputable al autor de acuerdo con los criterios normativos de imputación del tipo objetivo²⁰⁴.

torno a su articulación jurídica”, cit., págs. 116 y ss. A partir de este criterio se ha entendido, en el ámbito de los delitos farmacológicos conforme a su redacción previa a la reforma penal de la Ley Orgánica 1/2015, que conductas entonces recogidas como “imitar”, “simular”, “tener en depósito”, “anunciar”, etc., no eran adecuadas en sí para ocasionar el resultado de peligro concreto que requería el tipo, pues el peligro efectivo no tendría lugar sino a través de la positiva puesta a disposición del consumidor final del medicamento peligroso (así, por ejemplo, GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 160-161). Asimismo, se interpreta en relación con los fraudes alimentarios del artículo 363 del Código penal que se trata de un delito de peligro concreto que exige para su consumación un inminente contacto entre alimento y consumidor final (véase, por ejemplo, GARCÍA ALBERO; R., “De los delitos contra la salud pública”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Cizur Menor, 2011, pág. 1461).

²⁰³ Señala LUZÓN PEÑA que en esta clase de delitos no hay una presunción *iuris tantum* como regla, a diferencia de los delitos de peligro abstracto de peligrosidad tácita, sino que es precisa la prueba positiva de la peligrosidad, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/48. Una variante de estas categorías intermedias es la de los delitos de peligro hipotético, propuesta por TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, cit., págs. 825 y ss.

²⁰⁴ Expresamente se pronuncian a favor de considerar que el anterior artículo 361 bis del Código penal o el actual 362 quinquies, contempla un delito de peligro concreto: BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 5; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 38; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., págs. 1249 y 1251; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 32-37, 40-42, 70, 76-78, y 99-102; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 49; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., págs. 96-97; *id.*, *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 445; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 518; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 63; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1708; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 176; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., pág. 40; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho penal*, cit., pág. 109; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 885; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 563; NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 795; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 74; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 50; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial*

Son muchos los argumentos que se esgrimen para defender esta postura. Así, y pese a que el artículo no recoge una indicación inequívoca en este sentido²⁰⁵, se aduce como razón principal la exigencia literal de que las sustancias o métodos “pongan en peligro la vida o la salud de los mismos”²⁰⁶. Pero también se señalan otras razones: la primera, referida a la regulación vigente hasta la reciente Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código penal, la ubicación del delito en el anterior artículo 361 bis, entre los preceptos que entonces recogían los ilícitos relativos a medicamentos (arts. 361 y 362 Cp), desde el entendimiento de que ambos sancionaban la producción de un peligro concreto²⁰⁷; la segunda, la cláusula que indica como parámetros del peligro el “contenido”, la “reiteración de la ingesta” u otras “circunstancias concurrentes”, que lleva a sostener que no se sanciona un peligro abstracto²⁰⁸. Sobre ello generalmente se insiste en que, así como en los tipos de peligro abstracto que protegen la salud frente a productos nocivos es indiferente la dosis y la concentración de la sustancia nociva, en la figura de dopaje la referencia a la “reiteración de la ingesta” apunta a que ha de crearse efectivamente un

del Derecho penal, cit., pág. 623 (que lo clasifica como un delito de peligro general concreto); SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 373. Otros autores, si bien afirman también la naturaleza de peligro concreto de la figura penal, manifiestan que hubiera sido deseable una configuración diversa del peligro. Así, CADENA SERRANO considera que el legislador debería haber conformado el delito como de peligro hipotético, en “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 135. Por su parte, COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO, aunque parten también de que el peligro típico reviste el carácter de concreto, defienden que sería preferible que el legislador hubiese configurado el ilícito como de peligro abstracto y elaboran una propuesta de *lege ferenda* en este sentido, en “El tipo penal”, cit., pág. 445. GARCÍA ARÁN señala que la expresión “pongan en peligro” configura esta infracción como de peligro concreto, aunque también podría interpretarse como de peligro abstracto-concreto, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 208. Plantea dudas la posición de MORENO CARRASCO respecto al peligro característico de este delito, en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 20, 2007. Por un lado, realiza algunas referencias que apuntan al peligro concreto, a la necesaria producción de un peligro cierto para la vida o la salud del deportista. Así, expresamente se refiere “al resultado de peligro” y analiza diversos supuestos a efectos de aplicar los criterios normativos de la teoría de la imputación objetiva (págs. 51, 55 y 56); pero, por otro lado, también profiere afirmaciones que podrían llevar a pensar en otra clase de peligro, concretamente cuando expresa que “ni siquiera es necesario que el sujeto activo posea el objeto o lo llegue a entregar al destinatario: el límite de la persecución penal no está fijado por el propio dopaje y ni siquiera por el contacto potencial con la sustancia, sino que parece incluso radicarse en un tiempo anterior” (pág. 55).

²⁰⁵ A diferencia de otros preceptos del Código penal, donde se recogen alusiones directas al carácter concreto del peligro, como por ejemplo ocurre en algunos delitos contra la seguridad vial (arts. 380 y 381 Cp). En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 40.

²⁰⁶ Señala ROCA AGAPITO que el tenor del anterior artículo 361 bis del Código penal, hoy artículo 362 quinquies, es decisivo, pues requiere que se “pongan en peligro la vida o la salud” de los deportistas, y no que “puedan poner en peligro la vida o la salud”. Esto significa, a su juicio, que el peligro para la vida o la salud de los deportistas no debe ser una mera posibilidad, sino una realidad, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 50. Comparten la idea de que la presencia en el tipo penal del giro “pongan en peligro la vida o la salud de los mismos” alude a la exigencia de un peligro concreto, entre otros, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 32; y GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 208.

²⁰⁷ ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 50.

²⁰⁸ Expresamente se refieren a esta cláusula para fundamentar el peligro concreto COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 445.

peligro, que no concurrirá en los casos en que el elemento o el método dopante no sea nocivo *per se* o siéndolo, no confluyan otras circunstancias (concentración, consumo reiterado u otras) que conduzcan a afirmar que se produjo un riesgo cierto para la salud del deportista²⁰⁹; la tercera, la selección de las conductas típicas, que permiten inferir que el momento consumativo requiere que la acción del sujeto activo ponga en conexión el objeto material del delito con el deportista²¹⁰. De este modo, se incide en que los comportamientos tipificados revelan un cierto grado de inmediatez o proximidad con respecto al bien jurídico protegido y al sujeto o a los sujetos pasivos de la acción²¹¹ y han de comportar una relación directa con el sujeto pasivo²¹². Por añadidura, se pone de manifiesto que no se sancionan conductas propias de los delitos de peligro abstracto como la tenencia, la promoción o el favorecimiento²¹³. No obstante, también se señala que algunas de las que se recogen podrían plantear dudas sobre la ubicación del dopaje entre los delitos de peligro concreto, especialmente la consistente en “ofrecer” la sustancia o el método dopante²¹⁴.

²⁰⁹ Al respecto, CORTÉS BECHIARELLI repasa la jurisprudencia relativa a otros delitos contra la salud pública y concluye que lo decisivo no es solo el carácter peligroso de la sustancia, lo que bastaría para calificar el delito como de peligro abstracto, sino que “habrá de efectuarse un examen detenido de las circunstancias del caso y, singularmente, de la eficacia de la cantidad de la dosis aplicada para provocar la situación de riesgo que el tipo requiere”, en *El delito de dopaje*, cit., págs. 28-33.

²¹⁰ En este sentido se pronuncian diversos autores partidarios del carácter colectivo del bien jurídico protegido en el artículo 362 quinquies del Código penal. Así, MORALES PRATS indica que el *telos* de la norma exige para la consumación del tipo que el objeto material del delito se proyecte y ponga en contacto con el sujeto pasivo, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 885. También DE VICENTE MARTÍNEZ reclama para su consumación una cierta cercanía del consumidor con el objeto material del delito, en “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., págs. 96-97. Por su parte, CORTÉS BECHIARELLI señala específicamente que hay verbos típicos como “proporcionar”, “suministrar” o “facilitar” que claramente apuntan al peligro concreto, al demandar una toma de contacto con el deportista, una mayor cercanía del consumidor con el producto prohibido, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 76.

²¹¹ ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 113.

²¹² Para JUANATEY DORADO todas las conductas típicas han de ser directas, de modo que se genere un riesgo concreto para la vida o la salud del deportista. Argumenta que es preciso que exista una relación directa –no en sentido físico– con el deportista, que el sujeto activo ha de prescribir, suministrar..., etc. a sabiendas de que es para un deportista y con alguno de los fines prescritos en el precepto, en “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit. págs. 167-168 y 176.

²¹³ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 41; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 885.

²¹⁴ Así, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 76-78. Con todo, considera que la lesividad intrínseca del método, así como el conocimiento que el autor tenga de las características fisiológicas del consumidor futuro serán elementos esenciales que habrán de probarse en cada caso y si el ofrecimiento no conlleva el resultado de la concreta puesta en peligro la conducta deberá reputarse atípica. Para estos casos, el autor afirma que la ausencia de peligro concreto será la que determine la aplicación de las infracciones previstas en el orden administrativo. Además, advierte que el verbo “ofrecer” se utiliza en otros delitos contra la salud pública considerados de peligro concreto por un sector importante, como es el caso del artículo 363.1 del Código penal. En cuanto a otras conductas que pueden llevar a dudar del carácter concreto del peligro en la figura de dopaje, menciona la prescripción, que en puridad no exige el contacto con el consumidor del producto dopante. También considera un exceso la tipificación del ofrecimiento, porque no implica un riesgo real, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 49, resaltando que los problemas de prueba del peligro serán mayores cuanto más alejada esté la conducta descrita en el verbo típico del contacto material entre la sustancia y el cuerpo (pág. 54).

Más minoritarias son las posiciones que sustentan que la figura de dopaje presenta la naturaleza propia de un delito de peligro abstracto, abstracto-concreto, hipotético o de aptitud²¹⁵. Al respecto, puede decirse que, si bien el tenor literal no obliga a interpretarlo como un delito de peligro concreto, parece que hay elementos del tipo que impiden castigar tan solo en atención a una declaración *ex ante* del riesgo que comportan estas conductas en general. Ciertamente, algún comportamiento típico como “ofrecer” (y, en menor medida, “prescribir”) parece estar alejado de la creación de un riesgo próximo para la salud; y, asimismo, podría admitirse que la expresión “pongan en peligro...”, en tanto concierne a las sustancias o los métodos, puede interpretarse en el sentido de que es suficiente con que tales sustancias o métodos sean idóneos para crear el peligro, pero sin que sea necesario que lo hayan producido en el caso concreto²¹⁶. Ahora bien, comparto la posición doctrinal partidaria de catalogar el precepto entre los delitos de peligro concreto, fundamentalmente porque entiendo que, en efecto, en el tipo penal predominan referencias que abocan a ello. Algunas de ellas, como se ha visto, han sido utilizadas para argumentar que el bien jurídico protegido en esta figura es de carácter individual. Pero, además, no solo sirven para fundamentar la exigencia de un peligro efectivo que ha de probarse en cada ocasión, sino también, en mi opinión, permiten sostener la idea ya expuesta de que su naturaleza no es la propia de un delito de peligro general.

Concretamente, estoy de acuerdo en que la expresión “pongan en peligro la vida o la salud de los deportistas”, aun cuando se vincule literalmente a las sustancias o a los

²¹⁵ Lo califica como un delito de peligro abstracto, GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Dopping. El régimen jurídico del dopaje*, cit., pág. 234. Por su parte, DE VICENTE MARTÍNEZ, aunque se muestra partidaria de considerar esta figura como de peligro concreto, señala que la conducta consistente en ofrecer es la que distorsiona esta afirmación y podría llevar a pensar en un peligro abstracto o incluso mixto. No obstante, descarta esta posibilidad en tanto se exige el conocimiento del autor de las singulares características del consumidor futuro, en “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 99. En el mismo sentido, resaltando que la tipificación del simple ofrecimiento constituye un argumento a favor de un retroceso hasta el peligro abstracto, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, vol. II, Granada, 2010, pág. 917. También, como ya se ha señalado en nota anterior, COMPAÑY CATALÁ Y BASAULI HERRERO se pronuncian en el sentido de admitir que se recoge un injusto de peligro concreto, pero consideran que se debió legislar un tipo de peligro abstracto, en cuanto que “normal o estadísticamente, a la corta o a la larga, la ingesta de sustancias o la práctica de métodos prohibidos generará un peligro para la salud de los deportistas”, en “El tipo penal”, cit., pág. 445. Parece apuntar también a la consideración del delito como de peligro abstracto, TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 29. Considera viable interpretarlo como un delito de peligro abstracto-concreto GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 208. A favor de que se trata de un delito de peligro hipotético o, más precisamente, de aptitud abstracta, que requiere la idoneidad de la conducta para afectar al bien jurídico, independientemente de los efectos que pudiera haber tenido en el sujeto por sus especiales características físicas, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 357. Aun cuando afirma que el delito debe ser entendido como de peligro concreto, opina que hubiera sido conveniente tipificarlo como de peligro hipotético CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., págs. 134-135.

²¹⁶ GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 208

métodos prohibidos, alude en definitiva a que efectivamente se haya expuesto a un riesgo tal vida o salud. Aunque en otros delitos del capítulo el uso de este giro cabe interpretarlo en el sentido de que basta con la aptitud peligrosa de la conducta, sin que sea preciso que alguien en concreto llegue a ser puesto en peligro²¹⁷, creo que en este caso no es así. En este sentido me parecen muy significativas, de un lado, las alusiones legales a la “reiteración de la ingesta” y a “las otras circunstancias concurrentes” como algunos de los parámetros que el legislador establece para enjuiciar el peligro que el objeto material ha de generar para la salud; y, de otro lado, la descripción de las conductas típicas. En relación con las primeras, tal y como he expresado más arriba, la “reiteración de la ingesta” comporta que la peligrosidad típica derive de un factor acumulativo. Puesto que la sustancia puede no ser nociva en sí misma, el legislador contempla que la nocividad derive de un consumo continuado. Este consumo repetido, que convierte en peligroso el producto, a mi juicio, ha de determinarse *ex post*, atendiendo al desarrollo de la conducta típica en el caso concreto²¹⁸. Ahora bien, a mi modo de ver se trata de comprobar que en esa ocasión específica el autor puso en peligro al deportista atendiendo a variables tales como el tipo de sustancia, la cantidad transmitida y que se haya promovido conscientemente el consumo reiterado, de modo que resulte acreditado que el dolo del sujeto abarcó las probables consecuencias perjudiciales para la salud del destinatario. No me refiero, por tanto, a que sea preciso que el deportista haya ingerido o usado el producto dopante²¹⁹ (en ese caso estaríamos seguramente en el ámbito de la lesión)²²⁰, ni a que sea suficiente con afirmar

²¹⁷ Véanse *supra* págs. 448 y ss.

²¹⁸ ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 117.

²¹⁹ En este sentido, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 127; MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., págs. 54-55. Parece pronunciarse en contra, SUÁREZ LÓPEZ, que considera que el legislador, al proporcionar los modos por los que el riesgo concreto puede producirse, incurre en un manifiesto defecto de técnica legislativa, pues establece un sistema mixto de *numerus clausus* con una cláusula de cierre abierta del todo innecesario, pues para la consumación “lo verdaderamente trascendente es el uso de los productos o los métodos prohibidos y la verificación de una situación de peligro cierto para la vida o salud del deportista originada por alguna de las acciones típicas propuestas, en relación de causa efecto, ya que la acción quedaría despenalizada, si aun realizada no produce por sí riesgo o peligro”, en “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 373. Asimismo, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 97; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Madrid, 2011, pág. 698. Para CORCOY BIDASOLO las conductas de prescribir, ofrecer o facilitar no llegarán a ser típicas si finalmente no se administra la sustancia o se utiliza el método, puesto que entiende que solo así puede concurrir el riesgo para la vida o la salud que requiere el tipo, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1249. En la jurisprudencia, como veremos *infra*, algunas sentencias inciden en que la prueba del peligro requiere que se haya utilizado efectivamente el elemento dopante por el deportista, mientras que otras aprecian el tipo consumado sin necesidad de esperar a ese momento.

²²⁰ GÓMEZ TOMILLO, partidario de que se trata de un delito de aptitud abstracta, se plantea la duda de si es suficiente con que en abstracto la ingesta reiterada pueda determinar la afección de la salud o la vida del deportista o si, por el contrario, se requiere que se acredite la efectiva reiteración del consumo. En relación con la primera de las

genéricamente que un determinado producto es peligroso en abstracto si se consume repetidamente, pero sí a que, partiendo de esa premisa, en esa situación las circunstancias del hecho pongan en evidencia esa reiteración prevista de la ingesta a la que alude el precepto que entraña la creación de una efectiva amenaza para la salud del sujeto. En lo que concierne a las “otras circunstancias concurrentes”, ante la ausencia de indicaciones sobre su contenido, tendrá que evaluarse el peligro atendiendo a cualesquiera factores que puedan determinar que la sustancia o el método desencadenen el peligro para la vida o la salud. Así, puede ocurrir que sea el estado de conservación del producto el que decida su peligrosidad pero, también, como ya he señalado, puede suceder que sean las condiciones personales del deportista las que transformen el objeto material en un instrumento peligroso en el caso concreto. Con ello, de nuevo, se aprecia que esas condiciones particulares del destinatario, que han de ser abarcadas por el dolo del sujeto activo, apuntan a que, en el momento de la consumación, el tipo demanda que se genere un riesgo concreto para el sujeto que reúne las circunstancias específicas que determinan la producción del peligro. En consecuencia, entiendo que en principio no podrá aplicarse el delito si un sujeto simplemente proporciona a un deportista una cantidad no excesiva de un producto que no sea perjudicial en sí mismo o que no presente una concentración peligrosa, pues no se habrá cumplido con la exigencia de la puesta en peligro²²¹. Si, sin embargo, el deportista padece una enfermedad que lo hace especialmente sensible a ese mismo producto y el sujeto activo que le entrega la sustancia dopante es consciente de este extremo, podría decirse que en este caso las

opciones, subraya que potencialmente la ingesta reiterada excesiva de cualquier producto, sea o no dopante, puede llegar a ser peligroso para la salud, por lo que carece de sentido tal intelección. En cuanto a la segunda posibilidad, sin embargo, entiende que lo normal es que tras la reiteración en la ingesta se vea efectivamente afectada la salud, con lo que sería suficiente el delito de lesiones que desplazaría al de dopaje. En su opinión, probablemente se debe recurrir a un criterio objetivo, conforme al cual lo decisivo es si para un espectador objetivo es peligrosa la acción del sujeto activo que proporciona la sustancia o aconseja el uso del método prohibido que se consume o utiliza reiteradamente por el deportista, con independencia de si en el caso concreto efectivamente afectó a su salud o no, en “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360. Por su parte, TORNOS declara que los parámetros de peligrosidad potencial que incorpora el precepto se traducen en un severo problema adicional, pues el tipo no exige que la conducta desplegada sea la que efectivamente provoque el peligro para la salud o la vida de los deportistas, sino que los productos o métodos resulten potencialmente perjudiciales para la víctima, bien por su composición, bien por la reiteración de la ingesta o por cualesquiera otras circunstancias concurrentes. No se trata, señala, de analizar lo que ya ha sucedido, sino lo que podría haber llegado a suceder. Considera que, siendo así, todos los productos y métodos son susceptibles de encajar en estos criterios, y pone de relieve que esto podría ocurrir, no solo con productos medicamentosos, sino también cuando se ingieren masivamente sustancias inocuas como el agua, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 29.

²²¹ Como ocurrió, precisamente, en un caso que fue sobreseído por el Juzgado de Instrucción nº 24 de Madrid por Auto de 4 de julio de 2011. Los hechos dan cuenta de que en el despacho de un fisioterapeuta se suministraron y administraron a un paciente (presumo que deportista, aunque no consta expresamente en el auto) dos fármacos diferentes, uno de ellos inyectable. La resolución judicial afirma que el tipo penal contiene un plus respecto del ilícito previsto en la legislación deportiva, y es que las sustancias o procedimientos pongan en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo. En el supuesto de autos, se afirma que “no puede sostenerse que el suministro de una dosis de Fortecortin inyectado suponga un peligro para la vida o la salud del deportista”.

condiciones concurrentes habrán determinado que se genere un peligro auténtico para el bien jurídico, que habrá de acreditarse en cada ocasión.

En suma, estos criterios que proporciona la ley para valorar la peligrosidad de la sustancia aparecen ligados estrechamente al concreto titular de la salud que se pone en riesgo y permiten defender que se sancionan supuestos de peligro concreto para la salud de quien, por la reiteración de la ingesta o sus condiciones particulares, estuvo próximo o a punto de lesionarse.

Por lo que se refiere a los comportamientos incriminados, me parecen que también constituyen un argumento fuerte a favor de entender que el contenido de injusto es de peligro concreto. Como expliqué anteriormente, todos los verbos típicos implican cierta inmediatez o proximidad al sujeto pasivo (en mayor o menor medida, según el caso), aun cuando no se entable una relación presencial o física con el²²². Este rasgo común lleva a interpretar que en todos los supuestos es preciso que exista una relación directa con el deportista, de modo que el autor sea consciente de que el producto dopante es para un deportista y que su destino es mejorar las capacidades o alterar los resultados. Inevitablemente, esta relación directa puede implicar una probabilidad de lesión real en muchas ocasiones, al menos siempre que la conducta ponga en contacto el objeto material con el deportista y las circunstancias del hecho así lo corroboren. De esta conclusión, sin embargo, podrían escapar dos verbos típicos, “prescribir” y “ofrecer”. La prescripción, como tal, no lleva aparejada la entrega del compuesto dopante y, por tanto, podría considerarse que no tiene por sí sola el potencial de peligro para el bien jurídico que algunas de las otras acciones descritas como, por ejemplo, “administrar”. Por su parte, el ofrecimiento plantea también problemas, ya que puede consistir en “comprometerse a dar” o en “presentar y dar voluntariamente algo”²²³. En este segundo caso, si se atiende a la primera acepción, tampoco se produce una toma de contacto con la sustancia que permita hablar de un peligro inminente para el bien jurídico, se trataría de una acción menos directa y potencialmente menos peligrosa que las restantes que relaciona el precepto. Este obstáculo, no obstante, creo que no ha de llevar a excluir la naturaleza de peligro concreto del artículo 362 quinquies y que puede salvarse pues, si bien las acciones de “prescribir” y “ofrecer” representan un peligro de diferente

²²² Véanse *supra* págs. 94 y 95 .

²²³ Definiciones recogidas como primera y segunda, respectivamente, en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, 23ª edición (en adelante, DRAE).

intensidad para la salud²²⁴ al de las demás tipificadas, las cosas pueden interpretarse de otro modo. Por una parte, es cierto que la mayoría de los verbos suponen el acercamiento efectivo de la sustancia y que el bien jurídico protegido entre en el radio de la acción peligrosa, lo que por coherencia interna y por razones de proporcionalidad debería llevar a que el verbo “ofrecer” se interpretase restrictivamente como una conducta de entrega, en línea con los demás²²⁵. Efectivamente, no resulta de recibo castigar del mismo modo actuaciones que causan un distinto grado de peligro²²⁶. Si casi todas las acciones típicas entrañan una proximidad relevante del producto o el método dopante con respecto al valor tutelado y al sujeto pasivo, quizás lo más adecuado desde el punto de vista de la proporcionalidad²²⁷ es demandar que siempre exista esa proximidad. Pero, por otra parte, creo que esa menor intensidad del peligro que reflejan acciones como la de prescribir, y más acusadamente, la de ofrecer (si se acoge la noción referida a la promesa de entrega), no significan necesariamente que con ellas no pueda producirse un peligro para la salud del deportista en la práctica, pues depende entre otras cosas del concepto que se maneje de peligro concreto.

El peligro concreto, al igual que el peligro abstracto, supone la reacción del sistema penal en un momento adelantado por voluntad del legislador que la doctrina sitúa antes (peligro abstracto) o después (peligro concreto) en atención a la intensidad del ataque al bien jurídico. Mayoritariamente, los autores identifican el momento consumativo en los injustos de peligro concreto con que el tipo requiera que se ponga en peligro efectivo el bien jurídico protegido. Ahora bien, a partir de este punto parece difícil establecer en qué instante se puede afirmar que se ha desencadenado el peligro cierto que caracteriza a esta categoría. Me refiero a que no existe una escala que se pueda estandarizar y que habilite para afirmar que una determinada conducta X ha supuesto un peligro lo suficientemente intenso o próximo para constituir un peligro concreto, mientras que la

²²⁴ No obstante, creo que la intensidad del peligro no es la misma en los casos en que se prescribe el producto dopante que en los casos en que simplemente se ofrece (entendido como “comprometerse a dar”), pues parece que la conducta de ofrecer es la que representa un peligro más remoto para la salud.

²²⁵ Sobre esta modalidad de conducta véase *infra* pág. 212 .

²²⁶ Esto ya fue advertido en su momento por el CGPJ que, en su Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje vino a poner de manifiesto que con la equiparación de comportamientos de gravedad diferenciada se vulneraba el principio de proporcionalidad. En lo que atañe al ofrecimiento, aconsejaba suprimir esta conducta o, en otro caso, una mayor precisión del legislador, pues consideraba excesivo anticipar la respuesta penal al mero ofrecimiento sin esperar siquiera a la eventual actualización del riesgo para la salud del deportista derivada de la aceptación (págs. 45-47).

²²⁷ En este sentido, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 529, señala que interpretar el delito como de peligro abstracto hipotético o de aptitud constituye una opción político-criminalmente rechazable, fundamentalmente porque la pena, más grave que la de algunos tipos de lesiones, resultaría desproporcionada. A ello añade el argumento de que en materia concursal con los eventuales delitos de lesión correspondientes podría llegarse a soluciones excesivamente ampliatorias de la responsabilidad penal.

conducta Y no ha alcanzado el umbral adecuado para crear el riesgo de lesión que conforma tal peligro concreto²²⁸. Ante esta indefinición, opino que cabría considerar que la conducta de prescribir y, por qué no, la de ofrecer en la primera de sus acepciones podrían constituir, según la ocasión, supuestos de peligro concreto en función de las circunstancias concurrentes en el hecho, aun cuando la sola prescripción o el ofrecimiento no impliquen un contacto físico inmediato del sujeto pasivo con el objeto material. En este sentido, hay que recordar que entre los delitos contra la salud pública que se califican como de peligro concreto, muchas de las infracciones equiparan diversidad de comportamientos que pueden implicar un peligro dispar, lo que no deja de ser criticable desde el punto de vista de la proporcionalidad, pero constata la idea de que, a lo mejor, los contornos del peligro concreto son más difusos de lo que podría pensarse²²⁹. En todo caso, no me parece absolutamente inocuo el hecho de recetar a un deportista diversos anabolizantes en cantidades significativas para su consumo combinado en ciclos programados, aun cuando este comportamiento no comporte la entrega directa del producto²³⁰. Y, quizás tampoco, aquella situación en que el monitor de un gimnasio acuerde con uno de sus alumnos la entrega de esos mismos anabolizantes en la siguiente sesión de entrenamiento y con las mismas indicaciones. Creo que, pese a que en abstracto la mera acción de prescribir o de ofrecer no son potencialmente tan peligrosas como las demás que se recogen (especialmente la segunda de ellas), las circunstancias del caso concreto serían las que vendrían a corregir ese desfase y propiciar que se estime consumado el delito en tanto en cuanto lleven al juzgador a entender acreditado un verdadero peligro para la salud²³¹. Cuestión diversa es

²²⁸ En este sentido, señala DOVAL PAIS que, si bien hay acuerdo en la doctrina mayoritaria en que el dato relevante para distinguir el peligro abstracto del concreto será estar a si el tipo requiere en el momento de la consumación la puesta en peligro efectiva del bien jurídico por la conducta, cuando se pretende concretar más este criterio, la distinción se vuelve impracticable, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 345. En la misma línea, MAQUEDA ABREU, M. L., “La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 493.

²²⁹ La equiparación de comportamientos de distinto alcance desde el punto de vista de su desvalor es más que frecuente entre los artículos del Código penal que regulan los delitos contra la salud pública y reclaman expresamente la puesta en peligro de la vida o la salud. Por ejemplo, en el artículo 361, que asimila conductas como “fabricar”, “comercializar”, “ofrecer o poner en el mercado”, o “almacenar”; en los artículos 362 y 362 bis, que establecen la misma pena para acciones tales como “elaborar” o “producir” (art. 362 Cp) y “anunciar o hacer publicidad”, “ofrecer”, “exhibir”, “vender”, “despachar” o “envasar” (art. 362 bis Cp); o en el artículo 363, que hace lo propio con los verbos “ofrecer”, “fabricar”, “vender” y “ocultar” (para comerciar).

²³⁰ En estos casos, además, podría refrendarse la existencia de un peligro concreto desde la perspectiva de que se produce la entrada del bien jurídico en el radio de la acción típica peligrosa y deja de ser segura la evitación de la lesión. Interpreta en este sentido el peligro concreto, siguiendo a DEMUTH, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 57-58.

²³¹ Se muestran de acuerdo con que esta equiparación vulnera el principio de proporcionalidad, pero señalan que esta tacha podría corregirse a partir de esta exigencia de puesta en peligro que forma parte del tipo penal, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; y DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271.

si en estas ocasiones estaría justificada la intervención penal, que entiendo que no, por los motivos que iré exponiendo a medida que progrese en el estudio del tipo penal.

En conclusión, por las razones referidas considero que la infracción de dopaje presenta la estructura típica de un delito de peligro concreto que precisa constatar, en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, que se ha producido una amenaza de lesividad real, un resultado de peligro efectivo para la vida o la salud de los deportistas a los que se destinan las sustancias o los métodos dopantes. A mi modo de ver, esta caracterización del peligro típico, unida a la extensión del dolo, limita el espectro de supuestos que pueden ser sancionados aplicando esta figura penal²³².

En cuanto a la jurisprudencia, puede decirse que en las pocas resoluciones que han abordado un estudio minucioso del delito de dopaje se aprecia unanimidad en cuanto al carácter concreto del peligro típico. Así se reconoce, tomando como referencia la doctrina mayoritaria, en las ya mencionadas Sentencias del Juzgado de lo Penal nº 6 de Valencia 29/2011, de 31 de enero, y 401/2012, de 10 de octubre; y se confirma en las resoluciones dictadas en apelación por la Audiencia Provincial de Valencia (545/2011, de 14 de julio; y 385/2013, de 31 de mayo, respectivamente)²³³. Expresamente, en las dos sentencias del Juzgado de lo Penal se subraya que el delito de dopaje “se corresponde con un delito de peligro concreto en tanto que lo que se persigue no es un comportamiento genérico asociado al dopaje que pudiera generar un peligro potencial para la salud, sino una concreta actividad dopante que ponga en concreto peligro la vida o la salud de un deportista”. Asimismo, se afirma que reclama para su consumación una cierta cercanía del consumidor con el objeto material del delito, de modo que “la maldad del producto no se erige en el exclusivo eje del castigo penal, sino que habrá de efectuarse un examen detenido de las circunstancias del caso y, singularmente, de la eficacia de la cantidad de dosis aplicada para provocar la situación de riesgo que el tipo requiere”. Y, también, puesto que la toxicidad de la mayoría de las sustancias prohibidas en el deporte se supedita a su administración en dosis altas y de forma continuada, se insiste en que “habrá de acreditarse en cada caso, para la perfección

²³² DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., págs. 275-276. Estos autores ponen de relieve que las pautas que suministra el legislador para evaluar el peligro típico en el delito de dopaje tienen una virtualidad negativa limitadora de la interpretación y aplicación del precepto. En su opinión, estos criterios constituyen “obstáculos adicionales para que pueda desplegarse una práctica judicial similar a la que se da en los delitos alimentarios, conforme a la cual la caracterización administrativa como prohibida, unida al principio de precaución, bastan para configurar el objeto de la acción o una jurisprudencia como la contencioso-administrativa que considera indiferente la cuantía, la dosis o la eficacia real del compuesto, con tal de que se mueva en los parámetros del listado”. Analiza el traslado del principio de precaución al Derecho penal, ESCOBAR VÉLEZ, S., *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, cit., págs. 57-76.

²³³ Ofrece un comentario a la SJP nº 6 de Valencia 29/2011, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit.

delictiva, que se ha producido en efecto esa habitualidad en el empleo, no detrayéndose este dato de manera abstracta de la mera aptitud lesiva del producto, debiendo probarse en el proceso penal la situación de riesgo efectivo para el consumidor”²³⁴.

Ahora bien, presupuesto que el peligro característico de esta figura es concreto, llama la atención que no haya unidad de criterio en las resoluciones examinadas a la hora de probar este elemento. En estas sentencias se enjuiciaban hechos similares, separados temporal y espacialmente, pero conectados por ser uno de los imputados la misma persona en uno y otro proceso penal y haber desarrollado sustancialmente la misma conducta. Este sujeto, médico de profesión, prescribía sin justificación terapéutica alguna medicamentos anabolizantes a deportistas no profesionales (la mayoría culturistas) que buscaban mejorar su masa muscular y su capacidad física, en cantidades necesarias para completar ciclos, lo que conlleva ingerirlos en dosis muy superiores a las indicadas terapéuticamente. Para la dispensa de estos productos contaba con la colaboración de un farmacéutico, el cual era conocedor de que las sustancias que entregaba superaban ampliamente las dosis terapéuticamente autorizadas, con el consiguiente riesgo para la vida o la salud de los consumidores.

Como he indicado, se observa disparidad de criterio en cuanto a la demostración del peligro concreto, lo que sorprende, dado que las acciones realizadas por los acusados eran de la misma clase, aunque tuvieron lugar en fechas diferentes, desde una consulta distinta y respecto a una farmacia expendedora de los fármacos diversa. Por una parte, el Juzgado de lo Penal en sus dos pronunciamientos lo consideró acreditado sobre la base de informes periciales genéricos que declaraban que el uso de estos medicamentos en condiciones y dosis distintas a aquellas para las que han demostrado ser razonablemente seguros y eficaces pueden causar importantes daños a la salud de las personas y supone exponer al sujeto que los recibe a riesgos no justificables desde un punto de vista sanitario; por otra parte, la Audiencia Provincial modificó su valoración del peligro de una resolución a otra. En la primera (SAP Valencia 545/2011), ratificó la

²³⁴ Del mismo modo, la reciente dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Bilbao de 18 de noviembre de 2015 confirma que el artículo 362 quinquies del Código penal recoge un delito de peligro concreto. En esta resolución se abordó la “Operación Estrobo”, relativa a una supuesta trama de dopaje relacionada con los remeros de Urdaibai que tuvo una gran trascendencia mediática. Tras cinco años de instrucción, se resolvió en el sentido de absolver a los acusados porque, aunque quedó probada tanto la compra como la posesión de las sustancias dopantes, no se entendió suficientemente acreditado que se hubiese suministrado efectivamente a los remeros. Al respecto, la sentencia afirma que la distribución o el ofrecimiento de medicamentos prohibidos en el ámbito deportivo ha de representar “un peligro real” para la salud del deportista, “no solo potencial o posible”. De este modo, se insiste en que “el peligro para la vida o la salud no se erige en una mera posibilidad, debe ser una realidad que se ha de comprobar y demostrar producida”, y se recuerda que “la nocividad del producto en sí misma no es suficiente para entender acreditada la existencia de ilícito penal, siendo necesario acreditar la concreta actividad dopante que ponga en concreto peligro la salud de los deportistas”.

apreciación del peligro concreto efectuada por el Juzgado en su primera sentencia, aunque advirtió que “hubiera sido de desear la práctica de una prueba pericial médica que determinara el contenido de lo que tomó cada uno de los pacientes, la cantidad de cada dosis, el número de dosis diarias, la frecuencia o periodo en que se tomaron y los efectos perjudiciales que dicha ingesta produjo en cada consumidor”. En la segunda (SAP Valencia 385/2013), se apartó de la decisión adoptada en instancia por el Juzgado y la revocó, considerando que el informe pericial que exponía los efectos adversos para la salud que potencialmente pueden producir los fármacos anabolizantes acreditaba únicamente el peligro abstracto y potencial de los medicamentos, pues el perjuicio concreto que pudieran producir dependía de la persona del paciente y de la duración del tratamiento, lo que hubiera requerido la práctica de una prueba médica que explicara el modo por el que los deportistas pudieron encontrarse en una situación de riesgo concreto. En consecuencia, el Tribunal consideró que no había quedado probado concluyentemente el requisito legal de que el consumo en ciclos pusiera en concreto peligro la vida o la salud de los deportistas a los que se prescribió. En mi opinión, esta última sentencia pone de manifiesto los importantes problemas de prueba que comporta la exigencia de un peligro concreto en el delito de dopaje y podría constituir un precedente significativo en orden a una aplicación restringida del precepto. No obstante, debe reseñarse que mayoritariamente se tiende a considerar probado el peligro a partir de consideraciones genéricas, aunque ya existe alguna resolución que sigue esta interpretación²³⁵.

²³⁵ Tomando en consideración todas las sentencias dictadas hasta la fecha se constata, de un lado, que algunas se centran en verificar el carácter prohibido e ilegal de los productos dopantes objeto de la acción de los acusados, más que en la comprobación del peligro requerido. Así, la SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre (que, no obstante, fue dictada en conformidad); SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril (también dictada en conformidad, que tan solo señala que los productos eran medicamentos no autorizados introducidos ilegalmente en España y prohibidos en el deporte). De otro lado, otras consideran acreditado el peligro en virtud de informes periciales que se limitan a explicar los peligros que con carácter general pueden comportar los compuestos dopantes si se administran en condiciones y a dosis distintas de las previstas para tratar una patología: SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre; SJP nº 1 Huelva 217/2012, de 15 de junio (pese a que afirma que el uso de anabolizantes produce efectos adversos que pueden ser importantes, “en función del paciente y de la duración del tratamiento”, no se detiene a verificar tales extremos); SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero; SJP nº 5 Las Palmas 14/2013, de 21 de enero; SJP nº 6 Móstoles 146/2014, de 11 de abril; SJP nº 5 Getafe, 18/2015, de 2 de febrero. Por lo que respecta a las sentencias que reflejan la necesidad de probar el peligro concreto en la línea marcada por la SAP Valencia 385/2013, tengo constancia de dos: SAP La Rioja 87/2015, de 26 de mayo, que revocó la de instancia porque estimó que no quedaron acreditados los elementos que exige la infracción. Concretamente, declaraba que “frente a la prueba de los medicamentos adquiridos y de los que han sido dispensados ya sea con receta falsa o sin que conste receta, no se sabe dato alguno, ni de las personas a las que se pudo haber suministrado, ni de las cantidades suministradas a cada una de ellas, ni de la condición de las personas a las que se suministraron los medicamentos ya deportistas o no deportistas, ni tampoco se tiene dato alguno de la situación física de estas personas y de los efectos de los medicamentos que se les haya podido suministrar, es decir, tan solo queda constancia de un volumen de venta en la farmacia...”. Asimismo en esta línea, la SAP Madrid 323/2015, de 4 de mayo, que revocó la del Juzgado de lo Penal porque se había basado tan solo en un informe explicativo general acerca de los medicamentos incautados, sin que se realizara un análisis concreto de lo intervenido y quedase acreditada, entre otros extremos, la cantidad.

2. EL DELITO DE DOPAJE COMO DELITO DE PELIGRO INDIVIDUAL

Además de la interpretación que atiende al carácter concreto o abstracto del peligro en el delito de dopaje, el análisis acerca de su naturaleza se enfoca desde otra perspectiva. En particular, se afirma que el peligro que crean las conductas de este precepto es individual, y no general o común²³⁶. Al respecto, se señala que con la tipificación del dopaje se ha roto con uno de los criterios que han marcado la intervención penal en materia de tutela de la salud pública frente a productos peligrosos. Y es que, se subraya, cuando el Derecho penal ha actuado ante comportamientos no fraudulentos (en casos en los que el consumidor es conocedor de la nocividad del producto, como ocurre en materia de drogas y en muchos supuestos de dopaje, en los que el deportista tiene el control de la fuente de riesgo), ha exigido que las conductas generasen un peligro común o general, no limitado a un solo sujeto. Sin embargo, esto no sucede con el ilícito del artículo 362 quinquies del Código penal pues, a diferencia del relativo a drogas tóxicas, con el que esta figura tiene muchas similitudes, para su consumación es suficiente con que se afecte a un solo deportista, de modo que para su aplicación no se precisa que se produzca un peligro que trascienda a otros individuos. Por ello, se advierte de la incoherencia que supone que la infracción se encuentre situada entre los delitos contra la salud pública pues, de tratarse de un genuino delito de esta clase, debería requerir la producción de un peligro para la salud pública en todos

²³⁶ Este enfoque acerca de la estructura típica del delito dopaje lo realiza DOVAL PAIS, A., Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., págs. 38, 44 y 47. Se suma a esta tesis ANARTE BORRALLA, que junto con DOVAL PAIS analiza las relaciones concursales con el delito de tráfico de drogas, señalando que las acciones típicas del anterior artículo 361 bis del Código penal presuponen una inmediatez de contacto entre dopante y dopado y una contención del peligro que no se da en los delitos de tráfico de drogas. Por ello, ambos autores proponen el castigo a través de la figura de dopaje cuando el autor se limita a administrar a deportistas concretos la droga dopante, siempre que se haya aislado el peligro para la salud de otros deportistas o de terceros. Sin embargo, consideran que si dicho riesgo no queda circunscrito, hay razones para pensar que el desvalor que el legislador atribuye al tráfico de drogas no quedaría cubierto con la sanción por el artículo 361 bis, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 283. Aunque lo califica como un delito de peligro concreto, NIETO MARTÍN parece que no excluye que este sea individual por cuanto afirma que “el comportamiento incriminado no es el tráfico o la comercialización de estas sustancias, ni tan siquiera su oferta en el mercado..., sino...conductas que ponen en conexión la sustancia o el método prohibido con un concreto deportista”. Más específicamente señala que “es un delito de peligro concreto, lo que obliga a demostrar que la sustancia o las condiciones en que se suministra resulta peligrosa, *no en general*, sino para la salud del concreto deportista” (la cursiva es mía), en “Artículo 361 bis”, cit., págs. 794-795. El comentario anterior podría realizarse también respecto de ROCA AGAPITO. Este autor, aunque defiende que el bien jurídico es la salud pública, subraya que no es preciso que deba ponerse en peligro a varias personas, bastando con que se ponga en peligro a un solo deportista. A mi parecer, su enfoque de las relaciones concursales apunta al entendimiento de que el peligro podría ser individual: así, sostiene que si se pusiese en peligro a varios deportistas, habría que apreciar un concurso de delitos, real o ideal según el caso concreto; y, también, creo que ello podría deducirse del hecho de que para resolver determinados supuestos, propone el concurso entre el delito de dopaje y el de los delitos relativos a sustancias nocivas (arts. 359 y 360 Cp), “pues el peligro generado para la colectividad no quedaría comprendido por el peligro provocado a un deportista o a varios deportistas concretos”, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 57-58.

los casos, lo que no se verifica a la vista de las exigencias del tipo²³⁷. De este modo, se sostiene que el injusto objetivo de las conductas tipificadas es equiparable a un peligro individual semejante al que puede amenazar al sujeto pasivo de una tentativa de lesiones o de homicidio.

El interés de esta interpretación es manifiesto por diversas razones: la primera porque, de ser así, el ámbito de aplicación del precepto se vería claramente limitado, pues solo alcanzaría a los supuestos de puesta en peligro de un deportista, de modo que si el hecho afectase a una pluralidad determinada de individuos (por ejemplo, a los miembros de un equipo), habría que considerar la posibilidad de apreciar un concurso entre tantos delitos de dopaje como deportistas hubiesen sido expuestos a riesgo. Asimismo, en los casos en que la conducta supusiera una amenaza no solo para la salud de un individuo o un grupo concreto y determinado, sino para la de una generalidad (esto es, cuando se crease un peligro de extensión indeterminada), parece que tendría que valorarse el concurso con otras infracciones que protegen la salud pública, pues el desvalor del hecho podría no quedar cubierto con la sanción a través del artículo 362 quinquies del Código penal. La segunda, porque tal configuración del peligro típico contribuiría a reforzar la idea de que la política criminal actual discurre cada vez más en una dirección expansionista²³⁸. En efecto, de entender que el ilícito de dopaje recoge hipótesis de peligro individual, limitado a un deportista y sin repercusión alguna en terceras personas, se estaría extendiendo la intervención penal a aquellas actuaciones que no alcanzan a crear un peligro abierto para una pluralidad indeterminada de personas, sino un riesgo cierto para la salud individual de un deportista sin que conste un dolo de lesión, lo que remite a la posibilidad de que se trate de castigar tentativas imprudentes de lesión de un bien jurídico individual, consideradas tradicionalmente impunes²³⁹.

²³⁷ Esto también ha sido advertido por NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 794, que señala que su ubicación hubiera debido ser la de los delitos contra la salud individual. Al respecto, cabe recordar de nuevo que QUERALT JIMÉNEZ ha señalado como una de las grandes anomalías del anterior artículo 361 bis del Código penal que “no se alcanza a ver en qué afecta el dopaje individual a la salud pública”, insistiendo en que “ningún problema existe para la salud pública, pues de haberlo, ya estará previsto en otras normas penales”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., págs. 1078 y 1081.

²³⁸ SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001, pág. 20 y ss. Sobre la política criminal seguida en materia de dopaje y los rasgos que permiten afirmar su carácter expansionista, puede consultarse mi trabajo “Directrices de política criminal a las que responde el delito de dopaje”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 50-73.

²³⁹ En este sentido, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS ha señalado que los delitos de peligro representan “un adelantamiento de las barreras de protección en el ámbito del delito imprudente, castigando excepcionalmente la tentativa imprudente”, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 23. La punibilidad de las formas imperfectas de ejecución de un delito imprudente ha sido siempre cuestionada por la doctrina, considerándose impunes por lo general, pues el propio término “tentativa” implica un ánimo que solo puede darse en los delitos

III. ESTUDIO SOBRE EL CARÁCTER GENERAL O INDIVIDUAL DEL PELIGRO EN EL DELITO DE DOPAJE

1. INTRODUCCIÓN

Como ya he afirmado anteriormente, a mi juicio el delito de dopaje contempla la exigencia de un peligro concreto para su consumación. Por tanto, coincido con la doctrina mayoritaria en cuanto al carácter concreto del riesgo requerido. Con todo, creo que el enfoque doctrinal que considera que se trata de un injusto de peligro individual (que no está reñido con el peligro concreto)²⁴⁰ proporciona argumentos que necesariamente han de ser tomados en consideración, pues sus consecuencias son importantes. De este modo, aun admitiendo la necesaria concreción del peligro en la figura de dopaje, parece conveniente precisar si el artículo 362 quinquies participa a su vez de la naturaleza de un peligro general²⁴¹ o si más bien habría de encuadrarse entre los ilícitos de peligro individual, no solo para aclarar su relación con las restantes figuras del Código penal que protegen la salud y la vida sino, también, en orden a determinar su ámbito de aplicación y realizar una valoración sobre su necesidad a la vista del sistema de protección de estos bienes jurídicos que ofrece el Código penal.

Por ello, aunque ya he adelantado en parte mi visión acerca de la naturaleza del delito de dopaje, en el sentido de que no es un delito de peligro general, procederé a examinar estas posibilidades más minuciosamente. Asimismo, estudiaré la posibilidad de que acoja simultáneamente supuestos encuadrables en ambas categorías.

dolosos y que es incompatible, por tanto, con la imprudencia. Sobre ello, entre muchos otros, véanse CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989, págs. 428 y 492; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 243 (con más referencias en la nota 155); FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, págs. 123 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., págs. 2005-2006 (con más remisiones en las notas 8, 9 y 10); LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C.18/53. Véase, asimismo, la nota 138, pág. 82.

²⁴⁰ Así, no solo cabe hablar de delitos de peligro general concreto, sino también de delitos de peligro individual concreto. En relación con esto, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS afirma que en los delitos de peligro concreto el grado de individualización o concreción del objeto de protección depende y viene dado por cada tipo penal. Concretamente, indica que ello “dependerá de que el peligro exigido sea un peligro individual (referido a una persona o cosa determinada) o un peligro común o general (referido a una colectividad o a una persona o cosa más o menos indeterminada)”, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 198.

²⁴¹ La compatibilidad entre el peligro concreto y el peligro general ha sido analizada específicamente por los autores que sostienen que los delitos contra la seguridad colectiva son figuras que protegen bienes jurídicos personales frente a ataques que comportan una amenaza para la vida o la salud de una pluralidad indeterminada de personas. Así, la admite expresamente DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 338-339 y 362-363, que pone de relieve que la concreción se refiere a un sujeto indeterminado, “pero concreto en el sentido de existente y no presunto” (pág. 363). También considera que no hay obstáculos para compaginar la estructura típica de peligro general y la de peligro concreto, señalando que “el resultado de peligro, en los delitos de peligro general, consistirá en la puesta en peligro del bien jurídico que portan uno o varios sujetos pasivos *ex ante* indeterminados”, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 212.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL PELIGRO EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA

2.1. *Los delitos contra la salud pública como delitos de peligro general*

Como es sabido, la infracción del artículo 362 quinquies se halla situada sistemáticamente en el Título XVII, cuya rúbrica acoge los “Delitos contra la seguridad colectiva”, dentro del Capítulo III, que tipifica los “Delitos contra la salud pública”. Aunque existe discusión acerca de si en este título se protegen bienes jurídicos de titularidad colectiva, supraindividuales o difusos, o bienes jurídicos que ya se tutelan en otros lugares del Código penal²⁴², es aceptado con carácter general que en él se recogen atentados que alteran el estado de seguridad de la colectividad²⁴³. Asimismo, existe una consolidada opinión que sostiene que las figuras que allí se regulan (delitos de riesgo catastrófico, incendios, contra la salud pública y contra la seguridad vial) se refieren a situaciones de peligro para la colectividad, de peligro general²⁴⁴. Se prorroga así la

²⁴² Así lo pone de manifiesto FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., pág. 2005.

²⁴³ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 256. Esto no significa que la seguridad colectiva sea el inmediato objeto de protección, pues ello supondría una ampliación ilimitada de la intervención penal. Al respecto, coincido con él y con SOTO NAVARRO en que con la alusión a la seguridad colectiva lo que se trata es de evitar situaciones de peligro generalizado para bienes jurídicos personales o individuales, en *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., págs. 210-211. No obstante, hay que tener en cuenta que, como advierte DOVAL PAIS, en este título no solo se recogen ilícitos de peligro, sino que también se contemplan algunos que constituyen formalmente delitos de lesión (arts. 352 y 356 Cp, relativos a los delitos de incendios) o tipos mixtos de lesión y peligro (art. 346 Cp, que recoge la figura de estragos). En cualquier caso, es nota común a todos ellos que afectan a la vida o la salud de la colectividad, de una generalidad indeterminada de personas, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 256-257.

²⁴⁴ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 256; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 251; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., págs. 205-206; TAMARIT SUMALLA, J. M., “De los delitos contra la seguridad vial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, Cizur Menor, 2011, pág. 997. También afirma que son delitos de peligro general, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 521. No obstante, en opinión de SOTO, este autor incurre en una contradicción cuando sostiene que se trata de delitos de peligro general que se refieren directamente a la seguridad colectiva como bien jurídico universal y solo indirectamente a bienes jurídicos de carácter individual, pues desde este entendimiento parece más coherente apreciar una estructura típica de lesión, en *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 208, nota 45. Para FEIJÓO SÁNCHEZ, los delitos recogidos en el Título XVII son de peligro general o común y no de peligro individual. Sin embargo, advierte de que “resulta difícil reconducir todos los supuestos delictivos contra la seguridad colectiva a una idea o criterio común que permita aunar todas las figuras delictivas”. Concretamente, menciona el artículo 343 del Código penal en su redacción de 1995 (exposición a una o varias personas a radiaciones ionizantes que pongan en peligro su vida, integridad o salud), en el que considera que “es difícil, al menos en ciertos supuestos, encontrar una referencia a un riesgo para un colectivo indeterminado”, en “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., págs. 2005-2006. Disiente de la opinión mayoritaria, MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Madrid, 1998, págs. 705-712. A su juicio, es dudoso que de *lege data* todos los tipos penales incluidos en el Título XVII puedan ser interpretados en el sentido de exigir un peligro colectivo. En particular, por lo que se refiere a los delitos contra la seguridad del tráfico, señala que la descripción de las conductas típicas no exige que el peligro afecte a un número indeterminado de personas. Por su parte, conviene recordar que CORCOY BIDASOLO considera que los delitos de peligro no suponen un adelantamiento de la intervención penal, sino que en realidad son delitos de lesión autónomos en los que se protegen bienes jurídicos propios, concretamente las expectativas de seguridad y confianza de los ciudadanos, en *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, cit., págs. 225 y ss.

interpretación que se venía sosteniendo de la expresión “Delitos de riesgo en general”, que encabezaba el título V en el Código penal anterior y que fue precisamente sustituida por la de “Delitos contra la seguridad colectiva” en el texto de 1995²⁴⁵. Con ellas se pretende hacer frente a comportamientos que “ponen en juego la vida o la salud de una generalidad indeterminada de personas”²⁴⁶. Así pues, la razón de que se agrupen bajo este enunciado común no es otra que adelantar la intervención penal para castigar actuaciones que tienen lugar en esferas de actividad donde concurren una generalidad de individuos, que se desarrollan a través de medios específicos de amplio alcance (fuego, explosivos, vehículos a motor, productos peligrosos, medicamentos o alimentos), y que pueden originar daños de gran trascendencia o magnitud²⁴⁷.

Descendiendo al Capítulo III, se observa que ya en la primera mitad del siglo pasado diversos penalistas pusieron de manifiesto que los ilícitos contra la salud pública pertenecían a la categoría de los de peligro general²⁴⁸. Asimismo, en la doctrina más reciente también se insiste en la naturaleza de peligro general de los injustos contra la salud pública²⁴⁹. Específicamente, en el sector de opinión que destaca el papel esencial

²⁴⁵ Si bien el epígrafe que recoge los delitos contra la salud pública se encuadra sistemáticamente bajo la rúbrica “De los delitos contra la seguridad colectiva”, hay que tener presente que la Ley 3/1967, de 8 de abril lo aglutinó, hasta el Código de 1995, bajo la de “Delitos de riesgo en general”. Tal cambio, parece que no modificó el sentido del Título correspondiente, aunque pasó a referirse específicamente al objeto del peligro (la seguridad colectiva), en lugar de a la afección que producen tales delitos (riesgo en general), en DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 288. Así, para este autor, la rúbrica hacía referencia al rasgo de la indeterminación de los sujetos pasivos del delito pues, en todos los delitos que agrupaba se trataba de hechos que daban lugar a la exposición a riesgo a una pluralidad indeterminada de personas, por las propias características de las acciones que contemplaban y el marco en que tenían lugar (págs. 64-65). Crítico con la imprecisión de la expresión “riesgo en general”, MUÑOZ CONDE ya había puesto de relieve que no se trataba de abarcar todas las figuras de peligro del Código penal, sino aquellas que supusiesen un riesgo general, un peligro para la colectividad, en *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1995, págs. 482-483. Entiende que la fórmula empleada fue una errata, BERISTAIN IPIÑA, A., “El delito de peligro por conducción temeraria”, en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979, pág. 289.

²⁴⁶ Como se indicaba literalmente en la Exposición de motivos del Proyecto de Código penal de 1992.

²⁴⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 521.

²⁴⁸ Entre otros, CASTEJÓN y MARTÍNEZ DE ARIZALA, F., *Derecho penal, t. I. Criminología general y especial*, Madrid, 1931, pág. 370; JIMÉNEZ DE ASÚA, L./ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal conforme al Código de 1928. II Parte especial*, Madrid, 1929, págs. 186-187. Posteriormente, QUINTANO RIPOLLÉS, A., en Voz “Delito de peligro”, *NEJ*, VI, Barcelona, 1954, pág. 482, y *Tratado de la Parte especial del Derecho penal, Tomo IV. Infracciones contra la comunidad social*, Madrid, 1967, pág. 267; DÍAZ PALOS, F., en Voz “Delitos contra la salud pública”, *NEJ*, Barcelona, 1954, pág. 687; PUIG PEÑA, F., *Derecho penal. Parte especial*, t. III, vol. I, 5ª ed., Madrid, 1960, pág. 300 (citados todos ellos por DOVAL PAIS, *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 287, nota 64).

²⁴⁹ Refiriéndose al conjunto de infracciones que integran el Capítulo III del Código penal, DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 251; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) y MATA LLÍN EVANGELIO, A./GÓRRIZ ROYO, E. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, pág. 1109; MATA Y MARTÍN, R. M., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., págs. 33 y ss.; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., págs. 205-206. Asimismo, ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2010, pág. 604. No obstante, esta referencia al carácter general del peligro en los ilícitos del capítulo ha sido suprimida en la edición más reciente de esta obra, “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2015, pág. 577. En relación con las figuras específicas del citado capítulo, véanse DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 255 y *passim*; FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, en *Revista da AJURIS*, núm. 78, junio 2000,

que juega la salud individual en la conformación del bien jurídico protegido esta característica del peligro se fundamenta, entre otros motivos, en la utilización por el legislador del término “pública” como atributo de la salud. Como ya expliqué en otro lugar, se aduce que con esta expresión se hace referencia, no a una propiedad del valor tutelado, sino a la clase de ataques que constituyen el tipo de injusto, actuaciones que necesariamente han de poner en peligro la salud de indeterminados sujetos pasivos sin que concurra un dolo de lesionar²⁵⁰. Se subraya así que, en realidad, se está utilizando una estrategia diversa (la introducción de delitos de peligro general) para otorgar a la salud individual de los ciudadanos una protección que los tradicionales delitos contra la salud y la vida no están en condiciones de aportar. En consecuencia, se sostiene desde esta perspectiva que se trata de anticipar la actuación penal para prevenir la creación de riesgos de extensión indeterminada mediante acciones peligrosas que pueden afectar a un número indeterminado y/o indeterminable de personas²⁵¹, lo que significa, a la postre, que el desvalor del hecho reside en la creación de un peligro abierto, incontrolable, que se cierne sobre la colectividad. Precisamente por esta razón se considera que han de quedar excluidos del ámbito de estos delitos los supuestos en los

pág. 292 (aludiendo específicamente a la producción de alimentos o medicinas); MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 233; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, cit., pág. 71; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 67-68. Argumenta este autor que utiliza la expresión “peligro común” y prefiere no emplear la de “peligro general” para evitar confusiones con los delitos de peligro abstracto, cuya nota de generalidad es característica para las teorías que intentan una explicación del mismo.

²⁵⁰ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 242-250 (véanse también las referencias a posiciones en esta línea en la nota 162). De acuerdo con él, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 204; *id.*, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, cit., pág. 887. Asimismo, ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., cit., pág. 604, aunque de nuevo esta apreciación ha desaparecido en la última versión de esta obra. También afirma que el carácter público es un rasgo característico de los ataques que comportan estos delitos, en cuanto que planean sobre una colectividad, FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1109. Para FEIJÓO SÁNCHEZ, en los delitos contra la seguridad colectiva el gran potencial lesivo de las modalidades de actuación es lo que legitima su tipificación como injustos penales. A su juicio, “convertir esta idea en un bien jurídico supone confundir interpretación teleológica y bien jurídico. Se pervierte el concepto de bien jurídico si todos los problemas relacionados con el injusto penal se reducen a un problema sobre el bien jurídico”, en “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., pág. 2005. De otra opinión, GARCÍA RIVAS, para quien la técnica tipificadora debe vincularse al bien jurídico, pero rechaza que la estructura típica juegue un papel esencial para delimitar el bien jurídico (individual) en los delitos contra la salud pública, considerando que existen razones más que suficientes para dotar de autonomía conceptual y tutela independiente a la salud pública, en “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, cit., pág. 437.

²⁵¹ Véase *supra* nota 137, pág. 82. También, sobre el empleo en estos delitos de una técnica de tipificación singular, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., pág. 2006. Este autor señala que “los delitos contra la seguridad colectiva se diferencian de los delitos de resultado puro en la estrategia utilizada para tutelar determinados bienes jurídicos (vida, salud, patrimonio, medio ambiente)”. De este modo, insiste en que la potencialidad lesiva de las conductas obliga al Derecho penal a adoptar otro tipo de estrategias, pues esta no resulta suficientemente desvalorada a través de los delitos de resultado lesivo, en “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1999, pág. 1881; *id.*, “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, en *Revista da AJURIS*, núm. 78, junio 2000, pág. 293.

que el peligro se caracterice por ser cerrado o circunscrito, sin posibilidad de expansión²⁵². No obstante, como expondré a continuación con más detenimiento, esta caracterización del peligro general no es compartida unánimemente por los autores, pues existe otra línea interpretativa que introduce matices que pueden llevar a un entendimiento diverso del mismo.

Por su parte, en muchas de las resoluciones jurisprudenciales adoptadas en materia de salud pública también se cataloga a estos delitos entre los de peligro general, aunque se advierte que la referencia al peligro general o común aparece conectada con frecuencia al peligro abstracto²⁵³. Del mismo modo, en aquellas en las que no se califica expresamente la clase de peligro que configura la naturaleza de estos ilícitos, sí se confirma, desde la perspectiva del bien jurídico colectivo, que los comportamientos tipificados han de repercutir en la sociedad, en la generalidad. Así, por ejemplo, se señala que “...no se consuma el delito contra la salud pública cada vez que su acción repercute sobre un individuo particularizado, sino cuando golpea a la colectividad en su conjunto” (STS 1207/2004, de 11 de octubre); o, también, que “los delitos contra la salud pública (arts. 359 y ss.) tienen evidentemente la finalidad de prohibir acciones que pueden generar el peligro de daños en la salud de un número indeterminado de personas, es decir, en bienes jurídicos individuales de múltiples sujetos” (STS 385/2004, de 27 de marzo).

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

²⁵² DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 318-321. Habla de una “peligrosidad abierta” en los delitos contra la seguridad colectiva, con excepciones, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., pág. 2006. Asimismo, afirma que el núcleo de lo injusto en los delitos contra la salud pública reside en la creación de un “peligro abierto”, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 203; *id.*, “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, cit., pág. 887. Esta concepción se corrobora, en materia de drogas, por MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, págs. 49. Aunque parte de que la salud pública es un bien jurídico complementario de la salud individual, que se protege mediatamente, entiende que para apreciar el delito es preciso que el peligro pueda llegar a indeterminados sujetos no previamente elegidos, de modo que si la entrega de droga va destinada a una sola y concreta persona no hay peligro para la salud pública.

²⁵³ Son muy numerosas las sentencias, principalmente relativas al delito de tráfico de drogas, en las que se alude simultáneamente a un “peligro abstracto o peligro general o comunitario”. Ofrece una extensa relación DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 287 (nota 64) y 336 (nota 126). En referencia a todos los delitos contra la salud pública en general, la SAP Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre indica expresamente: “La nota característica de los delitos contra la salud pública es la de ser un delito de peligro abstracto. Las conductas tipificadas en el Capítulo III del Título XVII del Código penal de 1995, al igual que los equivalentes artículos del anterior, están establecidas para proteger al colectivo social de un mal en potencia. No tutelan un bien o derecho concreto, sino la posición de que la salud del colectivo se vea menoscabada por cualquiera de las conductas tipificadas en su articulado. Su naturaleza sería la de delitos de peligro común equivaldría, en definitiva, a la de los delitos de riesgo en general”.

2.2. Contenido y alcance del peligro general. Diferencias con el peligro individual

Puesto que mayoritariamente existe consenso en que los delitos contra la salud pública (se enfoque esta desde una perspectiva colectiva o individual) constituyen figuras de peligro general parece que, en principio, cabría entender que por su ubicación sistemática el delito de dopaje presenta aquella naturaleza.

Ahora bien, para poder afirmar que el peligro propio de esta figura es el mismo que el que poseen las infracciones contra la salud pública, considero que es necesario determinar con más precisión el concepto y el alcance del peligro general. En relación con ello, la doctrina no proporciona una definición unívoca, aunque sí se aprecia que los autores coinciden en cuanto a la exigencia como nota común de una cierta indeterminación en el objeto del peligro²⁵⁴. La interpretación tradicional es que este rasgo puede residir en la indeterminación del número y/o de la individualidad del objeto²⁵⁵. Por lo que concierne a la indeterminación numérica, el peligro será general cuando no se refiera a un círculo de individuos acotado en su extensión, o sea, en supuestos en los que se desconoce si hay personas que pueden sufrir un perjuicio y, en su caso, en qué cantidad; respecto a la indeterminación de la individualidad, la calificación del peligro como general aludiría, no al perímetro del círculo de sujetos, sino a lo incierto o indeterminado de las personas que lo conformasen (a su identidad)²⁵⁶.

Como señalaba, el enfoque a la hora de definir el peligro general no es unánime. Así, de un lado, la posición que podría considerarse predominante sostiene que el objeto del peligro común es la colectividad, si bien se insiste en que ello no implica necesariamente que haya de ponerse en peligro a una pluralidad de personas, pues lo decisivo es la indeterminación; esto es, según esta línea de opinión cabe entender como general el peligro que aceche a una sola persona o cosa indeterminada *ex ante* como representante de la colectividad²⁵⁷. Para esta postura, por tanto, parece indiferente que la

²⁵⁴ Recopila las distintas posturas de la doctrina extranjera (fundamentalmente alemana y, en menor medida, italiana), sobre la caracterización del peligro general DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 289-297.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 33 (nota 7).

²⁵⁶ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 292 y 294.

²⁵⁷ ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, cit., pág. 67. Este autor señala que “por delitos de peligro común suelen entenderse aquellos en que el peligro se da para un conjunto de personas o cosas indeterminadas, o bien, cuando se trate solo de una persona o cosa, que esta no se vea afectada de un modo individualizado (como “esa” determinada persona) sino que lo sea en cuanto parte de una generalidad indeterminada”. En igual sentido, BERISTAIN IPIÑA, A., “El delito de peligro por conducción temeraria”, cit., pág. 304, afirmando que “el peligro general puede referirse a solo una persona o cosa, pero indeterminada, como parte de la colectividad”; y ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 62. En relación con el anterior artículo 362, relativo a medicamentos, GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 152, insiste también en que basta con que el

extensión del riesgo se encuentre limitada numéricamente, en la medida en que el sujeto del peligro se halle indeterminado *a priori*, sea incierta su identidad, lo que me lleva a entender que la indeterminación característica se hace recaer en la individualidad de la persona puesta en peligro.

De otro lado, otra posición mantiene que el peligro general presenta dos atributos particulares que han de darse obligatoriamente: pluralidad de personas amenazadas por el peligro e indeterminación de los sujetos expuestos al riesgo²⁵⁸. El primero de ellos comporta que exista un ámbito plural de riesgo, representado por la necesaria exposición al peligro de más de una persona. El segundo, que los sujetos del peligro se encuentren indeterminados, en el sentido de que el número o la cantidad de individuos²⁵⁹, sea desconocido (al menos desde una perspectiva *ex ante*)²⁶⁰, lo que en definitiva supone que se trate de un peligro de extensión indeterminada o incierta. La indeterminación estará presente en los casos en que quien realiza la acción peligrosa no haya seleccionado especialmente a las víctimas del peligro y, por tanto, no restrinja las posibles consecuencias de su conducta²⁶¹.

Verdaderamente, la singularidad del peligro general reside en la indeterminación. Ahora bien, en mi opinión, no es suficiente con que su extensión abarque

peligro afecte a una sola persona indeterminada *ex ante*, siempre que esta aparezca como parte y representante de la colectividad. Señala RODRÍGUEZ MONTAÑÉS que en la doctrina moderna la tesis dominante es la que admite que el peligro común no solo implica la puesta en peligro de una pluralidad de personas u objetos, sino también la puesta en peligro de un solo objeto indeterminado como parte de la colectividad, en *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 33-34 (con numerosas referencias en la nota 8).

²⁵⁸ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 299-322, que profundiza ampliamente en estos caracteres; SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 205; GARGANI, A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, t. II, Milano, 2013, págs. 73-76; MATA y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, cit., págs. 33 y ss.; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 233.

²⁵⁹ SOTO NAVARRO refiere la indeterminación de los individuos no solo al número, sino también a su identidad, en *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 205. No obstante, DOVAL PAIS otorga un papel secundario a la indeterminación referida a la identidad o individualidad de los sujetos del peligro pues, a su juicio, “no parece relevante que el peligro afecte al sujeto X o Y, sino, más bien, que afecte a más o menos sujetos”, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 309-310. También parece centrar la indeterminación en el número o la cantidad de sujetos, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, cit., pág. 292.

²⁶⁰ SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 205. DOVAL PAIS considera que en los delitos contra la salud pública “la referencia indiscriminada al sujeto pasivo permanece después de la ejecución del hecho típico. Es decir, su peculiaridad consiste en lo indeterminado no solo *ex ante* (rasgo que tienen en común, por un lado, con los tradicionalmente conocidos como delitos contra las personas y en general todos los delitos del Código en el momento de la abstracta conminación penal; y, por otro, con los delitos imprudentes en el momento de la realización misma de la acción), sino también *ex post* (esto es, lo indeterminable), de los sujetos cuya salud ha sido puesta en peligro”, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 247-248. Pone de relieve que “incluso muchas veces la indeterminación no solo está presente *ex ante*, sino que *ex post* resulta imposible o extremadamente difícil determinar el número de personas afectadas o que podían haber sido lesionadas”, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, cit., pág. 292.

²⁶¹ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 309-319. Este autor afirma que para que pueda hablarse de “sujetos determinados” no basta con que el autor haya escogido directamente un cierto número de personas a las que poner en peligro, sino que es preciso constatar si ha habido o no una limitación del peligro en atención a que los sujetos hayan sido seleccionados especialmente y de un modo eficaz; esto es, excluyendo objetivamente riesgos para terceros.

exclusivamente a un solo sujeto desconocido que se erija en representante de la colectividad, sino que es imprescindible que la amenaza de daño se proyecte sobre una pluralidad de individuos no escogidos, de modo que cada uno se encuentre expuesto, y aun cuando de esa pluralidad en peligro haya un solo individuo susceptible de ser lesionado²⁶². Es decir, no basta con que la indeterminación afecte al individuo que puede terminar sufriendo un perjuicio en su salud, sino que esta requiere que el peligro implique a un conjunto indefinido de personas²⁶³. De no ser así, se estarían equiparando supuestos muy diferentes desde el punto de vista de su ofensividad. En efecto, aquella concepción llevaría a admitir que la gravedad y entidad del peligro creado es la misma, tanto si puede alcanzar a indiscriminados sujetos, como a una sola víctima potencial, cuando el contenido de injusto es distinto en un caso y otro²⁶⁴. Por tanto, si la conducta del autor supone objetivamente una amenaza tan solo para un individuo, esté o no determinado en su individualidad, creo que no puede hablarse de un peligro general, de peligro para la colectividad. Y, tampoco, si se refiere a un grupo de ellos perfectamente delimitado, sin posibilidad de trascender sus contornos²⁶⁵. Así pues, de conformidad con la última corriente de pensamiento expuesta, entiendo que el peligro general típico de los injustos contra la salud pública ha de cernirse necesariamente sobre una pluralidad indeterminada de personas.

Frente al peligro general, se opone el denominado peligro individual²⁶⁶. En la doctrina antigua la diferencia con aquel se ha venido marcando desde dos líneas

²⁶² Sobre esta posibilidad, véase el detallado análisis que realiza DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 299-327. En su opinión, el peligro general se dará tanto si varios o todos los sujetos expuestos al peligro pueden resultar lesionados (lo que él califica como peligro general colectivo), como si de todos los sujetos amenazados solo uno de ellos es susceptible de lesión (lo que denomina peligro general individual). También señala que la indeterminación surge de la no selección de víctimas por el autor, matizando que “si se actúa con dolo eventual respecto a un único posible resultado lesivo, parece más correcto apreciar una tentativa del delito de lesión correspondiente”. Comparte la idea de que la indeterminación surge de la no selección de víctimas SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 205.

²⁶³ DOVAL PAIS ofrece diversos argumentos para sustentar la exigencia de una pluralidad de sujetos expuestos al riesgo como presupuesto del peligro general: el sentido de la rúbrica “Delitos de riesgo en general” del Código anterior; así como el empleo de expresiones que aluden a determinados medios que los suponen (energía o materiales nucleares, fuego) o que se refieren a las conductas o a los espacios donde estas tienen lugar o en los que se proyectan sus efectos, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 299-300.

²⁶⁴ GARGANI, A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pág. 74. Atendiendo al plano teleológico, considera que debe mantenerse una acepción cuantitativa (referida al número o la cantidad de sujetos) y no cualitativa (referida a su individualidad o identidad) de la indeterminación, en el sentido de que la tutela de interés colectivo o difuso se caracteriza por anticipar la protección del bien individual a un momento previo en el cual solo se prevé y se castiga la puesta en peligro de una cantidad indistinta de personas.

²⁶⁵ En estos casos cabría hablar de la categoría que DOVAL PAIS denomina “peligro especial”. En ella acoge situaciones en las que la conducta desencadena peligro para una pluralidad determinada de personas, para un círculo acotado de sujetos, supuestos en los que el autor actúa con la pretensión de poner en peligro a un conjunto de personas por poseer unas determinadas características y excluyendo del ámbito del peligro a terceros participantes en la actividad en la que se introduce la acción peligrosa, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 310-320.

²⁶⁶ Lo denomina particular, ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, cit., pág. 67. Lo califica de individual o particular, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 62.

interpretativas: la primera, en función de la unicidad o pluralidad de personas o bienes puestos en peligro; la segunda, atendiendo a la determinación o indeterminación del número y/o de la individualidad de los objetos puestos en peligro. Con todo, en la actualidad, parece que impera la opinión de que el peligro individual se refiere a una persona o cosa determinada, concreta, sin perjuicio de que, como ya he mencionado, se consideren supuestos de riesgo general aquellos en que el peligro implique a una sola persona, indeterminada *ex ante*, como parte o representante de la colectividad²⁶⁷. O sea, de acuerdo con lo expresado anteriormente, podría seguirse que a juicio de la mayoría el peligro individual queda reservado para los casos en que la conducta peligrosa ponga en peligro a un sujeto determinado en su individualidad característica. Ahora bien, a mi modo de ver, lo que caracteriza al peligro individual por oposición al general, no es la determinación de la individualidad de la víctima del peligro, sino lo determinado del número de sujetos expuestos, dato del que se deriva que el peligro creado tenga una extensión limitada, contenida²⁶⁸. En consecuencia, desde este enfoque, puede ser indiferente que se conozca o no con carácter previo la identidad de la persona lo que, en definitiva, remite al criterio cuantitativo (determinación o indeterminación de la cantidad de personas a las que puede afectar el peligro) como directriz distintiva adicional al ámbito restringido del peligro y, también, en estrecha conexión, al dolo del autor. Por ello creo que, salvo que en aquella concepción del peligro general que se refiere a la puesta en peligro de un solo individuo como representante de la colectividad se introduzca el matiz de que es preciso que el peligro, en todo caso, tenga una extensión imprecisa, aptitud para materializarse no solo en ese sujeto con exclusión de

²⁶⁷ Así lo refleja RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., págs. 33-34. En esta línea, refiriéndose al delito de conducción temeraria del anterior Código penal (art. 340 bis a, 2º) indica que constituye un injusto de peligro común que exige peligro concreto para la vida o la integridad de las *personas*, pero esto no significa que haya de ponerse en concreto peligro a una pluralidad de personas para que se realice el tipo. En su opinión, basta con el peligro de una sola, considerada no en su individualidad, sino en cuanto representante del colectivo de los participantes en el tráfico. Como ejemplos de peligro individual propone, en referencia a la regulación penal previa al Código penal de 1995, el delito de abandono de un menor de siete años con puesta en peligro de su vida (art. 488,5º) y el artículo 348 bis a) del Código penal, “pues la puesta en peligro de la vida o la integridad física se refiere a aquellos trabajadores, perfectamente determinados aunque constituyan un colectivo más o menos amplio, a los que no se procuran las medidas de seguridad e higiene exigibles”; BERISTAIN IPIÑA, A., “El delito de peligro por conducción temeraria”, cit., pág. 304. Aplicando el concepto, señala este autor que “si, por ejemplo, se pone en peligro a cuatro personas, habrá cuatro delitos; pero en caso de peligro abstracto, habrá un solo delito (continuado)”; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 62, manifestando que la distinción entre el peligro general y el individual, “más que en la pluralidad de las personas o cosas afectadas, se basa en la indeterminación de las mismas”, y concluyendo que el peligro individual o particular hace referencia a una persona o cosa determinada, concreta; a una persona o cosa “individualizada y determinada” se refiere ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, cit., pág. 67.

²⁶⁸ En este sentido, GARGANI, A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, cit., pág. 74. Asimismo, DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 310, cuando señala que al hablar de indeterminación el dato relevante es el relativo al número o la cantidad, vinculándolo a la extensión del peligro: “en la medida en que los sujetos están determinados el peligro tendrá una extensión limitada; sin embargo, si no lo están lo máximo que se podrá afirmar es que el peligro posee una extensión indeterminada”.

terceros, sino en cualquier otro (lo que implica una pluralidad indeterminada expuesta al riesgo), no cabrá admitir como supuestos de peligro general aquellos en los que el peligro se cierne sobre un solo individuo, sea conocida o no su identidad.

3. EL DELITO DE DOPAJE COMO (POSIBLE) DELITO DE PELIGRO GENERAL CONCRETO

El primer análisis que voy a realizar concierne a la posibilidad de que la figura de peligro concreto del artículo 362 quinquies comporte la exigencia de un peligro general. Se trata, desde la concepción que secundo, de verificar si el tipo de dopaje demanda que la acción ocasione un peligro de extensión indeterminada que implique a un conjunto indefinido de personas con especial acercamiento de algún deportista a la fuente de riesgo²⁶⁹.

Formalmente, en términos gramaticales, parece que inicialmente el precepto no excluye el castigo de supuestos de peligro general concreto, de modo que podría afirmarse la tipicidad de acciones masivas en tanto que puedan encuadrarse en los verbos típicos²⁷⁰. En consecuencia, desde esta perspectiva, el precepto alcanzaría a los casos en que se comercializasen sustancias dopantes peligrosas para la salud indiscriminadamente a través de Internet, en un establecimiento comercial dedicado a la nutrición deportiva, en un gimnasio o en una carrera de fondo popular, siempre que quedase acreditada que la creación de un peligro idóneo para una pluralidad indeterminada de personas cristalizó en un peligro al menos para un deportista cualquiera, lo que requeriría un contacto directo con el comprador (telemático, en el supuesto de que el medio utilizado fuese Internet). Si el dolo del sujeto hubiese abarcado el resultado de peligro, por ejemplo porque hubiese desarrollado una labor de “asesoramiento” sobre dosis o ciclos de consumo con conocimiento de que la ingestión

²⁶⁹ La compatibilidad entre el peligro concreto y el peligro general ha sido analizada específicamente por los autores que sostienen que los delitos contra la seguridad colectiva son figuras que protegen bienes jurídicos personales frente a ataques que comportan una amenaza para la vida o la salud de una pluralidad indeterminada de personas. Dado que el peligro general, en la concepción que propugnan, ha de extenderse sobre una pluralidad indeterminada, podría pensarse que la puesta en peligro concreto exige que un sujeto pasivo *determinado* haya entrado en el radio de la conducta peligrosa lo que, de ser así, excluiría a los delitos de peligro concreto del ámbito de los delitos de peligro general. Sin embargo, cabe interpretar que esto no es así. Así, estima expresamente que ambas categorías son compatibles DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 338-339 y 362-363, que pone de relieve que la concreción se refiere a un sujeto indeterminado, “pero concreto en el sentido de existente y no presunto” (pág. 363). También considera que no hay obstáculos para compaginar la estructura típica de peligro general y la de peligro concreto, señalando que “el resultado de peligro, en los delitos de peligro general, consistirá en la puesta en peligro del bien jurídico que portan uno o varios sujetos pasivos *ex ante* indeterminados”, SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, cit., pág. 212.

²⁷⁰ Admiten expresamente la tipicidad de las acciones masivas subsumibles en los verbos típicos, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 113.

de la sustancia prohibida en tales circunstancias era peligrosa, creo que no habría obstáculo para apreciar un delito de dopaje. No obstante, aun cuando estos supuestos tengan cabida en la descripción típica, es muy dudoso que ello se corresponda con la estructura de peligro del delito y que se pueda llegar a la conclusión de que en estas situaciones el contenido de injusto quedaría absolutamente desvalorado a través del artículo 362 quinquies del Código penal. Como veremos enseguida, este solo requiere un peligro concreto circunscrito al deportista al que se facilita el producto dopante.

En principio, cabría considerar que existen argumentos que apoyan su clasificación entre los delitos de peligro general, de extensión indeterminada o incierta aunque, como he sugerido, quizás no son lo suficientemente sólidos para afirmar este carácter con rotundidad.

En primer lugar, si se realiza una interpretación sistemática, la ubicación de la figura entre los “Delitos contra la seguridad colectiva” y, concretamente, dentro del capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, apunta a esta consideración de la estructura de peligro. Ya he referido previamente que existe una opinión consolidada en un sector mayoritario de la doctrina que clasifica las infracciones reguladas bajo esas rúbricas como de peligro general o común. No obstante, como anticipaba al tratar el bien jurídico, este argumento puede no ser especialmente fuerte, sobre todo si se observa que en los últimos tiempos la técnica legislativa empleada en las sucesivas reformas del Código penal está no solo distorsionando los esquemas tradicionales seguidos en la agrupación y ordenación sistemática de los preceptos penales²⁷¹, sino también introduciendo delitos de nueva creación que responden en un porcentaje muy alto a una utilización meramente simbólica del Derecho penal.

En segundo lugar, atendiendo a la redacción del precepto, puede acudir a la formulación de las conductas típicas en los restantes delitos incluidos en el capítulo. En todos ellos se sancionan comportamientos que son idóneos para poner en peligro la salud de un número indeterminado de sujetos y que se extienden al ciclo de producción y distribución de una serie de productos de uso o consumo (medicamentos, alimentos, drogas, sustancias nocivas) que se encuentran al alcance de la colectividad. La intervención penal reside en que determinadas actuaciones y productos son susceptibles de llegar a causar daños generales, bien porque el producto sea nocivo en sí o por otras

²⁷¹ Véase *supra* pág. 92. Es más, bajo el Título “De los delitos contra la seguridad colectiva” se recoge en el artículo 343 un delito relativo a radiaciones ionizantes en el que cabe entender que se sancionan supuestos de peligro individual, lo que se analizará más tarde. Asimismo, constituye una muestra de que no siempre los delitos agrupados bajo una rúbrica responden a un criterio homogéneo el artículo 154 del Código penal (riña tumultuaria), que castiga entre las lesiones supuestos en los que parece que el tipo recoge hipótesis de peligro general.

circunstancias, pero lo relevante es que en todas las figuras siempre se expone a riesgo a una pluralidad indeterminada de personas.

Pues bien, si acudimos al artículo 362 quinquies del Código penal puede argüirse también a favor de que se trate de un injusto de riesgo general la coincidencia o equivalencia de algunos verbos típicos con los de las figuras de esta clase a las que he aludido. Por ejemplo, por una parte, se recogen en el artículo 362 quinquies del Código penal comportamientos como “suministrar” (presente en los arts. 361 bis, 359 y 360 Cp), “ofrecer” (arts. 361, 362 bis y 363.1 Cp) y “facilitar” (arts. 362 bis, y 368 Cp). Por otra parte, la “dispensación” del artículo 362 quinquies podría equipararse a la “expendición” o “despacho” de medicamentos (art. 362 bis Cp); y comportamientos descritos en la figura de dopaje tales como “proporcionar”, “ofrecer” o “facilitar” podrían reconducirse al verbo típico “vender” (que se recoge en los arts. 362 bis y 363.2 Cp).

Ciertamente esta exhaustividad en la descripción de las conductas típicas es paralela a la seguida en otros delitos de este capítulo, con una probable vocación de abarcar todo el espectro de actuaciones punibles para evitar lagunas de punición. Con todo, la relevancia que cabe otorgar al hecho de continuar con esta técnica descriptiva en la figura de dopaje es relativa ya que, de un lado, un estudio más detallado de los verbos típicos permite apreciar alguna desviación respecto a las otras figuras.

En efecto, llama la atención que en el tenor literal de la norma no se incluyan algunas conductas que sí se contemplan en las demás y que he comentado con anterioridad: la elaboración (arts. 359, 362.1 y 368 Cp); la fabricación (arts. 361 y 363.3 Cp); la producción (art. 362.1 Cp); la alteración (art. 362.2 Cp); la adulteración (arts. 364 y 365 Cp); el tráfico, salvo que se pueda reconducir a alguna de las acciones típicas (arts. 362 bis, 363.3 y 368 Cp); la publicidad o el anuncio, la exhibición, el envasado (art. 362 bis Cp); y la mera tenencia o posesión para fines de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal por terceros (que se sanciona en el art. 368 Cp, relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas). Estas ausencias no han sido acogidas por la doctrina del mismo modo. Así, hay autores que consideran mesurada la selección de conductas típicas de acuerdo con el principio de intervención mínima, mientras que otros han puesto de manifiesto sus críticas al hecho de que no se recojan

en el artículo 362 quinquies otras como la elaboración o el tráfico ²⁷² . Independientemente de la valoración que esta opción legislativa merezca, lo cierto es que, aunque se considerase acertada la limitación de los comportamientos típicos en razón de una correcta aplicación del principio de intervención mínima (porque se ha limitado el castigo a tan solo aquellos que impliquen una relación directa con el deportista), ello desemboca en una relativa distorsión respecto de la configuración de las restantes infracciones del mismo capítulo, en las que queda clara la ambición de no dejar ningún resquicio a la impunidad cuando se trata de velar por la salud de la generalidad de los ciudadanos. Si este hubiese sido el planteamiento legislativo, parece que lo lógico hubiese sido recoger todo el abanico de conductas peligrosas relativas a estas sustancias dopantes, en coherencia con la regulación diseñada para los delitos sobre sustancias nocivas, medicamentos, alimentos o drogas, donde sí se comprenden todos los comportamientos que conforman el ciclo de vida del producto de que se trate.

Paradójicamente, de otro lado, el propio argumento que apoya su naturaleza de peligro general sobre la base de la reiteración o equiparación de algunas actuaciones típicas puede servir también para debilitar esta afirmación. Me refiero a que, dado que el objeto material del delito de dopaje, cuando se trata de sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, puede coincidir con el previsto en los otros ilícitos (pueden ser o formar parte de un medicamento, o constituir drogas, o aparecer en la composición de algún preparado alimenticio), no se explica muy bien la creación de un tipo penal de peligro general que recoge algunas acciones ya previstas y que afectan a una pluralidad indeterminada de personas entre las que se cuentan los deportistas. Si la estructura del delito fuera de peligro general, el precepto podría considerarse superfluo, por redundante. Además, si así fuera, tales solapamientos de conductas y objetos materiales podrían conducir a que una misma acción se sancionara de modo muy diferente²⁷³, únicamente en función de quienes fueran los sujetos pasivos de la acción (deportistas o no deportistas), lo que plantea problemas de vulneración de principios esenciales como los de igualdad y de proporcionalidad.

Asimismo, hay que tener en cuenta de nuevo los antecedentes del precepto, pues en el inicio del proceso de gestación del mismo el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, que culminó con la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, señalaba

²⁷² COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 433. En sentido contrario, considerando mesurada la selección de conductas típicas de acuerdo con el principio de intervención mínima, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 69-70.

²⁷³ Lo que ocurriría, por ejemplo, si se suministrasen drogas dopantes.

expresamente la necesidad de “incorporar al ordenamiento penal tipos delictivos que castiguen conductas no previstas en este momento, o que son de dudosa inclusión”. En mi opinión, esta justificación del delito podría conducir a pensar que la voluntad del legislador no era la de elaborar una infracción de peligro general, sino, quizás, la de tipificar supuestos con un contenido de injusto diverso. De hecho, una lectura detenida del Plan permite apreciar que no solo existía una preocupación por el dopaje de deportistas de base no profesionales, sino también por el que afectaba al deporte de élite, de modo que en él se plasma la intención de castigar tanto los casos de actuaciones favorecedoras del acceso descontrolado de los integrantes de la comunidad deportiva a productos, sustancias y métodos dopantes peligrosos, como aquellos otros en que los que el consumidor o usuario pertenece a la élite deportiva y cabe presumir que en la mayoría de las ocasiones accede a los mismos de un modo “controlado”

En tercer y último lugar, cabría esgrimir a favor de la naturaleza de peligro general del delito de dopaje la utilización del plural “deportistas” para concretar el sujeto pasivo de la acción, entendiendo que tal referencia concierne a la comunidad deportiva como un conjunto impreciso de individuos sobre los que se cerniría el peligro típico. Sin embargo, tampoco creo que ello sea determinante, pese a que es nota común a los delitos de peligro contra la salud pública que las alusiones a los sujetos del peligro se realicen en plural (“personas”, “consumidores”). Primero, porque como ya he explicado en otro apartado, es difícil identificar a “los deportistas” con la generalidad pues el precepto, a la vista de sus exigencias típicas, acota el círculo de sujetos pasivos solamente a aquellos con los que el sujeto activo entable una relación directa, además de excluir de su alcance los supuestos en los que el destinatario de la sustancia o el método dopante sea un ciudadano que no practique deporte y que, no obstante, pueda ver puesta en riesgo su salud al recurrir a ellos con otros fines²⁷⁴; segundo, porque en el Código penal también existe alguna figura que podría considerarse que es de peligro individual y en la que, no obstante, los sujetos pasivos se definen acudiendo al plural²⁷⁵; y, tercero, porque el empleo en el tipo agravado del término “víctima” permite cuestionar la relevancia que deba otorgársele a la expresión “deportistas”, ya que implica ciertamente

²⁷⁴ Véanse *supra* págs. 93 y 94 .

²⁷⁵ En concreto, el delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 Cp), calificado como ilícito de peligro individual por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 34.

la posibilidad de que la acción suponga una amenaza de daño para tan solo una persona²⁷⁶.

En definitiva, si bien cabe admitir que el artículo 362 quinquies englobaría en principio aquellas actuaciones que encajen en los verbos típicos y en las que se cree un peligro de extensión incierta con especial acercamiento de al menos un deportista al foco de peligro (peligro general concreto), es discutible que desde un punto de vista material su naturaleza sea con certeza la de un delito de peligro general. Si así fuera, la conducta del autor para ser típica debería afectar siempre a más de un deportista, lo que, como veremos a continuación, no es así²⁷⁷. Con todo, es significativo señalar que la jurisprudencia existente en la materia, aun cuando no se pronuncia sobre el carácter general o individual del injusto, aplica el delito de dopaje como si fuera un ilícito de peligro general, condenando solo por esta figura ante hechos en los que se podría identificar la presencia de un peligro general concreto y sin entrar a valorar si con ella se abarca completamente el desvalor del hecho²⁷⁸.

4. EL DELITO DE DOPAJE COMO (POSIBLE) DELITO DE PELIGRO INDIVIDUAL CONCRETO

El segundo análisis que voy a desarrollar se centra en valorar la posibilidad de que la estructura de peligro del artículo 362 quinquies se corresponda con la de un delito de peligro individual y concreto para un deportista. Se trata de comprobar, de acuerdo con lo expuesto más arriba, si estamos ante una figura que para su consumación reclama un peligro concreto para un deportista que no trasciende o implica a un conjunto indefinido

²⁷⁶ DOVAL PAIS cuestiona también el valor que cabe atribuir al uso del plural para delimitar el sujeto pasivo del delito. Asimismo, afirma que el término víctima se compadece mal con la idea de que se protege la salud pública, que como ya se ha expuesto, identifica con la protección de la salud individual frente a ataques que implican un riesgo plural, de extensión indeterminada, en “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., págs., 44 y 47. Aunque defiende que el bien jurídico protegido es la salud pública como valor colectivo, afirma que el uso del plural no quiere decir que deba ponerse en peligro a varias personas, bastando con que se exponga a riesgo a un solo deportista, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 59.

²⁷⁷ DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 47.

²⁷⁸ Así, entre otros, en casos oferta por Internet de medicamentos legales obtenidos con recetas falsificadas y suministro posterior a conocidos y personas extrañas que contactaban a través de la red; de venta en gimnasios de productos farmacéuticos obtenidos en el extranjero; o de distribución a un número indeterminado de deportistas (e incluso a sujetos que difícilmente podrían incluirse en la categoría de los deportistas por recreo, como es el caso de individuos que se preparaban para las pruebas físicas de las oposiciones a la Policía local), de medicamentos prohibidos en España, de complementos alimenticios que incorporaban sustancias dopantes y, también, de medicamentos falsificados. Concretamente, la SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre; SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre; SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril; SJP nº1 Huelva 217/12, de 15 de junio; SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre; SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero; SAP Sevilla 517/2014, de 23 de septiembre; SAP Almería 24/2015, de 8 de junio. Del mismo modo, la más reciente SJP nº 10 Valencia 15/2016, de 14 de enero, que condena en conformidad a unos sujetos que “adquirían y distribuían a terceros sin ningún tipo de autorización medicamentos utilizados en dopaje deportivo en la provincia de Valencia, inclusive en el interior del establecimiento penitenciario Picassent”.

de personas.

Al respecto, creo que el tipo admite con claridad la sanción de aquellos comportamientos que tan solo ocasionen un peligro para la vida o la salud de un solo sujeto, sin riesgo para terceros. Es más, un examen detallado de los elementos típicos conduce a afirmar que el peligro requerido es un peligro contenido, circunscrito al deportista concreto al que se aproxima la sustancia o el método prohibido. Veamos las razones específicas que sirven de base a esta afirmación. Algunas de ellas ya he indicado que han permitido también fundamentar desde otra perspectiva el grado de afección que conlleva el peligro típico y, a su vez, han sido utilizadas en la delimitación del bien jurídico protegido, por lo que no me extenderé demasiado para evitar reiteraciones innecesarias.

Brevemente insistiré, en primer lugar, en la discordancia señalada entre la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006, que incorporó el delito de dopaje al ordenamiento jurídico penal, y la redacción final que se dio al precepto. Si aquella se refería a conductas de peligro incontrolado para la salud pública, la realidad es que si se observa la descripción de las acciones que contiene el tipo penal se constata que para la perfección delictiva solo se precisa que se exponga a riesgo la salud de un deportista en un contexto de peligro controlado, con exclusión de terceros.

En segundo lugar, los verbos típicos, que requieren un contacto directo con el deportista, comportan un peligro que puede ser verdaderamente contenido y no trascender más allá del destinatario. Me refiero, especialmente, a las acciones consistentes en “prescribir” (recetar) o “administrar” (entendido como aplicar, dar o hacer tomar), que aluden a la creación de un riesgo limitado a un sujeto identificado o identificable. A mi juicio, es difícil hablar de peligro general cuando se llevan a cabo estas acciones, por cuanto repercuten directamente en un solo sujeto particularizado (tanto si su identidad es o no conocida de antemano).

En tercer lugar, la referencia a la “autorización terapéutica”. Este elemento presenta una doble dimensión. Por una parte, comporta la exigencia de que el comportamiento se lleve a cabo sin que existan razones materiales terapéuticas que justifiquen la entrega o la aplicación de la sustancia o el método dopante peligroso. En relación con este requerimiento, en principio cabría considerar que es suficiente con que el sujeto activo actúe sin intención de procurar un tratamiento para enfermedad alguna, al margen de si se expone a riesgo la salud de un conjunto indeterminado de personas o de una sola. Bastaría, para dar cumplimiento a la prescripción legal, por ejemplo, con

ofrecer un producto dopante a cualquiera en un establecimiento dedicado a la venta de material deportivo sin una finalidad curativa. Desde esta óptica, entonces, se podría sostener que la falta de justificación terapéutica no constituye un indicador decisivo para determinar la naturaleza del delito. Sin embargo, a mi juicio, existen razones para pensar que el papel que desempeña este elemento en la descripción del tipo contribuye a perfilar la clase de peligro que caracteriza al ilícito. Con este objetivo, creo que es obligado realizar una interpretación integradora de los distintos elementos que conforman el injusto típico y tener presente lo que ya he afirmado previamente: que todas las acciones requieren necesariamente que se establezca una relación directa y personal con el deportista, lo que excluye la tipicidad de aquellas que consistan en un mero ofrecimiento en el mercado. Siendo así, y tratándose de conductas referidas a un sujeto, entiendo que la ausencia de justificación terapéutica implica que el autor actúe sin una causa terapéutica, con conocimiento de que las condiciones psicofísicas del receptor concreto no requieren tratamiento alguno, lo que difícilmente encaja con el peligro general.

Por otra parte, la segunda dimensión que presenta la cláusula “sin justificación terapéutica” me parece que apoya especialmente la exigencia de un peligro individual. Su concurrencia determina que quede excluida la responsabilidad penal ante la existencia de razones médicas que motiven la prescripción, la administración, el ofrecimiento o la entrega del producto o el método dopante peligroso al deportista con la finalidad de curarlo de su dolencia. En estos casos, el autor despliega una conducta que representa un riesgo para la salud del deportista, pero que deviene atípica porque la sustancia o el procedimiento están dirigidos a sanar a aquél cuya salud está deteriorada. Se trata, por tanto, de supuestos en los que el peligro se circunscribe al deportista que padece la enfermedad y al que se destina el elemento dopante con conciencia de su particular situación fisiológica.

En cuarto lugar, uno de los parámetros para valorar la concurrencia del peligro que ofrece el legislador: las “otras circunstancias concurrentes”. Hay que tener en cuenta que estas circunstancias, como ya he señalado, pueden ser personales, por ejemplo, el nivel de entrenamiento del deportista, las patologías previas que haya padecido, la medicación a la que pueda estar sometido en el momento de la acción, etc. Y de nuevo es preciso recordar que el dolo ha de comprender el conocimiento de que la sustancia o el método dopante son peligrosos en tales circunstancias, lo que implica que el autor

haya de conocer las condiciones particulares del destinatario de los mismos²⁷⁹. En relación con ello, creo que no integraría el dolo típico el conocimiento general de que el consumo de la sustancia puede ser peligroso por razón de los esfuerzos físicos a que se ven sometidos los deportistas habitualmente. Por lo tanto, cabría hablar de un peligro individual en el caso de que el riesgo para la salud derivase de factores exclusivamente ligados al deportista al que se facilita la sustancia o el método dopante. Con todo, es preciso matizar que esta referencia tampoco es decisiva por sí sola, pues podrían concurrir otras circunstancias ajenas a la situación personal del deportista y que podrían ser aptas para desencadenar un peligro general.

Por último, las modalidades agravadas orientan claramente en la dirección de un peligro individual y concreto para un deportista y no hacia un peligro general que exponga a una pluralidad indeterminada. Así, el empleo del término “víctima” en la primera de las agravaciones pone de relieve la posibilidad de que el sujeto pasivo sea un único deportista, destinatario particular del producto y receptor único del peligro. Pero también llevan a este entendimiento las agravaciones residenciadas en el ejercicio de la intimidación o en el prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional, pues en estos casos las acciones que llevan al deportista a consentir viciadamente el dopaje descansan en una relación específica entre el sujeto activo y el pasivo y no parecen implicar un dopaje peligroso más allá de los límites de tal relación. Lo mismo puede señalarse con carácter general de la modalidad referida al engaño como medio comisivo, aunque hay que tomar en consideración que la posibilidad de un engaño generalizado relativiza el peso de esta agravación en la configuración del injusto como de peligro individual.

De acuerdo con lo expuesto, la pregunta que se plantea a continuación es la de si, dado que la configuración típica acoge conductas que representan un riesgo limitado a la salud de un solo deportista, puede entonces concluirse que la naturaleza del ilícito es de peligro individual. En mi opinión, la descripción del tipo, unida al resto de razonamientos que he ido exponiendo, permiten afirmar que pertenece a la categoría de los delitos de peligro individual tal y como los he definido: la actuación del autor para ser típica debe afectar siempre a un deportista.

La redacción del precepto exige para su consumación que *siempre* se ponga dolosamente en peligro (concreto) a un deportista, sin que sea necesario que haya de

²⁷⁹ Incide en que el dolo de peligro deberá abarcar las concretas circunstancias concurrentes en el caso y, en particular, las referidas a las condiciones específicas del deportista, MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 892.

exponerse a riesgo a un conjunto indeterminado de personas, como requiere el peligro general. Asimismo, se ha podido observar que contiene referencias que claramente abocan a un peligro de contornos restringidos. Aunque de acuerdo con su sentido gramatical algunos verbos típicos puedan dar lugar a peligros generales, lo cierto es que una interpretación integradora de los diversos elementos del tipo que se han examinado muestra que es suficiente con que dolosamente se produzca una amenaza de lesión limitada a un individuo. Podría plantearse la posibilidad de que estas hipótesis no deban considerarse punibles a través del delito de dopaje, justamente por producir un peligro individual ajeno al peligro característico de las figuras contra la salud pública. Sin embargo, creo que esta interpretación no sería correcta. Además de por las razones de tipicidad ya expuestas porque, si así fuera, se estarían excluyendo del ámbito del artículo 362 quinquies supuestos muy significativos de dopaje individual en el deporte profesional, de importante trascendencia mediática, en contra de la necesidad declarada de incorporar al ordenamiento penal un tipo delictivo que castigase conductas no previstas o de dudosa inclusión²⁸⁰. Por tanto, estamos ante un tipo penal que no sanciona el peligro general, sino el peligro individual doloso para un deportista determinado (no una pluralidad indeterminada), que se caracteriza por tener un alcance acotado.

Una vez concretado el contenido de injusto del precepto y, atendiendo a su estructura típica, paso a precisar cuál sería el alcance de la infracción de dopaje en las diversas hipótesis de creación de peligro a través de productos y métodos dopantes que pueden plantearse.

a) Si el sujeto hubiese dirigido su acción exclusivamente hacia un deportista específico con consciencia del peligro que ello representaba para su vida o su salud, estimo que podría hablarse de un peligro individual sancionable únicamente a través del artículo 362 quinquies del Código penal. Formarían parte de este grupo de casos aquellos en los que, por ejemplo, un médico inyectase anabolizantes al deportista o le aplicara autotransfusiones peligrosas para mejorar sus capacidades físicas, supuestos en los que objetivamente, se provocaría un peligro individual, circunscrito al individuo concreto, del que permanecerían al margen otras personas.

Asimismo, entrarían en el ámbito del injusto todas las situaciones en las que, verificada la concurrencia del resto de elementos típicos, la conducta del autor consistiese en prescribir, proporcionar o entregar el producto dopante peligroso a un deportista concreto, de modo que el peligro se hubiese proyectado sobre el destinatario

²⁸⁰ En este sentido, DOVAL PAIS, A., "Criterios de tutela penal de la salud pública", cit., pág. 47.

al que se orientó la actividad de dopaje. Podría suceder que el sujeto pasivo pudiese compartir la sustancia dopante o distribuirla a otros (por ejemplo, si el entrenador facilitase periódicamente envases con productos dopantes al deportista que se ejercita bajo su dirección). No obstante, a mi juicio, estos supuestos cumplirían con la exigencia de peligro individual que demanda el ilícito siempre que, como he señalado, se comprobase que el comportamiento del autor se enfocó hacia un deportista concreto y no concurren otras circunstancias que pongan de manifiesto que se provocó un riesgo para una pluralidad indeterminada de personas abarcado por el dolo del autor. Piénsese que en la mayoría de ocasiones, salvo que se haga ingerir o se aplique personalmente la sustancia, es prácticamente imposible aislar completamente el peligro al que podría dar lugar una hipotética cesión. Por tanto, salvo que las circunstancias reflejen otra cosa, creo que sería un exceso considerar como casos de peligro general aquellos en los que simplemente el destinatario tiene en su mano la opción de compartir o repartir el elemento dopante, pues difícilmente sería factible sostener que el sujeto activo ha puesto en juego la vida o la salud de una generalidad indeterminada de personas.

b) Si, sin embargo, el sujeto hubiese orientado la conducta peligrosa a un conjunto restringido de deportistas, creando un peligro de extensión limitada a ese círculo acotado de individuos (por ejemplo, si facilita sustancias dopantes a los miembros de un equipo de fútbol), parece que habría de apreciarse un concurso entre tantos delitos de dopaje como sujetos cuya salud se expuso a riesgo, pues se habría afectado a una pluralidad de bienes jurídicos personales²⁸¹. En mi opinión, aplicar un solo delito en estas hipótesis plantearía problemas de proporcionalidad de la pena, pues llevaría a castigar del mismo modo la puesta en peligro concreto de la vida o la salud de una persona que la de varias. De nuevo, podría existir la posibilidad de que los deportistas

²⁸¹ Ante estas situaciones las opiniones de los autores son variadas. Así, propone el concurso ideal de delitos, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 57. A su juicio, sin embargo, si se facilitan estas sustancias a distintos deportistas en diferentes competiciones, el concurso sería real, aunque tendría que haber una separación entre los delitos, pues en otro caso considera que habría de apreciarse un delito continuado. De la misma opinión, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 59. Se muestra a favor del concurso real en las hipótesis en las que haya una pluralidad de sujetos pasivos, por ejemplo un equipo de fútbol, en las que habrá tantos delitos como víctimas, GÓMEZ TOMILLO en “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 365. Por su parte, DE LA CUESTA AGUADO se muestra partidaria de aplicar un solo delito cuando el sujeto activo realice varias conductas de modo sucesivo respecto de un mismo sujeto pasivo o un grupo de ellos en una misma situación típica (en ejecución de un mismo plan criminal), en “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236. En cualquier caso, hay que señalar que la posibilidad de considerar estos supuestos como un solo ilícito ha sido defendida por algunos autores y por la jurisprudencia en relación con otras figuras de peligro para bienes individuales, como los delitos contra la intimidad. En este sentido, véase la SJP nº 16 de Madrid 531/2009, de 18 de diciembre, que condenó por un delito de revelación de secretos a dos directivos de la Cadena Ser por la cesión para su publicación de un listado con los nombres, apellidos, domicilio y afiliación a un partido político de setenta y ocho ciudadanos, realizada sin autorización de los afectados.

compartiesen o repartiesen con otros sujetos los productos dopantes, y la calificación del hecho debería resolverse del modo indicado anteriormente.

c) Por último, quedarían por calificar los casos en los que el dolo del autor hubiese abarcado no solo la puesta en peligro del deportista concreto al que proporcionó la sustancia dopante, sino la de cualquiera de los sujetos expuestos (una pluralidad indeterminada) que se podría haber aproximado al foco de peligro (por ejemplo, cuando el autor se dedicase con habitualidad a la venta incontrolada de sustancias prohibidas peligrosas en un gimnasio, a través de un establecimiento comercial o incluso Internet)²⁸². Comprobada la creación de un peligro general concreto y la proyección del dolo sobre todos los elementos del tipo, entiendo que el delito de dopaje no alcanzaría para sancionar el peligro general y, por tanto, sería preciso estudiar la posibilidad de aplicar algún delito contra la salud pública y analizar la relación concursal con aquél. Y es que, de acuerdo con la estructura de la infracción, el contenido de injusto de aquellos comportamientos relacionados con el dopaje que pudieran dar lugar a un peligro general concreto no quedaría plenamente desvalorado a través del artículo 362 quinquies del Código penal, de manera que el exceso de peligro que eventualmente pudiera haberse producido quedaría fuera del tipo.

Sentado lo anterior, y aun cuando ya ha quedado explicada mi interpretación sobre la naturaleza jurídica del delito de dopaje, estimo que no debe pasarse por alto una última posibilidad para cerrarla definitivamente. Justamente, tomarla en consideración permitirá aportar algún argumento más para sostener la tesis de que la figura de dopaje es de peligro individual.

²⁸² En los casos en que se comercializasen indiscriminadamente sustancias dopantes peligrosas para la salud, bien a través de Internet, bien en un establecimiento comercial, la generalidad estaría integrada por los potenciales consumidores que, dado el medio utilizado para acercar el producto dopante, abarcaría tanto a deportistas como a no deportistas. En aquellos otros en que se distribuyesen indistintamente las referidas sustancias dopantes a cualquiera en un entorno puramente deportivo, como en un gimnasio, podría afirmarse también la producción de un peligro general si se identifica la generalidad con el colectivo de personas que practican deporte con regularidad. Aunque en algún supuesto podría considerarse inicialmente que el autor realizó una selección de los sujetos del peligro (los socios del gimnasio), entiendo que con carácter general ello no debería llevar a la conclusión de que estaban determinados y, por tanto, a excluir el peligro general. En realidad, en la medida en que la conducta hubiese puesto en riesgo a cualquiera de los participantes en la actividad sin que ninguno quedara a salvo, sería posible sostener que la extensión del mismo fue indeterminada y, por tanto, el peligro general. Se habría afectado de este modo a una pluralidad indeterminada de sujetos con la creación de un haz de peligro abierto susceptible de cristalizar en daños para uno, para varios o para todos. En relación con la indeterminación de los sujetos, véase la regla adicional que propone DOVAL PAIS aludiendo a que la selección sea eficaz, en *Delitos de Fraude alimentario*, cit., págs. 310-315.

5. EL DELITO DE DOPAJE COMO (POSIBLE) DELITO DE PELIGRO MIXTO (GENERAL E INDIVIDUAL)

Aunque, en mi opinión, el artículo 362 quinquies exige un peligro individual, es preciso cuestionarse si es posible que estemos ante un ilícito de naturaleza mixta, que por sí solo desvalore completamente las prácticas tipificadas, con independencia de que supongan un peligro general o individual.

En pro de esta opción cabe aducir que existe alguna figura dentro del Título XVII del Código penal que podría considerarse que participa de esta naturaleza mixta. Me refiero, concretamente, al artículo 343 del Código penal, que fue reformado por la Ley Orgánica 5/2010 y que sanciona en el primer párrafo de su primer apartado al que “mediante el vertido, la emisión o introducción en el aire, el suelo o las aguas de una cantidad de materiales o de radiaciones ionizantes, o la exposición por cualquier otro medio ponga en peligro la vida, integridad, salud o bienes de *una o varias personas*”²⁸³. Por una parte, de acuerdo con la redacción literal del precepto parece obvio que será típica la exposición de una sola persona a una fuente de radiación aunque el riesgo se circunscriba a ella exclusivamente (por ejemplo, porque se trate de un acelerador de partículas mal calibrado y se la radie a ella únicamente conociendo la deficiencia técnica de la máquina), lo que comporta aceptar que se castiga el peligro individual; por otra parte, aunque las conductas típicas de “vertido”, “emisión” o “introducción” se

²⁸³ En general, mi percepción es que en la interpretación de este artículo no se incide demasiado en la trascendencia que pueda tener la referencia a “una o varias personas” a efectos de su encuadre entre los delitos de peligro general. Los autores definen el peligro típico como un peligro concreto, pero no entran en consideraciones sobre la naturaleza general o individual del mismo, fundamentalmente porque parten de la configuración de un bien supraindividual, con algunas excepciones. Así, GARCÍA RIVAS, sostiene que se protege la seguridad nuclear y señala que la referencia a “una o varias personas” no hay que entenderla realizada a un bien jurídico personal, sino que sugiere solamente que el juicio de peligro deberá establecerse incluso cuando se haya expuesto a la contaminación o exposición una sola persona. A su juicio, ese es un rasgo común a los delitos de resultado de peligro que protegen bienes jurídicos supraindividuales, en “Delitos de riesgo catastrófico”, BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, pág. 197. Por su parte, MUÑOZ CONDE considera que el bien jurídico protegido en los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes es la seguridad colectiva, que en este ámbito entiende que ha de interpretarse como sinónimo de tranquilidad colectiva, pues esta acepción es la única capaz de englobar a todas las modalidades delictivas previstas, ya que no siempre se orientan a evitar un daño de dimensiones supraindividuales. Precisamente, alude como ejemplo al delito de exposición a radiaciones ionizantes del artículo 343 del Código penal, respecto del que indica “que los objetos sobre los que recae la situación de peligro pueden ser perfectamente identificables e individualizados, pero en todo caso, estos bienes jurídicos individuales solo serían objeto de protección mediata, siendo la protección de la seguridad colectiva el marco en el que son objeto de protección”, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 524. En relación con este precepto, subraya MORALES PRATS que “la reforma de 2010 no se ha despojado totalmente de la referencia a bienes jurídicos individuales de las personas, pero ha cambiado el tenor del precepto, por cuanto ha optado por configurar una suerte de delito de contaminación radiactiva, ampliando el espectro de la tipicidad, de manera que el delito asume plenamente la naturaleza de un delito de riesgo contra la seguridad colectiva”, en “Artículo 343”, QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, Cizur Menor, 2011, pág. 814. En otra línea, desde la perspectiva de que los intereses jurídicos protegidos en el artículo 343.1, primer párrafo, son la vida, la salud, y el patrimonio, incide en que el peligro ha de ir referido a personas identificables o identificadas y en un número reducido, o a objetos también determinables, DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, pág. 1132.

refieren también a la puesta en peligro de “una o varias personas”, es difícil pensar que el potencial lesivo que ponen de manifiesto los verbos típicos y los objetos sobre los que recae la acción (“aire”, “suelo” o “aguas”) no suponga la puesta en peligro de una generalidad indeterminada; esto es, la creación de un peligro colectivo²⁸⁴. Aunque en relación con estos comportamientos se plantean problemas concursales con el artículo 341 del Código penal (delito de liberación de energía nuclear o elementos radioactivos)²⁸⁵ que algunos autores resuelven como un concurso de leyes a favor de este último, precisamente porque alcanza a supuestos de radiación indiscriminada y contempla una penalidad mucho mayor²⁸⁶, creo que cabe afirmar la tipicidad en estos casos²⁸⁷. En consecuencia, podría entenderse que el tipo de injusto es mixto, de peligro general e individual. De ser así, esta caracterización del peligro en el delito de contaminación radioactiva constituiría un precedente a favor del carácter mixto de la infracción de dopaje.

Con todo, a mi parecer, esta conformación del peligro no acaba de verse en el artículo 362 quinquies del Código penal, fundamentalmente por las razones que ya he manifestado y, también, por las siguientes:

En primer lugar, considero que, además de los límites derivados de las exigencias típicas mencionadas, se impone una necesaria coherencia interna del precepto.

²⁸⁴ La redacción anterior de este artículo castigaba solo la exposición a radiaciones ionizantes de una o varias personas, lo que llevaba a algunos autores a considerar que el peligro exigido no era general. En esta línea, FEIJÓO SÁNCHEZ apuntaba que era difícil encontrar una referencia a un riesgo para un colectivo indeterminado, en “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, cit., pág. 2006. También en relación con la versión previa del precepto, DE LA CUESTA AGUADO afirmaba que “por la propia naturaleza de la conducta y del instrumental técnico utilizado como medio comisivo, el tipo restringe la exposición a un número determinado, reducido e identificable de personas”, excluyendo la peligrosidad general, en “De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. X, Madrid, 2007, págs. 55 y 63.

²⁸⁵ El artículo 341 del Código penal dispone: “El que libere energía nuclear o elementos radioactivos que pongan en peligro la vida o la salud de las personas o sus bienes, aunque no se produzca explosión, será sancionado con la pena de prisión de quince a veinte años, e inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio por tiempo de diez a veinte años”.

²⁸⁶ En este sentido, MORALES PRATS, F., “Artículo 343”, cit., pág. 816; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, cit., pág. 1132. Para esta autora, las conductas en que la radiación afecta a un gran número de personas quedarían excluidas y serían subsumibles bajo el artículo 341 del Código penal. Expone que el alcance del peligro en el artículo 343 del Código penal (en su redacción anterior) debe de ser de menor entidad que en el artículo 341, pero mayor que en el artículo 342, CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, C. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, pág. 1489.

²⁸⁷ Que en este artículo se contemplen también supuestos de peligro general queda avalado, en mi opinión, por la regla concursal que se establece en el apartado segundo, que señala que “cuando con ocasión de la conducta descrita en el apartado anterior se produjere, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los jueces o tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior”. Con ella se pone de manifiesto que el tipo abarca la creación de un peligro general pues, de lo contrario, si todo el peligro generado se hubiese materializado en la lesión producida, el resultado lesivo consumiría al delito de peligro. Este razonamiento es sostenido también en relación con los delitos contra la seguridad vial y la regla concursal prevista en el artículo 382 del Código penal por MORENO ALCÁZAR, M. A., “Delitos contra la seguridad vial”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, pág. 390.

Interpretar que este abarca conductas con un contenido de injusto tan dispar supondría romper con la caracterización clásica del peligro –general– en los delitos contra la salud pública, aunque es cierto que de ella podría apartarse el artículo 343 del Código penal como una excepción a la regla general.

En segundo lugar, a su vez, el principio de proporcionalidad debería jugar un papel relevante en orden a fijar el alcance de la infracción de dopaje. No parece adecuado establecer una misma sanción para castigar puestas en peligro indiscriminadas y otras que no trascienden al destinatario de la sustancia o el método. Sin entrar todavía a valorar cuál sería la pena adecuada en uno y otro caso, entiendo que el contenido de injusto es diferente y requeriría un reproche diverso en cada ocasión. Este argumento sirve, simultáneamente, para criticar la posible configuración como delito de peligro mixto del artículo 343 del Código penal. No se explica que en esta figura se equiparen penológicamente conductas que pueden tener un alcance tan diferente: que se prevea el mismo castigo para, por una parte, los casos de contaminación radioactiva a través del aire, el suelo o las aguas y aquellos en que se provoca una exposición incontrolada de sujetos indeterminados a través, por ejemplo, de alimentos contaminados; y, por otra parte, las situaciones en las que se someta a radiación a un individuo seleccionado. Además, parece que en estos últimos supuestos sería difícil excluir la posibilidad de que el dolo del sujeto no hubiese abarcado (aun con dolo eventual) la producción de un resultado lesivo y, por tanto, cabría considerar la opción de castigar por un delito de lesiones en grado de tentativa.

En tercer lugar, hay que tener presente la posición sostenida por un sector de la doctrina y de la jurisprudencia que rechaza abiertamente que la creación de un peligro exclusivamente individual pueda acogerse y castigarse a través de los delitos de peligro general, negando por tanto la coexistencia del peligro general y el individual en un mismo tipo de injusto²⁸⁸.

²⁸⁸ Esta exclusión del peligro individualizado se observa en la doctrina y en diversas resoluciones judiciales relativas a delitos considerados de peligro general, como los que se refieren a medicamentos y las infracciones contra la seguridad vial. En concreto, en relación con los delitos relativos a medicamentos, GARCÍA MOSQUERA pone de relieve que es dudoso que las fórmulas magistrales puedan erigirse en objeto material sobre la base de que si los delitos sobre medicamentos son tipos de peligro común o general, difícilmente podrá predicarse de una fórmula magistral su capacidad para poner en peligro la vida o la salud de las personas en cuanto colectividad. En tales casos, afirma, “el peligro solo se da para la vida o la salud de la persona concreta destinataria del remedio”. Apoya su argumentación en diversas resoluciones jurisprudenciales que han condenado estos supuestos por delitos de lesiones, sin considerar la calificación como delitos contra la salud pública (SAP Málaga, 81/2001, y SAP Barcelona, 724/2002), en “Artículo 362”, cit., págs. 153 y 159. Además, véase en este sentido la SAP Madrid 991/2008, de 3 de octubre. También en la dirección de rechazar la aplicación del anterior artículo 361 del Código penal en situaciones de sustituciones esporádicas y particularizadas de medicamentos, por no desencadenar una puesta en peligro de la vida o la salud de las personas en el plano colectivo, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., 458. Como ejemplo de esta línea interpretativa cita, entre otras, la SAP Valencia de

IV. NATURALEZA JURÍDICA Y AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Con ocasión del estudio para delimitar el bien jurídico protegido en la figura de dopaje me he detenido a comentar brevemente el tratamiento que en el artículo 362 quinquies del Código penal se otorga a la autonomía de la voluntad. En esta tarea, he considerado conveniente hacer referencia a otra de las infracciones que se tipifican entre los delitos contra la salud pública, concretamente el delito relativo a drogas tóxicas. La razón que ha motivado este proceder es que la de que las dos presentan bastantes puntos de confluencia, lo que aconseja tomarlas en consideración conjuntamente en orden a evaluar la incidencia de la intervención penal frente al dopaje en el ámbito de la autonomía individual. En efecto, ambos preceptos comparten diversos rasgos, entre otros, como he señalado, el de que a mi juicio sirven a la tutela de un mismo bien jurídico, la salud individual, y el de que ambos acogen hipótesis en las que los sujetos pasivos quieren o consienten poner en peligro su salud.

Así las cosas, he planteado, por una parte, que si se admite que el bien jurídico en las dos figuras es el valor individual vida o salud de los deportistas, parece que la virtualidad del consentimiento estaría en función de cuál sea la posición que se adopte en relación con la disponibilidad de este interés jurídico personalísimo, cuestión que no

15 de noviembre de 2004, que consideró la posible aplicación de una falta de lesiones en un caso de un farmacéutico que por equivocación sustituyó un medicamento por otro provocando el ingreso hospitalario de un lactante. Por lo que respecta a los ilícitos contra la seguridad vial, recogidos también entre los delitos contra la seguridad colectiva, algunas sentencias niegan la tipicidad de comportamientos peligrosos que afectan solo a un sujeto determinado y no encierran a la vez un peligro colectivo: STS 1047/1996, de 19 de febrero; y STS 717/2014, de 29 de enero de 2015. Esta última subraya, en relación con el delito de conducción temeraria del artículo 381 del Código penal, que “aunque el delito sea de peligro concreto, los destinatarios de la acción peligrosa son terceros indeterminados para el autor del hecho delictivo, pues la acción no va dirigida sólo contra los ocupantes del vehículo, sino que se dirige a poner en peligro una circulación de por sí peligrosa y fuertemente normativizada en su regulación. De esta manera, si la conducta se dirige contra personas determinadas a las que se quiere poner en peligro, asumiendo la materialización del riesgo en un resultado concreto, que se persigue o que una vez advertido se continúa en la agresión al bien jurídico, la conducta no puede ser subsumida en el delito contra la seguridad del tráfico, sino en el de resultado, al atentarse contra la vida y la indemnidad de las personas concretas y determinadas, contra las que se dirige concretamente en el delito de homicidio”. De esta opinión, insistiendo en que las figuras contra la seguridad vial se han de entender como delitos de peligro común o general y no de peligro individual, FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”, cit., pág. 1881. Sin embargo, ya he referido que MOLINA FERNÁNDEZ considera dudoso que de *lege data* todos los tipos penales incluidos en el Título “De los delitos contra la seguridad colectiva” puedan ser interpretados en el sentido de exigir un peligro colectivo. Entre los argumentos que alega señala que en el ámbito de los delitos de tráfico esa interpretación choca con la descripción de las conductas típicas, en las que no se exige que el peligro afecte a un número indeterminado de personas, en “Delitos contra la seguridad del tráfico”, cit., pág. 712. Por su parte, asimismo en referencia a esta clase de injustos, MORENO ALCÁZAR advierte que, aunque efectivamente las referencias a la seguridad colectiva, al riesgo en general o al peligro común apuntan a una colectividad indeterminada de personas puestas en peligro, o al menos que potencialmente puedan serlo, “parece conveniente no sobrevalorar en exceso la importancia de la indeterminación de las personas que se ven puestas en peligro”, en “Delitos contra la seguridad vial”, cit., pág. 359. En general, descartan la aplicación de un delito contra la salud pública y acuden a los delitos contra las personas cuando el ataque se dirija hacia una persona determinada (o varias), CÓRDOBA RODA, J., “La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública”, en *Estudios penales. Libro homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág. 674; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 54.

es en absoluto pacífica²⁸⁹. Si, como parece razonable sostener, la salud y la vida deben considerarse valores disponibles²⁹⁰, cuya protección habría de ceder en los casos en que su titular decidiera ponerlas en peligro de un modo libre y responsable, en una primera aproximación podría valorarse la conveniencia de no castigar las conductas de los terceros que actúan con el consenso del deportista o del consumidor de drogas.

Sin embargo, por otra parte, he apuntado que, pese a existir identidad en el bien jurídico protegido, el valor que la ley atribuye al consentimiento en el delito de tráfico de drogas y en el de dopaje no debería ser idéntico, lo que viene determinado, a mi modo de ver, por la estructura de peligro diferenciada que presentan ambos tipos penales. Pues bien, retomando el tema, una vez desarrollada mi posición respecto a la naturaleza del delito de dopaje, creo que es el momento de formular brevemente mi opinión.

A la vista de lo que he explicado en páginas anteriores, se puede afirmar que el ilícito relativo a drogas tóxicas y el de dopaje presentan una distinta naturaleza que entiendo que necesariamente ha de tener consecuencias importantes a la hora de abordar la relevancia o irrelevancia del consentimiento. El primero, como los demás del capítulo y a excepción de la figura de dopaje, es un delito de peligro general, que requiere la existencia de un peligro de extensión incierta, con capacidad para afectar a un círculo impreciso de sujetos. Por su parte, el segundo, no precisa que las conductas generen un riesgo de esa clase, pues solo exige que se exponga la salud de un deportista y sin que sea presupuesto para su aplicación que la acción del sujeto activo aventure la salud de una pluralidad indeterminada de personas. Esta diferente naturaleza, como decía, respalda una interpretación diversa del alcance del consentimiento.

En concreto, considero que el peligro general propio del tráfico de drogas excluye la posibilidad de que un solo individuo pueda disponer de los demás bienes jurídicos en juego, de ahí que tenga sentido que la ley no atribuya ningún efecto a la decisión voluntaria del sujeto que adquiere drogas para su propio consumo de un traficante, en la medida en que la conducta de este último comprometa la salud de una pluralidad

²⁸⁹ Como pone de manifiesto QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS., F.), *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 234 y 237-238. Al respecto, es interesante reseñar que la propuesta de reforma del Código penal de 1983 otorgaba en el artículo 157 eficacia eximente plena al consentimiento en las lesiones siempre que fuese libre, espontáneo y expresamente emitido, configurando por tanto la integridad corporal y la salud como bienes enteramente disponibles por su titular. Críticos con ello, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 496.

²⁹⁰ Expone ampliamente las distintas posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la disponibilidad o indisponibilidad del derecho a la vida, pronunciándose a favor de la configuración del mismo como, por un lado, una libertad positiva; y, por otro lado, como un derecho inalienable en un sentido débil, JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, cit., 339-371; *id.*, *El derecho y la muerte voluntaria*, cit., págs. 85-118.

indeterminada de personas y no la de una sola²⁹¹. Frente a ello, la naturaleza del injusto de dopaje, que tan solo precisa que se cree riesgo para un deportista, estimo que debería avalar la impunidad de aquellos comportamientos que implican una puesta en peligro ajena consentida libremente por el individuo jurídicamente capaz titular del bien disponible afectado, dado el acuerdo de este para su potencial menoscabo²⁹². En realidad, estos supuestos, a mi juicio, habrían de reputarse atípicos por faltar la lesividad de la conducta: no podría haber un delito de dopaje si el deportista quiere doparse, si voluntariamente decide o acepta poner su vida o su salud (individual) en peligro (individual). Además, hay que tener en cuenta que en el tipo básico se castigan conductas que en la mayor parte de las ocasiones suponen una participación en una autopuesta en peligro consentida. Si en general las autopuestas en peligro son atípicas, como lo son las autolesiones, y se considera atípico el auxilio en una autolesión, no se entiende qué razones pueden fundamentar la punición del que se presta a colaborar en una autopuesta en peligro²⁹³. Parece coherente concluir que si no se castiga lo más, no debiera castigarse lo menos.

²⁹¹ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 349-350.

²⁹² En este sentido, JUANATEY DORADO afirma que las conductas de terceros previstas en el número 1 del artículo 362 quinquies no deberían ser punibles si se quisiera respetar la autonomía. Asimismo, considera que “estamos ante una manifestación de paternalismo estatal cuya justificación parece más que dudosa”. Las razones que aduce en apoyo de esta afirmación son de tres tipos: la primera, que si el deportista es mayor de edad y su decisión es libre y responsable, parece difícil defender una intervención penal para protegerle contra sí mismo. En este punto, pone de relieve que la práctica de muchos deportes de competición conlleva la producción de lesiones en muchos casos irreversibles y, no obstante, no se establecen límites para su práctica; la segunda, que el efecto de estos tipos penales que entran de este modo en la autonomía del individuo puede ser contrario al perseguido, pues cabe que favorezcan el desarrollo del mercado negro y el uso de las sustancias y métodos fuera del control médico, lo que puede ser aun más peligroso para la salud del deportista; la tercera razón, que con una decisión legislativa como la adoptada en materia de dopaje se producen graves contradicciones en el sistema, pues el Estado se limita a intervenir solo cuando se trata de deportistas, dejando fuera al resto de ciudadanos a los que también se les pueden facilitar sustancias para mejorar sus condiciones físicas o psíquicas y cuya salud también es susceptible de verse amenazada. Si parece sensato que el Derecho penal no actúe en estos supuestos, no resulta coherente que sí lo haga en el contexto deportivo, en JUANATEY DORADO, C. “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 176-178; *id.*, “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, cit., págs. 41-42. En la misma dirección, señala PÉREZ TRIVIÑO que la apelación al bienestar del propio individuo, pero utilizando la coacción, no constituye una buena razón para limitar su capacidad de decisión, y concluye que “toda prohibición de tomar sustancias dopantes sobre la base de que estas puedan afectar negativamente a la salud sería una medida paternalista injustificada, en “El dopaje: una visión alternativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 35, marzo 2013, pág. 33. Expresamente, considera que tratándose de deportistas por recreo, la sanción del dopaje solo debería tener sentido cuando no es consentido, por mediar engaño o ausencia de información acerca de los efectos perjudiciales de una sustancia o método, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 459. Sin embargo, respecto de los deportistas que participan en competiciones oficiales considera que la irrelevancia del consentimiento está justificada porque el objetivo del conjunto normativo (entendiendo que en referencia a la LO 7/2006) es mantener la práctica del deporte limpia de sustancias o métodos prohibidos. En igual sentido, NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., págs. 795-796. Solo atribuyen al consentimiento la eficacia atenuatoria que se prevé para las lesiones consentidas (art. 155 Cp), y exclusivamente en relación con los resultados lesivos (no a efectos del delito de dopaje), COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 451.

²⁹³ Afirma ROXIN que si la sustancia para el dopaje es solo entregada y es el propio deportista el que la toma, entonces la entrega constituye una cooperación en una autopuesta en peligro dolosa que según las reglas de la imputación objetiva está exenta de pena, como ocurre con el despacho de alcohol o la venta de tabaco. Con ello insiste en que la autopuesta en peligro dolosa cae en el ámbito de la responsabilidad del receptor y no es imputable al primer causante, en “Derecho penal y doping”, cit., págs. 12-13. En contra, señala KONING (citado por ROXIN),

En definitiva, comparto el criterio del legislador de intervenir penalmente para hacer frente a aquellas actuaciones relativas a drogas tóxicas que entrañen un peligro plural, un riesgo de difusión entre indeterminados sujetos. En estos casos, hay que negar eficacia al consentimiento de un solo individuo pues, aunque puede disponer de su propia salud, no puede decidir por el resto de personas cuya salud se ve amenazada por la acción típica.

Distinta es mi posición por lo que respecta al tratamiento otorgado por el legislador a la autonomía de la voluntad en materia de dopaje, como he explicado. A mi entender, en un contexto de peligro no general debería respetarse la decisión de quien es pleno titular del bien jurídico protegido y otorgar prevalencia a su libertad frente al interés en proteger su salud²⁹⁴. Por ello, en lo que concierne a la autonomía del deportista creo que los únicos supuestos en los que cabría valorar la posibilidad de admitir la intervención penal serían aquellos en los que la decisión del deportista no fuese autónoma; esto es, cuando faltase un consentimiento válido o se prestase un consentimiento viciado, como prevé la modalidad agravada. Esta opción requeriría, con todo, considerar si para ello es

que la propia responsabilidad no existe prácticamente en las prácticas de dopaje, pues en un deporte contaminado de *doping* la autonomía real no está garantizada. A ello opone ROXIN que en el deporte de alto rendimiento, que es el que está principalmente afectado por el dopaje, se trata sin excepción de adultos que son plenamente responsables de su comportamiento. A su juicio, el pensamiento según el cual el deportista se tiene que dopar para permanecer competitivo no es adecuado para reducir la autonomía del deportista de un modo penalmente relevante. Así, entre otras razones, aduce que el deportista siempre puede contar con la posibilidad de denunciar a sus competidores que se dopan, de modo que el dopaje no es una opción obligada que implique que la decisión de doparse no sea autónoma (pág. 13). Por su parte, DOVAL PAIS, desde la óptica de que con el delito de dopaje se pretende proteger la salud individual, advierte que “el delito de dopaje constituiría quizás el único expediente del Derecho penal español para el castigo expreso como delito consumado de la participación en la autopuesta voluntaria en peligro de la salud individual”, en “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 46. Indica QUERALT que en el delito de dopaje las sustancias o métodos deben representar un peligro, no para la salud pública, sino para los deportistas. A su juicio, “ello, teniendo en cuenta que el suicidio y las autolesiones son impunes en nuestro Derecho, es algo más que extraño”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081. También sostiene la atipicidad de las conductas de participación de terceros en una autopuesta en peligro (cuando el tercero tan solo induce o ayuda a la víctima a realizar la acción de peligro) o de puesta en peligro ajena consentida (supuestos en los que el tercero crea el peligro con el consentimiento de la víctima), PÉREZ ALONSO, E. J., “Delitos de acción. La tipicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2010, págs. 246-250. En el mismo sentido, ESQUINAS VALVERDE, P., “La tipicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Lecciones de Derecho penal (Parte General)*, Valencia, 2015, pág. 109.

²⁹⁴ Frente a este razonamiento, podría alegarse que ello es incoherente con el nulo valor que se reconoce al consentimiento en otras figuras que algunos autores consideran que no son de peligro general. Me refiero, concretamente, al delito contra la seguridad de los trabajadores (art. 316 Cp), calificado como delito de peligro individual por RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, cit., pág. 34. En relación con la no exclusión de esta infracción cuando concurre el consentimiento del trabajador, QUINTERO OLIVARES argumenta que ello no es una falta de respeto al acto de disposición que el trabajador hace sobre sus propios derechos, sino un reconocimiento de que esos derechos, los relativos a las condiciones de trabajo, no pertenecen en exclusiva al trabajador, sino que componen un cuerpo normativo tutelador de intereses colectivos, en *Parte general del Derecho penal*, 5ª ed., cit., pág. 238. Se trata, por tanto, y desde su punto de vista, de que el bien jurídico protegido es diverso e indisponible: el derecho a un trabajo en condiciones de seguridad e higiene. Por su parte, MUÑOZ CONDE subraya que la dimensión social y colectiva de los derechos que inciden en la condición de trabajador proporciona unas connotaciones que permite considerar que los delitos recogidos en el Título XV del Código penal son, además de delitos de carácter personal, delitos de carácter social o colectivo, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 305. Asimismo, afirma que no cabe otorgarle relevancia eximente al consentimiento en estos casos por la situación precaria del trabajador, que acepta el peligro porque no tiene otra salida (págs. 108-109).

necesario un tipo de dopaje, dado que existen otras figuras en el Código penal que protegen la vida y la salud. Como sugiere alguna autora, un argumento que quizás podría justificar el uso del *ius puniendi* a través de un delito específico para estos supuestos (habría que reformular el actualmente vigente, en su caso) sería el de las dimensiones que está alcanzando el fenómeno y la necesidad de una reacción contundente del Estado para hacer frente a quienes abusan de la posición de debilidad del deportista sometiéndolo a condiciones que hacen imposible practicar el deporte o competir sin recurrir al dopaje. Se trataría, en su opinión, de hacerles llegar el mensaje claro y preciso de que tales conductas no son impunes, haciendo un uso simbólico del Derecho penal que podría estar justificado²⁹⁵.

A mi juicio, esta función simbólica, con ser positiva, quizás no sea suficiente para cumplir con la función de tutelar adecuadamente el bien jurídico salud. Desde luego no lo es con la actual conformación del ilícito de dopaje que, además de las disfunciones expuestas hasta el momento, presenta numerosos defectos que reflejan un escaso respeto por principios básicos del Derecho penal, como se irá viendo a lo largo del trabajo. Pero, adicionalmente, creo que el Código penal ya ofrece instrumentos para estas hipótesis en las que podría tener sentido la actuación penal, o sea, cuando la víctima es un menor, se la engaña o intimida, o se abusa de una relación de superioridad. Y es que me parece difícil imaginar que en el contexto deportivo de referencia el dolo del autor no haya abarcado un eventual resultado lesivo que posibilite sancionar por un delito de lesión en grado de tentativa, lo que permite cuestionar la necesidad de una figura de dopaje. Sería cuestión, por tanto, de promover una correcta aplicación de los tipos existentes por los operadores jurídicos, más que de engrosar el ya extenso texto penal con ilícitos específicos que atiendan a casos especiales subsumibles bajo otras infracciones, como se viene haciendo últimamente²⁹⁶

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La conformación del delito de dopaje como un injusto de peligro para el interés individual vida o salud de los deportistas suscita dificultades a la hora de precisar la clase de peligro que requiere y sanciona el tipo penal. La doctrina mayoritaria y la

²⁹⁵ JUANATEY DORADO, C. “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 178-179.

²⁹⁶ Por ejemplo, con la tipificación de figuras como el acoso laboral o el acoso inmobiliario.

jurisprudencia consideran que su naturaleza es de peligro concreto y que, por lo tanto, su aplicación ha de venir supeditada a la comprobación de que en cada caso se ha producido un resultado de peligro, de que se ha expuesto a un riesgo efectivo la salud de al menos un deportista. Ciertamente, ello es así si se toman en consideración la descripción de las conductas típicas, así como determinadas referencias incluidas en el artículo 362 quinquies (la “reiteración de la ingesta” o las “otras circunstancias concurrentes” como parámetros legales para evaluar la producción del peligro), que han de ser abarcadas por el dolo del sujeto activo.

Ahora bien, además de esta clasificación, se ha propuesto su encuadre en la categoría de los delitos de peligro individual, afirmando que la naturaleza jurídica de esta infracción penal no es de peligro general y que, en consecuencia, su ubicación entre los ilícitos contra la salud pública puede resultar incoherente. Esta tesis comporta, sin duda, consecuencias muy importantes que obligan a realizar un estudio detallado, entre otras razones, para determinar cuál es el verdadero alcance del precepto y su relación con las otras figuras previstas en el mismo capítulo del Código penal

Así pues, sin perjuicio de admitir que el grado de afección exigido en el artículo 362 quinquies sea el de un peligro concreto, corresponde examinar también si es de carácter general o individual. Lo que caracteriza a los delitos contra la salud pública es que castigan comportamientos que producen un peligro colectivo, que necesariamente ha de afectar a una pluralidad indeterminada de personas y que presenta una extensión incierta o difusa. Con ellos se adelanta la intervención penal para prevenir ataques incontrolados que tienen lugar en esferas de actividad donde confluyen una generalidad de individuos y en los que el medio empleado puede producir daños de gran trascendencia. Esta configuración del peligro general determina que queden excluidos de su ámbito los supuestos en los que el riesgo generado sea limitado, sin posibilidad de expansión a terceros. En estos casos, cuando el sujeto del peligro está determinado cuantitativamente y la amenaza de lesión se cierne sobre él exclusivamente, el peligro es individual.

Atendiendo a los términos gramaticales del precepto parece posible que inicialmente puedan subsumirse bajo el mismo situaciones de riesgo variadas: desde aquellas en que la acción desencadena un peligro general con puesta en peligro concreto de un deportista, hasta aquellas otras en que la probabilidad de daño se circunscribe exclusivamente a uno. Sin embargo, este encaje formal en la dicción literal del precepto no puede interpretarse, a mi juicio, en el sentido de que se trate de un delito de

naturaleza mixta, fundamentalmente por razones de coherencia interna y de proporcionalidad.

Un análisis más detallado permite comprobar que la figura tampoco encierra la exigencia de un peligro general para la vida o la salud de una pluralidad indeterminada de personas. Aunque en principio existen argumentos que apuntan a que así sea (por ejemplo, su ubicación sistemática entre los delitos contra la seguridad colectiva; el empleo del plural “deportistas”; o la coincidencia o equivalencia de algunos verbos típicos con los de las figuras de riesgo general que se engloban bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”), existen otros de mayor peso que llevan a considerarlo excluido de esta categoría y que permiten afirmar que la realización del tipo no implica necesariamente que haya de ponerse en peligro a un conjunto indeterminado de personas, como requiere el peligro general. De ser así, la conducta del autor para ser típica debería afectar siempre a más de un deportista, lo que no ocurre, ya que para que el peligro sea penalmente relevante basta con que aceche a uno solo.

Más sólida se presenta, sin embargo, la posibilidad de que estemos ante un ilícito de peligro individual. Pese a que una de las pretensiones del legislador puestas de manifiesto en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006 era la de introducir en el Código penal un delito con el que preservar la salud pública frente a comportamientos de peligro expansivo, la realidad es que la redacción final dada a la norma ha supuesto una distorsión de aquel objetivo inicial, pues se constata que para la perfección delictiva solo se precisa que se exponga a riesgo la salud de un deportista en un contexto de peligro controlado y sin trascendencia para terceros.

De nuevo, algunos verbos típicos y las referencias a la “justificación terapéutica y a “las otras circunstancias concurrentes” que, no olvidemos, han de ser englobadas por el dolo, orientan en la dirección de un peligro contenido, limitado a un deportista. Además, son especialmente significativas las modalidades agravadas. La utilización en ellas del término “víctima”, y el incremento punitivo derivado del empleo de intimidación o del prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional conducen a excluir el peligro general del radio de acción del precepto, por cuanto contemplan situaciones en las que no parece que el comportamiento incriminado tenga como destinatario a un sujeto plural e indeterminado numéricamente.

Así pues, existen razones para confirmar que el contenido de injusto de la infracción de dopaje es de peligro individual y que se sanciona un peligro doloso de contornos restringidos, limitado a un deportista determinado (no una pluralidad indeterminada).

A partir de esta estructura típica, puede concretarse hasta dónde alcanza la aplicación del precepto. De este modo, en primer lugar, procederá apreciar el delito de dopaje si el sujeto hubiese dirigido su acción exclusivamente hacia un deportista concreto con consciencia del peligro que ello representaba para su vida o su salud. En los supuestos en que el deportista destinatario de la sustancia pudiese a su vez repartirla o compartirla con otros, que serán la mayoría, salvo que quede acreditado por las circunstancias del hecho que se creó un peligro para un conjunto indefinido de personas, la figura aplicable será también la del artículo 362 quinquies del Código penal, pues parece difícil sustentar que el sujeto activo puso en juego la vida o la salud de una generalidad indeterminada de personas.

En segundo lugar, para las hipótesis de puesta en peligro de un grupo de deportistas determinados, parece que la calificación adecuada será la de apreciar tantos delitos de dopaje como titulares de la salud individual a los que hubiese alcanzado el riesgo. El eventual castigo por uno solo traería consigo una desproporción punitiva que no se justifica ante la pluralidad de bienes jurídicos afectados.

En tercer lugar, constatada la creación de un peligro general doloso que excediese del voluntariamente creado para un deportista, de acuerdo con la configuración del injusto, el peligro colectivo sobrante no quedaría desvalorado a través del artículo 362 quinquies, por lo que habría que entrar a considerar la posibilidad de apreciar un concurso de delitos o de normas con las figuras contra la salud pública.

Se corrobora, por tanto, la afirmación realizada al examinar el bien jurídico protegido en el sentido de que la estructura de peligro del delito de dopaje cumple el papel fundamental de diferenciar esta figura de las restantes que se ubican bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”, cualquiera que sea la tesis que se sostenga respecto a los bienes jurídicos protegidos en todas ellas. Así, si se toma en consideración la opinión doctrinal que defiende que el bien jurídico protegido en todas las infracciones del capítulo, incluida la de dopaje, es la salud pública como valor colectivo, parece que el peligro característico no se corresponde con el que mayoritariamente se atribuye a aquellas figuras: un peligro general. Si, sin embargo, se atiende a las posiciones que sostienen el carácter individual del interés protegido tanto en los preexistentes injustos contra la salud pública como en el de dopaje, se llega a la misma conclusión. En efecto, aunque se afirme una identidad en el bien objeto de tutela, ello no significa que compartan una misma estructura de peligro. Lo que singulariza a los delitos contra la salud pública frente al ilícito de dopaje es que aquellos constituyen la respuesta penal

frente a ataques que generan un peligro general, de extensión indeterminada, que comporta una amenaza de daño para un círculo indefinido de individuos. Y, como he reseñado, la estructura típica que presenta el artículo 362 quinquies no encaja tampoco en tal construcción dogmática.

Asimismo, la naturaleza del delito desempeña una función principal en orden a evaluar el tratamiento que el legislador otorga a la autonomía del deportista. Desde mi punto de vista, la estructura del ilícito de dopaje, que tan solo demanda que se cree un riesgo limitado a una persona, debería conducir a la impunidad por atipicidad de aquellos comportamientos que implican una puesta en peligro ajena consentida libremente por el individuo jurídicamente capaz titular del valor vida o salud afectado. Si bien tiene sentido que en los delitos contra la salud pública no se reconozca eficacia al consentimiento, por la indisponibilidad del bien jurídico protegido, en materia de dopaje la intromisión en la autonomía carece de justificación cuando la decisión del deportista es libre y responsable.

Las conclusiones precedentes, no obstante, chocan con la praxis judicial. La realidad es que, aunque las pocas sentencias que abordan el análisis del peligro típico en esta infracción no se pronuncian sobre si es de carácter general o individual, lo cierto es que los tribunales la aplican como si fuera un delito de peligro general, condenando solo por el artículo 362 quinquies del Código penal ante hechos en los que se puede identificar la presencia de un peligro general concreto.

CAPÍTULO TERCERO: LOS SUJETOS DEL DELITO

I. SUJETO ACTIVO

El artículo 362 quinquies del Código penal recoge un delito común del que puede ser sujeto activo cualquier persona²⁹⁷, aun cuando no deja de ser una realidad que la descripción del tipo presenta elementos que podrían llevar, en principio, a plantear la posibilidad de que se trate de una figura especial.

En efecto, por una parte, ante la constatación de que en muchas ocasiones el dopaje viene promovido por personas ligadas al ámbito deportivo que están en contacto con el deportista, el precepto refleja el interés del legislador en poner coto a las actuaciones relativas al dopaje que provienen del denominado “entorno”²⁹⁸ del deportista²⁹⁹

²⁹⁷ La doctrina sostiene de modo generalizado que se trata de un delito común: ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 568; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., págs. 9-10; *id.*, “Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. Infracción deportiva”, cit., pág. 647; ANARTE BORRALLLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 105 y 126; BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4; CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 135; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 44; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 62; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1234; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 92; *id.*, *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 428; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., págs. 519-520; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal espanhol*”, cit., págs. 208-209; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 55; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 269; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1707; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1378; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 357; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 169; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 887; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 563; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 50; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 75; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1078; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 42; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., págs. 624 y 626; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 7; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., págs. 369-370; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 26; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 71. Asimismo, por lo que concierne a la jurisprudencia, véase la SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

²⁹⁸ Precisar quiénes integran este “entorno” no es sencillo, aunque quizás lo más razonable sea atender a la normativa antidopaje que introdujo el delito de dopaje y a la que vino a sustituirla con posterioridad, que en este aspecto prácticamente coincide con la anterior, con alguna precisión adicional. La derogada Ley Orgánica 7/2006 utilizaba el

término en su artículo 13, denominado “responsabilidad del deportista y su entorno” que, en lo que interesa, declaraba: “3. Los deportistas, sus entrenadores federativos o personales, directivos, así como los clubes y equipos deportivos a los que esté adscrito el deportista, responderán del incumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de localización habitual de los deportistas. 4. Los deportistas, sus entrenadores, médicos o personal sanitario, directivos, dirigentes, así como los clubes y equipos deportivos, y restantes personas del entorno del deportista responderán por el incumplimiento de las disposiciones que regulan la obligación de facilitar a los órganos competentes información sobre las enfermedades del deportista, tratamientos médicos a que esté sometido, alcance y responsable del tratamiento, cuando aquél haya autorizado la utilización de tales datos”. Así pues, todos los sujetos mencionados entraban dentro del denominado “entorno”. En cuanto a las “restantes personas del entorno”, cabía incluir a otros a quienes también alcanzaba el régimen de infracciones y sanciones en materia de dopaje que instituía la Ley, que recogía sanciones para: los clubes y equipos deportivos (art. 16); técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, directivos, dirigentes o personal de Federaciones deportivas españolas, de Ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos (art. 17); y los médicos y demás personal sanitario de clubes o equipos (art. 18). Sin embargo, parece que aunque la referencia expresa al entorno se realizaba en relación con sujetos vinculados al deporte organizado, podía considerarse que la Ley otorgaba un contenido más amplio al término pues, de un lado, se preveía la responsabilidad disciplinaria, ejercitable por los colegios profesionales, de los profesionales sanitarios y cualesquiera otros profesionales que no dispusiesen de licencia deportiva y facilitasen, colaborasen, prescribiesen o dispensasen sustancias y productos susceptibles de producir dopaje en el ámbito de la actividad deportiva, o propiciasen la utilización de métodos no reglamentarios o prohibidos en el deporte (art. 43); y, de otro lado, la Disposición final tercera incorporaba infracciones específicas relativas al dopaje en el artículo 23 de la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana, que tipificaban conductas que podían tener lugar en espacios deportivos al margen del deporte organizado: “el depósito, comercialización o distribución, bajo cualquier modalidad, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas en el deporte por ser susceptibles de producir dopaje, declaradas como tales de conformidad con su legislación específica”; y “la incitación al consumo, en establecimientos dedicados a actividades deportivas, de productos que contengan sustancias prohibidas en el deporte por ser susceptibles de producir dopaje, declaradas como tales de conformidad con su legislación específica”. En este sentido, calificándolo de un “indefinido círculo”, véanse ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 92, 95-96, 105-106. Por lo que respecta a la nueva Ley Orgánica 3/2013, viene a confirmar esa configuración del entorno, aunque contiene alguna precisión añadida. En su artículo 21 también utiliza el término de referencia, pues se denomina “responsabilidad del deportista y su entorno”. Concretamente, cita a los “entrenadores federativos o personales, directivos, así como los clubes y equipos deportivos a los que esté adscrito el deportista”, que responderán del incumplimiento de las obligaciones impuestas en materia de localización habitual de los deportistas (art. 21.2); y a los “entrenadores, médicos y demás personal sanitario, así como los directivos de clubes y organizaciones deportivas”, que responderán de la infracción de las normas que regulan la obligación de facilitar a los órganos competentes información sobre las enfermedades del deportista, tratamientos médicos a que esté sometido, alcance y responsable del tratamiento, cuando aquél haya autorizado la utilización de tales datos (art. 21.3). Curiosamente, a diferencia de lo que establecía el artículo 13 de la anterior Ley antidopaje, no se hace mención a las “restantes personas del entorno”, lo que no impide, a mi modo de ver, incluir también a aquellos otros a quienes se extiende el régimen de infracciones y sanciones en materia de dopaje que establece. Por tanto, puede considerarse que abarca los clubes, equipos deportivos y Federaciones (art. 24); técnicos, jueces, árbitros, demás personas con licencia deportiva, directivos, dirigentes o personal de Federaciones deportivas españolas, de Ligas profesionales, de entidades organizadoras de competiciones deportivas de carácter oficial, clubes o equipos deportivos (art. 25); y médicos y personal sanitario, así como el personal de clubes, equipos, Federaciones y cualesquiera otras entidades deportivas y los responsables de establecimientos deportivos (art. 26). Las novedades con respecto a los sujetos infractores de la normativa anterior son, por una parte, que se incluyen expresamente a las Federaciones y a los médicos y personal sanitario de Federaciones y cualesquiera otras entidades deportivas; y, por otra parte, que las conductas que antes se incorporaron a la Ley de Seguridad Ciudadana pasan ahora a formar parte del catálogo de infracciones recogidas en el artículo 22 (letras m) y n)), lo que explica que ahora se incluyan sanciones para los responsables de establecimientos deportivos, que pueden no estar vinculados con la organización deportiva oficial. Por lo demás, la Ley Orgánica 3/2013 sigue previendo la responsabilidad disciplinaria, ejercitable por los colegios profesionales, de los profesionales sanitarios y cualesquiera otros profesionales que no dispongan de licencia deportiva y fabriquen, preparen, faciliten, colaboren, prescriban o dispensen sustancias y productos susceptibles de producir dopaje en el ámbito de la actividad deportiva, o propicien la utilización de métodos no reglamentarios o prohibidos en el deporte. Junto a la posibilidad de integrar el entorno del deportista a partir de las Leyes Antidopaje de 2006 y 2013, se han hecho otras propuestas acerca de quiénes conforman este círculo: ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 10 (“personas que faciliten a este, de algún modo, el consumo de determinadas sustancias y que son quienes normalmente se encargan de supervisar y cuidar su estado físico”); DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 428 (que se refiere al personal de apoyo a los deportistas que el artículo 25 de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte define como “cualquier entrenador, instructor, director deportivo, agente, personal del equipo, funcionario, personal médico o paramédico que trabaje con deportistas o trate a deportistas que participen en competiciones deportivas o se preparen para ellas”); MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 887 (“personas con cargos directivos en clubes y equipos deportivos, personal arbitral, técnicos o *coach*, representantes federativos de ámbito nacional o territorial, directivos de entidades organizadoras de eventos deportivos, médicos, personal dependiente de clubes y

(entrenadores, árbitros, médicos y personal sanitario, directivos y personal de clubes, equipos, Federaciones y otras entidades deportivas, responsables de establecimientos deportivos, etc.), al que aludían expresamente tanto el Proyecto de Plan de lucha contra el dopaje en el deporte³⁰⁰ como la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006³⁰¹. A su vez, por otra parte, la infracción trasluce la percepción de que los profesionales sanitarios están detrás de estas prácticas prohibidas, probablemente por tener un más fácil acceso a los medicamentos que contienen sustancias dopantes. Así, en primer lugar, el apartado segundo recoge entre las circunstancias agravantes el prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional, en clara referencia al entorno del deportista profesional³⁰². En segundo lugar, el tipo prevé junto a la pena de prisión la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, lo que refuerza también la idea de que se trata de reprimir las conductas ilícitas de profesionales del ámbito deportivo³⁰³. En tercer lugar, entre los comportamientos típicos se relaciona la

equipos, etc.”); RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 624 (que recurre a la definición de “personal de apoyo a los deportistas” de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, y suma la ampliación del concepto que proporciona la definición 29 del Anexo I de la LO 3/2013 al incluir además a “cualquier preparador físico, padre, madre o cualquier otra persona que trabaje con, trate o ayude a deportistas que participen en o se preparen para competiciones deportivas”).

²⁹⁹ Es más, en opinión de ÁLVAREZ VIZCAYA el puro entorno del deportista era la pretensión inicial, en “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 11. Subrayan que el tratamiento punitivo aparece orientado a sancionar el entorno ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 106; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 62; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., págs. 91-92; *id.*, *Derecho penal del deporte*, cit., págs. 428-429; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 43; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 519; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 269; GARCÍA CIRAC, M. J./GARCÍA SILVERO, E., “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: algunas reflexiones tras su aprobación por el Consejo de Ministros”, cit., pág. 418; GONZÁLEZ ESPEJO, P./RODRÍGUEZ MOURULLO OTERO, A., “Breve comentario a la Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte”, cit., pág. 66; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 42-43; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 370; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 71.

³⁰⁰ En particular, entre las novedades que aportaba el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte de 2005, se señalaba en el apartado cuarto la “modificación del Código Penal y el establecimiento de un marco normativo que permita sancionar la conducta de las personas pertenecientes al entorno del deportista que intervengan o propicien el dopaje, y que prevea un tratamiento punitivo apto para reprimir los comportamientos de aquellos que de alguna forma asistan, inciten, contribuyan, instiguen o intenten disimular el dopaje de un deportista”.

³⁰¹ Que, recordemos, declaraba la pretensión de “castigar el entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud”.

³⁰² Al respecto, indican ANARTE BORRALLA y MORENO MORENO que da la impresión de que esta cualificación se dirige a los casos en que el dopaje se produce en el ámbito de equipos profesionales jerarquizados y que indirectamente arrastra una restricción del círculo de sujetos activos, aunque consideran dudoso que sea lo suficientemente significativa como para hacer de esta variante un tipo especial propio, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 106 y 126. También recalca que esta circunstancia agravante parece apuntar al entorno DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 520.

³⁰³ En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI señala que, a pesar de tratarse de un delito común, la previsión de la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio se traduce en que el legislador ha

prescripción, que podría equivaler a “recetar”, y que se reserva en exclusiva, entre otros, a los médicos de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios (art. 79)³⁰⁴. Puesto que en el momento de la inclusión del artículo 361 bis en el Código penal, la Ley Orgánica 7/2006 establecía un régimen sancionador para las infracciones por dopaje que alcanzaba a los “médicos y resto del personal sanitario de los clubes y equipos” (art. 18), parece indiscutible que en ellos se estaba pensando cuando se elaboró el precepto³⁰⁵. No obstante, el tenor literal pone de manifiesto que no se limita solo a los profesionales de la medicina que forman parte del colectivo vinculado al deporte organizado, pues lo único que viene a exigir es que se prescriba, y esta conducta la puede desarrollar tanto el médico deportivo de un equipo, como cualquier otro facultativo (se trate del médico que presta sus servicios en un gimnasio o del que se

pensado en los profesionales relacionados con el mundo del deporte como posibles sujetos activos de esta figura, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 62. De la misma opinión MORALES PRATS que, a propósito de la cualificación profesional o titulación en el ámbito médico o de la sanidad, considera que la pena de inhabilitación especial para determinadas profesiones, oficios o cargos públicos, no afecta a la calificación de delito común, “pues se trata de una penalidad accesoria y potencial, proyectable a distintos colectivos profesionales, que operan en el ámbito deportivo y que pueden protagonizar las conductas típicas”, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 887. Plantea que la pena de inhabilitación pueda aplicarse al deportista profesional en el caso de que este sea sujeto activo del delito, porque su profesión deportiva está íntimamente vinculada al delito cometido en relación con otros deportistas, PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 75.

³⁰⁴ El artículo 79 del Real Decreto Legislativo 1/2015 dispone: “1. La receta médica, pública o privada, y la orden de dispensación hospitalaria son los documentos que aseguran la instauración de un tratamiento con medicamentos por instrucción de un *médico, un odontólogo o un podólogo*, en el ámbito de sus competencias respectivas, *únicas profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica*”. El carácter profesionalizado de este comportamiento se resalta por diversos autores. Así, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 106; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 62; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 269; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 167 y 169; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 563; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 43; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Madrid, 2015, pág. 599. CORCOY BIDASOLO señala que en el caso de que la prescripción y la dispensa la realice un no profesional habrá que considerar el concurso con el delito de intrusismo, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., págs. 1250-1251. Asimismo, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 76. En relación con estos profesionales, opina BELESTÁ SEGURA que de no haberse modificado en el Congreso de los Diputados el término “justificación médica” que figuraba en el Anteproyecto original sustituyéndolo por el de “justificación terapéutica”, podría haberse producido la impunidad del médico deportivo que prescribiera una sustancia dopante sin que tuviera una justificación terapéutica por atipicidad de la conducta, en BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4.

³⁰⁵ CORTÉS BECHIARELLI pone de relieve el marcado carácter simbólico de la selección de las conductas de “prescribir” y “dispensar”, con las que el legislador ha querido subrayar la sanción de unas acciones específicas que se relacionan directamente con el entorno médico del deportista, que viene reforzado por la cualificación de prevalimiento de una posición de superioridad profesional, en CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 62. Indican que las acciones de “prescribir” o administrar parece que hacen referencia a los médicos y demás personal sanitario de los equipos o deportistas profesionales, COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASALI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 432.

dedica a la atención primaria en un centro de salud)³⁰⁶. Y no solo, pues la facultad de recetar también compete a los odontólogos, a los podólogos y, por lo que respecta a los medicamentos de uso animal (que, por cierto, aparecen en ocasiones entre los productos incautados en las operaciones policiales contra el dopaje)³⁰⁷, a los veterinarios (art. 79 RDL 1/2015). Con todo, parece que el verbo típico apunta a un profesional de la sanidad, lo que viene corroborado por la exigencia de que las acciones incriminadas se realicen “sin justificación terapéutica”³⁰⁸. En cuarto lugar, como veremos con más detalle, otro de los comportamientos que se contemplan, “dispensar”, también podría conducir a un sujeto activo profesional, concretamente al farmacéutico, aunque, en mi opinión, en este caso no se trata de una persona perteneciente al círculo que rodea al deportista, sino tan solo de aquel al que la normativa farmacéutica atribuye competencia para despachar medicamentos³⁰⁹.

Considero que todas estas referencias, sin embargo, carecen de la entidad suficiente como para sostener que estemos ante un delito especial. Verdaderamente, la prescripción y la dispensa habrán de ser llevadas a cabo por profesionales, y también algunos de los supuestos del prevalimiento del tipo agravado requerirán comprobar una determinada cualidad en el sujeto activo, pero ello no es óbice para afirmar que la regulación penal va más allá y engloba a un sujeto genérico. Pese a que en la redacción del precepto haya quedado plasmado el interés del legislador en combatir las actuaciones ilícitas que provienen del entorno del deportista y de los profesionales

³⁰⁶ Así, confirmaba CORTÉS BECHIARELLI que el anterior artículo 361 bis iba más allá de lo que lo hacía la disciplina deportiva según la regulación vigente en aquel momento, pues la derogada Ley Orgánica 7/2006 solo se refería, a efectos de responsabilidad, a los “médicos y resto del personal sanitario de los clubes o equipos”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 63. A mi modo de ver, esta afirmación no ha perdido veracidad con la Ley Orgánica 3/2013 a pesar de que con ella se haya ampliado el ámbito subjetivo de la responsabilidad disciplinaria, extendiéndolo a “médicos y personal sanitario, así como el personal de *clubes, equipos, Federaciones y cualesquiera otras entidades deportivas* y a los responsables de establecimientos deportivos” (art. 26).

³⁰⁷ Los medicamentos de uso veterinario se utilizan también para el dopaje de deportistas. Así, en algunas sentencias se señalan fármacos de esta clase entre los productos dopantes intervenidos: SJP nº 1 Huelva 217/2012, de 15 de junio; SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre; SJP nº 10 Valencia 15/2016, de 14 de enero.

³⁰⁸ En relación con ello, ANARTE BORRALLO y MORENO MORENO consideran que de la exigencia de que las acciones típicas se lleven a cabo “sin justificación terapéutica” parece deducirse que se reservan a sujetos específicos (profesionales), aunque descartan que se trate de un delito especial, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 106 y 120.

³⁰⁹ La “dispensa” constituye una función propia de los farmacéuticos conforme al Real Decreto Legislativo 1/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Así resulta de los artículos 86 y 89, que en lo que interesa establecen: “1. En las oficinas de farmacia, los farmacéuticos, como *responsables de la dispensación de medicamentos* a los ciudadanos, velarán por el cumplimiento de las pautas establecidas por el médico responsable del paciente en la prescripción y cooperarán con él en el seguimiento del tratamiento a través de los procedimientos de atención farmacéutica, contribuyendo a asegurar su eficacia y seguridad. Asimismo, participarán en la realización del conjunto de actividades destinadas a la utilización racional de los medicamentos, en particular a través de la dispensación informada al paciente. Una vez dispensado el medicamento podrán facilitar sistemas personalizados de dosificación a los pacientes que lo soliciten, en orden a mejorar el cumplimiento terapéutico, en los tratamientos y con las condiciones y requisitos que establezcan las administraciones sanitarias competentes” (art. 86.1); “1. El farmacéutico *dispensará* el medicamento prescrito por el médico” (art. 89.1).

sanitarios que pueden acceder más fácilmente a las sustancias prohibidas, lo cierto es que finalmente se ha tipificado un delito común. Esta afirmación queda acreditada por el empleo de la locución “los que”³¹⁰ con la que se inicia la descripción del injusto típico, que remite a un sujeto activo indeterminado que no precisa reunir una cualificación específica para poder ser sancionado a través del artículo 362 quinquies del Código penal. A ello se suma que el resto de acciones enunciadas dejan claro que pueden ser llevadas a cabo por cualquier persona, independientemente de si pertenece al entorno del deportista o desarrolla una actividad profesional (“proporcionar”, “suministrar”, “administrar”, “ofrecer” o “facilitar”)³¹¹.

Esta conformación del sujeto activo parece congruente si se repara en los escenarios en los que tienen lugar las prácticas dopantes, pues de haberse fijado un círculo restringido exclusivamente al entorno del deportista y a los profesionales del ámbito de la sanidad se habría dejado fuera precisamente a muchas personas ajenas al mundo del deporte y de la medicina que también desarrollan este tipo de conductas (por ejemplo, quienes venden estos productos por Internet, o auténticas redes integradas por individuos que hacen del dopaje su negocio y carecen de conexiones con los deportistas)³¹². De hecho, en algunas de las resoluciones judiciales que han aplicado el

³¹⁰ Entre otras razones, fundamentan en esta expresión el carácter común del delito DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 92; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 55; ESCRIBIELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1707; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 50; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 42; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 369. El uso del plural para redactar el sujeto del tipo fue criticado por el Consejo Fiscal en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2006, lo que refleja el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de la Lucha contra el Dopaje en el Deporte 31/2006, de 2 de febrero, Antecedente sexto. Al respecto, RUEDA GARCÍA advierte de que hubiera sido más correcto utilizar el singular, pues aunque entre los delitos contra la salud pública algunos se refieren al sujeto activo en plural y otros lo hacen en singular, la conducta típica prevista no exige la existencia de un sujeto activo plural, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., págs. 7-8.

³¹¹ Entiende que la amplitud de conductas típicas como “suministrar” o “proporcionar” lleva a determinar que el círculo de posibles autores no está cerrado, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 43. También en este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 62; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 520.

³¹² Con todo, hay que poner de relieve que el hecho de que el tipo penal comprenda a cualquiera, incluidos quienes conforman el entorno vinculado al deporte organizado, supone un desfase respecto a la pretendida transversalidad que se perseguía con la Ley Orgánica 7/2006. En ella se establecía un sistema disciplinario deportivo que tan solo afectaba a un círculo restringido de deportistas (ligados al ámbito federativo) y a su entorno. Pues bien, con la creación de esta figura, que no establece restricciones en cuanto al sujeto activo, el Derecho penal pasó a erigirse en *prima ratio* para aquellas personas que rodeaban al deportista no federado que practicase el deporte por recreo y a las que no alcanzaba el régimen disciplinario antidopaje, lo que entiendo que esencialmente sigue siendo así con la nueva normativa administrativa antidopaje. En mi opinión, esta limitación no deja de estar presente en la Ley Orgánica 3/2013, y ello pese a que el colectivo de infractores se ha ampliado parcialmente con la introducción de los “responsables de establecimientos deportivos”, que pueden no estar vinculados al deporte organizado. Sobre este desajuste, y por lo que se refiere a la derogada Ley Orgánica 7/2006, véanse ANARTE BORRALLA, E./MORENO

delito de dopaje queda patente que a menudo los comportamientos sancionados son realizados por personas que ni son profesionales sanitarios, ni pertenecen a la esfera deportiva en la que se halla integrado aquel³¹³.

Pese a la política de “tolerancia cero” en que se enmarcó la gestación del delito de dopaje³¹⁴, la amplitud con que se concibe el sujeto activo en el tipo penal no alcanza al deportista que hace uso de las sustancias o de los métodos, que en este caso es el sujeto pasivo cuya salud se pretende preservar. Si bien en otros países se le castiga penalmente³¹⁵, en el caso español parece que ha estado claro desde el principio que no

MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 108; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., págs. 270-271. A juicio de CORTÉS BECHIARELLI y DE VICENTE MARTÍNEZ esta discordancia entre el sujeto activo de la figura penal y el sujeto infractor acotado en la anterior Ley Orgánica 7/2006 contradice las clásicas relaciones entre el Derecho penal y el Derecho administrativo, pues lo que se entiende lógico es que el primero refuerce al segundo, seleccionando aquellas conductas más graves, pero nunca estableciendo un ámbito más ampliado de conductas o sujetos responsables, en CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 63; y DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 93.

³¹³ SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre; SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril; SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre; SJP nº 5 Las Palmas 14/2013, de 21 de enero; SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre; SJP nº 1 Huelva 217/2012, de 15 de junio (aunque uno de los condenados tenía cierta relación con el mundo del deporte, pues dirigía y gestionaba una tienda de productos para deportistas); SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre; SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero; SJP nº 6 Móstoles 146/14, de 11 de abril; SAP Madrid 483/2014, de 8 de septiembre; SAP Almería 24/2015, de 8 de junio; SJP nº 10 Valencia 15/2016, de 14 de enero.

³¹⁴ La alusión a la “tolerancia cero” con el dopaje por parte de altos cargos del CSD y del Ministerio del Interior fue recurrente en el periodo anterior a la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006. Pueden revisarse al respecto algunas noticias que así lo reflejan en el trabajo de GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 218-219. Asimismo, véase a título de ejemplo, http://deportes.elpais.com/deportes/2006/05/24/actualidad/1148455316_850215.html [última consulta: 31 de marzo 2016]. ROCA AGAPITO, sin embargo, considera exagerado, o al menos dudoso, afirmar que el artículo 361 bis del Código penal fuera un ejemplo de la política de “tolerancia cero”. En apoyo de esta afirmación esgrime, precisamente y entre otras razones, la ausencia de castigo para el deportista que se dopa, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 35.

³¹⁵ Lo que sucede en algunos Estados de nuestro entorno más próximo. Así, por ejemplo, en Bélgica, país pionero en intervenir penalmente frente al dopaje en términos que se han considerado excesivamente amplios, que castiga al deportista que realice prácticas dopantes o rehúse a la toma de muestras para efectuar los controles antidopaje, en SCHMITT DE BEM, L., *Responsabilidad penal en el deporte*, Oporto, 2014, pág. 350. También en Italia, donde la Ley 376/2000, de 14 de diciembre, por la que se regula la tutela sanitaria de la actividad deportiva y la lucha contra el dopaje, castiga al deportista que se dopa, sin que se exija que las sustancias dopantes pongan en peligro la salud (art. 9.2). Muy crítico con esta opción, reclamado la vigencia del principio de laicidad, BONINI, S., *Doping e Diritto penale*, Milano, 2006, págs. 239-242. Sobre la Ley 376/2000 en general, véanse MARAFIOTI, L., “Derecho comparado: medidas de prevención, represión y control del dopaje en el Derecho italiano deportivo y penal. Referencia a los riesgos para la intimidad”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 75-86 (que subraya que la norma nació con cierta obsolescencia y que falta una conexión real entre la regulación penal y la normativa internacional); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 29-32 (que declara que en su opinión lo que se protege es la pureza de la competición deportiva); SCHMITT DE BEM, L., *Responsabilidad penal en el deporte*, cit., págs. 354-364. En Alemania, como ya he indicado en otro lugar, pese a que hasta el presente no se castigaba penalmente al deportista que se dopa o se deja dopar, se ha aprobado recientemente una Ley antidopaje que sanciona penalmente al deportista profesional que se dope y en la que se tipifica la posesión de medicamentos dopantes, incluso en pequeñas cantidades. Por último, en Francia, aunque el Código del Deporte no contempla la sanción penal para el deportista que utilice o intente utilizar sustancias dopantes, sí tipifica la posesión sin razón médica que lo justifique (art. L.232-26-I). Realiza un análisis comparativo entre la normativa francesa antidopaje y la española PALOMAR OLMEDA, A., “La legislación contra el dopaje en España y Francia”, en *Materiales para la Historia del Deporte*, núm. 11, 2013.

fuera objeto de la intervención penal³¹⁶. Esta opción político-criminal ha tenido una buena acogida en la doctrina y en la jurisprudencia³¹⁷. Una decisión en otro sentido sin duda habría provocado serias disfunciones en el sistema y puesto en cuestión la legitimidad del precepto³¹⁸, pues si conforme a la normativa vigente no se castigan las autolesiones ni el intento de suicidio, consecuentemente han de quedar impunes las autopuestas en peligro³¹⁹. Por tanto, al igual que ocurre en el delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, el dopaje autógeno es atípico, aunque cabrá sancionar administrativamente al deportista que realice prácticas dopantes a través de la Ley Orgánica 3/2013, siempre y cuando entre en el ámbito subjetivo por ella previsto a efectos disciplinarios, que es limitado y no alcanza a la categoría de quienes practican deporte por recreo³²⁰.

³¹⁶ Así, ya he referido que tanto el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte como la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006 se fijaban como objetivo luchar contra el entorno del deportista y contra aquellos que lo promuevan.

³¹⁷ En general no se plantean objeciones en la doctrina a esta decisión legislativa. Expresamente se muestran de acuerdo con la exclusión del deportista como sujeto activo, entre otros, CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 44; CAZORLA PRIETO, L. M., “La Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte: introducción y panorámica general”, cit., págs. 39-40 (que considera que ello es fruto de un enfoque prudente y ponderativo); CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 61; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 520; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 56; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 431; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 44; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 92; GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimotercera edición”, cit., pág. 17; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 56; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 43-44; ROMA VALDÉS, A., “Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el Derecho penal español”, cit., págs. 65-66; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 26 (aunque señala que parece más bien un intento de favorecer la delación). De otra opinión REY HUIDOBRO, que sobre la base de que con este delito se protege no solo la salud, sino también “el correcto y leal desarrollo de la competición deportiva” propugna que se castigue el autodopaje en el ámbito de la alta competición deportiva, en “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, cit., pág. 108. En la jurisprudencia también se ratifica que se trata de un delito común y que el deportista no puede ser nunca autor del delito: SJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero; SJP nº 6 Valencia 401/2012, de 10 de octubre; SAP Madrid 545/2015, de 20 de julio. No obstante, la SAP Santa Cruz de Tenerife 536/2014, de 4 de diciembre, que apreció finalmente un delito relativo a sustancias nocivas del artículo 359 del Código penal, descartó la aplicación del delito de dopaje, entre otras razones, por considerar que es un “delito especial de facultativos”, cualidad que no reunían los acusados.

³¹⁸ ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 99.

³¹⁹ Entre otros, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 61; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 565; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 43-44. Este autor esgrime además razones de política criminal para oponerse al castigo del autodopaje pues, a su juicio, la pena no sería justa ni necesaria. Asimismo, aduce razones de tipo práctico, pues la impunidad del deportista podría favorecer la persecución de otras personas más importantes que formen parte de una trama organizada de suministro de sustancias dopantes.

³²⁰ El Título II de la Ley Orgánica 3/2013, “De la salud y del dopaje de los deportistas con licencia deportiva”, contiene dos Capítulos: el Capítulo I, “El dopaje en el ámbito del deporte con licencia deportiva”; y el Capítulo II, “Del régimen sancionador en materia de dopaje”. El artículo 10 con el que se inicia el Capítulo I dispone: “1. El ámbito subjetivo de aplicación de este capítulo y del capítulo II del presente título se extiende a deportistas que se

En otro orden de cosas, se ha planteado si al deportista le sería aplicable la figura básica de dopaje en calidad de inductor, cooperador necesario o cómplice de quien realiza la acción típica a él dirigida. Al respecto, comparto la opinión de quienes rechazan esta posibilidad³²¹. Tratándose de un delito de participación necesaria³²², en el que concurre el acuerdo de voluntades entre el autor y el deportista, creo que es un contrasentido castigar a aquel en cuyo beneficio se instituye la infracción penal, que se convertiría simultáneamente en sujeto activo y víctima³²³. En este sentido, hay que recordar que, como ya he explicado, a mi juicio de lo que se trata es de proteger su

encuentren en posesión, lo hubieran estado con carácter previo, o hayan solicitado la licencia federativa estatal o autonómica homologada, en el ámbito objetivo establecido en el apartado siguiente. También se extenderá a las personas y entidades mencionadas en los artículos 24, 25 y 26 de esta Ley así como a los deportistas extranjeros que, al amparo de lo dispuesto en la presente Ley, pueden ser sometidos a controles fuera de competición. En el caso de los deportistas que hubiesen estado en posesión de licencia federativa y no lo estén en el momento de iniciarse el expediente sancionador conforme a las disposiciones de esta Ley, se les aplicará la misma a los efectos, en su caso, de establecer la inhabilitación para conseguir aquella. Esta aplicación estará condicionada por el régimen de prescripción de las infracciones y sanciones previsto en esta Ley. 2. El ámbito objetivo de aplicación de esta Ley, a los efectos del dopaje en el ámbito del deporte con licencia federativa estatal o autonómica homologada, está determinado por las competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, que se organicen por entidades deportivas en el marco de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte”. Entre la ingente cantidad de infracciones que relaciona el artículo 22 de la Ley Orgánica 3/2013, se recoge como muy grave en el apartado 1.b): “la utilización, uso o consumo de sustancias o métodos prohibidos en el deporte”.

³²¹ ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 127; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 44; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 520; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 362; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 173; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 565; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 56; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 56; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 27. También en la jurisprudencia se mantiene esta posición en las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre. Sin embargo, considera viable esta posibilidad RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 7. Este autor admite que, partiendo del carácter accesorio de la participación, el deportista pueda ser sancionado como inductor, cooperador necesario o cómplice de su propio dopaje, siempre que se cumpla con el resto de los requisitos típicos y sobre la base de que el deportista no es titular del bien jurídico protegido (salud pública), por lo que su consentimiento se entiende que es irrelevante. Sostiene que el deportista podrá ser inductor, aunque no específica si de su propio dopaje, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1078.

³²² Al respecto, conviene recordar con JUANATEY DORADO que se trata de un delito de encuentro, de participación necesaria, en el que es preciso el acuerdo de voluntades entre el sujeto activo y el pasivo, aunque a este último no se le castiga porque el tipo penal se prevé precisamente para su protección, en “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 172-173. De la misma opinión, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 357; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 565; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 56. Incide en que se trata de un delito plurisubjetivo aparente, en el que la participación de otra persona, en este caso el deportista, es necesaria, pero impune, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 43.

³²³ Como insiste ROCA AGAPITO, “en realidad él es sujeto pasivo, y no puede ser a la vez víctima y responsable. Además, si resulta atípico que él mismo se administre las sustancias dopantes, no resulta lógico que sí lo sea cuando induce a un tercero a que lo haga”, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 56.

salud, y no la salud pública como bien de titularidad compartida por la colectividad o la ética deportiva³²⁴.

Por último, es conveniente destacar que la exclusión del deportista como sujeto activo de su propio dopaje no significa que este no pueda serlo cuando su conducta afecte a otro deportista. Así pues, podrá exigírsele responsabilidad penal siempre que, concurriendo el resto de elementos del delito, su comportamiento encaje en alguno de los verbos típicos y ponga en peligro la vida o la salud de otro deportista³²⁵. No obstante, hay que matizar que puede ser discutible la imputación del delito en las hipótesis en que el deportista adquiera los productos dopantes previo concierto con otro deportista y los reparta posteriormente entre ambos, lo que ya ha sido tratado en la jurisprudencia más reciente. En estos supuestos, aunque la literalidad del precepto habilite para castigar en tanto el deportista comprador “proporciona”, “facilita” o “suministra” la sustancia dopante, parece que lo más adecuado es atender a que su posición en los hechos no difiere de la de deportista al que reparte, y entender que, en realidad, es el sujeto pasivo del delito cometido, en su caso, por el que le suministró los compuestos prohibidos peligrosos³²⁶. Con todo, serán las circunstancias concurrentes en el caso concreto las que determinen si el hecho requiere la intervención del Derecho penal.

³²⁴ Véanse *supra* págs. 90 y ss.

³²⁵ Esta precisión es aceptada pacíficamente por la doctrina y por la jurisprudencia. Así, por lo que respecta a la primera, y entre otros, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 92; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 62; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1234; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 92; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 887; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 43. En cuanto a la jurisprudencia, se ha condenado a deportistas en diversas ocasiones: SJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero; SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio; SJP nº 6 Valencia 401/2012, de 10 de octubre; SAP Valencia 385/2013, de 31 de mayo; SJP nº 1 Huelva 217/12, de 15 de junio; SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre.

³²⁶ Un supuesto así ya ha sido abordado por la jurisprudencia. La SJP nº 5 Getafe 18/2015, de 2 de febrero, condenó como responsable de un delito de “suministro a deportistas de sustancias dopantes” (literalmente en la sentencia) a un deportista que las adquirió de forma desconocida para su uso propio y el de su amigo, con la finalidad de aumentar su rendimiento deportivo en el gimnasio al que ambos acudían a practicar deporte por recreo. El Juzgado, atendiendo a la formulación de las conductas típicas, consideró aplicable la figura de dopaje y condenó al comprador que “suministró” los productos a su compañero. Pues bien, esta resolución fue revocada en apelación por la SAP Madrid 545/15, de 20 de julio, que absolvió al deportista comprador porque, de acuerdo con las circunstancias concurrentes, llegó a la consideración de que ambos eran los destinatarios finales de la sustancia, aun cuando fuera uno de ellos el que la adquirió para ambos. De este modo, la Audiencia concluyó, sobre la base de que el precepto no alcanza al deportista que adquiere o consume los productos dopantes, que “la actuación realizada, de manera efectiva, por el recurrente no habría de ser tanto la de proporcionar o facilitar la sustancia cuanto la de hacer la entrega material de la misma –en idénticas condiciones que las recibidas por el propio acusado– para su consumo final”.

II. SUJETO PASIVO

Así como la determinación del sujeto activo del delito tipificado en el artículo 362 quinquies del Código penal no suscita especiales objeciones por parte de la doctrina, bastante más polémica se presenta la delimitación del sujeto pasivo.

Como premisa de partida, hay que precisar que el enfoque a la hora de abordar este elemento del tipo objetivo debería ser diverso según se defienda que con él se protege un bien jurídico colectivo o un interés individual. En rigor, si el valor tutelado fuese la salud pública, su titularidad compartida parece que habría de llevar necesariamente a un sujeto pasivo del delito con connotaciones abstractas, a la “colectividad”. De este modo, los deportistas a los que se refiere el precepto serían sujetos pasivos de la acción, diferenciados del titular del bien jurídico que se pretende salvaguardar³²⁷. En relación con ello, en el sector doctrinal que apoya que el objeto de protección en esta figura es la salud pública como bien supraindividual se observa que, de un lado, algunos autores hacen referencia a esta falta de coincidencia entre ambas clases de sujetos y confieren a la sociedad o a la comunidad la condición de sujeto pasivo del delito, y a los deportistas la de aquellos sobre quienes recae la acción típica³²⁸. De otro lado, sin embargo, otros califican a estos como sujetos pasivos del delito³²⁹.

³²⁷ Inciden en marcar esta distinción ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 109; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 520; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 57; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271. Sobre la diferencia entre una y otra categoría, véanse COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 361-362; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 14/3.

³²⁸ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ señala que el sujeto pasivo formalmente es la comunidad y, materialmente, nadie, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1078. ROCA AGAPITO explica la diferencia y recalca que, puesto que en su opinión el bien jurídico protegido es la salud pública, el sujeto pasivo del delito será la colectividad, mientras que el sujeto pasivo de la acción está conformado por el elenco de deportistas que relaciona el artículo 362 quinquies del Código penal, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 44-45. Por su parte, RUEDA GARCÍA, en referencia a la versión proyectada del previo artículo 361 bis del texto penal, entiende que, dado que la figura tutela la salud pública, que el autor identifica con el conjunto de condiciones positivas o negativas que definen el nivel de salud de una colectividad o sociedad, esta es la titular del bien jurídico protegido y, por tanto, el sujeto pasivo de la infracción, mientras que los deportistas son los sujetos pasivos de la acción, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 8.

³²⁹ Explícitamente se refieren a las tres categorías de deportistas como sujetos pasivos del delito DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 93; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1707; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523. Esta autora señala que, si bien se tutela la salud pública como bien jurídico eminentemente colectivo, en este delito el legislador se refiere expresamente a los sujetos protegidos de manera específica por la norma. También identifica el sujeto pasivo del ilícito con los deportistas reseñados en el precepto CORTÉS BECHIARELLI, que explica que aunque el bien jurídico es de naturaleza colectiva, puede acogerse respecto de este delito el criterio que propugna la jurisprudencia en alguna sentencia. En concreto, cita la STS 24-5-2004, relativa al tráfico de drogas, según la cual el delito contra la salud pública no protege exclusivamente la salud del destinatario, sino que hay que tener en cuenta que la salud pública de la colectividad está formada por la salud de cada uno de sus componentes, de modo que la afectación a su propia salud conforma la de la colectividad. De este modo, parece que admite la existencia simultánea

En cambio, desde la óptica individual del valor tutelado, no hay discusión respecto a que el sujeto pasivo del delito coincide con el sujeto pasivo de la acción relacionado en el tipo penal. Así pues, puesto que en mi opinión el interés que se preserva a través de la infracción de dopaje es la vida o la salud individual³³⁰, he de hacer hincapié en que las referencias que voy a hacer al sujeto pasivo lo serán a quien, desde mi punto de vista, es coetáneamente titular del bien jurídico y sujeto pasivo de la acción. Aunque esta puntualización no es relevante a efectos de fijar el contenido del círculo de individuos a que alude el precepto, sí que tiene trascendencia en relación con diversos aspectos del injusto, tales como la disponibilidad del bien jurídico protegido, de la que ya me he ocupado con anterioridad, en materia concursal, y quizás, incluso, en la perfección del delito.

El precepto, con una enrevesada redacción, alude a tres categorías de sujetos: “deportistas federados no competitivos”; “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo”; y “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”.

En una primera aproximación, podría inferirse que esta complicada e imprecisa formulación³³¹ en realidad es superflua y que el sujeto pasivo destinatario de las sustancias o de los métodos dopantes prohibidos puede ser cualquier deportista, sin distinción³³². Sin embargo, creo que esta afirmación es discutible y que, como ya he adelantado en otro lugar de este trabajo³³³, el círculo de sujetos pasivos, aun siendo amplio, es más restringido de lo que pudiera parecer en un primer momento.

De acuerdo con lo establecido en la norma, para que la conducta sea punible ha de afectar a alguno de los deportistas que allí se indican. Conforme he comentado al analizar el bien jurídico protegido, en la versión que se contemplaba en el proyecto del artículo 361 bis tan solo figuraban los “deportistas que participen en competiciones

de dos clases de sujetos pasivos del delito: uno individual y otro colectivo, en *El delito de dopaje*, cit., págs. 64-65. A juicio de MORALES PRATS “la opción por el bien jurídico protegido (salud pública) y la consignación típica de un plus de peligro concreto para la vida y la salud de las personas en la práctica deportiva, vincula a una opción amplia en la esfera de sujetos pasivos del delito, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 887.

³³⁰ Véanse *supra* págs. 90 y ss.

³³¹ Afirma NIETO MARTÍN que la complejidad para entender cada una de las clases de deportistas enumeradas hace que la configuración legal del sujeto pasivo sea uno de los aspectos más desafortunados del precepto, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796.

³³² En este sentido, señalan que a la vista del precepto cualquier persona que practique un deporte puede ser sujeto pasivo del delito y que bien hubiese podido simplificarse con una simple mención a “los deportistas”: PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 50; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 45; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 27.

³³³ Véanse *supra* págs. 92 y ss.

organizadas en España por entidades deportivas”³³⁴. Esta configuración del sujeto pasivo ya había sido objeto de crítica por parte del CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2006, que vino a poner de manifiesto que al dejar fuera de la protección de la norma al resto de los deportistas y a los demás individuos no se estaba tutelando la salud y la vida, sino aspectos puramente deportivos³³⁵. Desoídas las observaciones del CGPJ, el Proyecto que llegó al Congreso de los Diputados mantuvo intacta la restricción del círculo de sujetos pasivos a los deportistas competitivos. Sin embargo, como ya he relatado anteriormente, el Grupo Parlamentario Catalán presentó una enmienda por entender que el Proyecto de Ley “centraba su atención única y exclusivamente en el deporte de competición, olvidando el deporte no competitivo, el recreacional, ámbitos en los cuales pueden darse también casos de incitación al dopaje en gimnasios, etcétera...”³³⁶. Con ello, se incidía en la idea de que con la redacción originaria se estaba otorgando protección a la pureza en la competición, interés que no reviste entidad suficiente para merecer la intervención del Derecho penal. Pues bien, la consecuencia fue que, para salvar este obstáculo, se añadieron los otros dos grupos y lo cierto es que, aunque puede ser bastante dudoso que fuese una decisión meditada, no se contempló simplificar el tenor literal y utilizar el término “deportistas” sin más, que hubiese sido más claro y habría supuesto englobar a todo el que practica un deporte, al margen de su pertenencia o no al deporte organizado o de la finalidad perseguida con el ejercicio de la actividad deportiva. Por el contrario, la opción legislativa adoptada se encaminó en la dirección de establecer tres categorías diferentes que cabe entender que el legislador consideró excluyentes, pues si no fuera así parece que por razones de economía legislativa se habrían reconducido a una sola. Así las cosas, el principio de legalidad obliga a delimitar el sujeto pasivo atendiendo a cada una de las áreas de deportistas que se contemplan, a lo que dedicaré las siguientes páginas.

En relación con ello, he de precisar que comenzaré con la que engloba a los “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo”. La razones de que en el análisis altere el orden en que aparecen relacionados en el artículo son de dos tipos: por una parte, porque es la categoría que en principio parece más compleja de definir; y, por

³³⁴ Aunque será objeto de comentario más adelante, conviene señalar que en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje el sujeto pasivo se conformaba literalmente por “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por Federaciones deportivas”. A consecuencia de las indicaciones que expuso el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Anteproyecto se modificó la referencia a las Federaciones deportivas y se sustituyó por la de “entidades deportivas”, de modo que el Proyecto que se tramitó en el Parlamento ya incluía el cambio.

³³⁵ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, pág. 50.

³³⁶ Enmienda 135 (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 82-7, de 7 de junio 2006).

otra parte, porque al requerir como presupuesto que se concrete el concepto de deportista, permitirá proyectar la definición que se alcance en el estudio de los demás grupos.

1. DEPORTISTAS NO FEDERADOS QUE PRACTIQUEN EL DEPORTE POR RECREO

En orden a fijar qué se entiende por “deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo” es imprescindible tomar en consideración el significado que cabe atribuir a efectos penales al término “deportista”. Las vías para tratar de integrar el concepto pasan por atender a las disposiciones legislativas que se ocupan del deporte y, asimismo, por valorar un concepto descriptivo que permita acoger a quienes, de acuerdo con la realidad criminológica, forman parte de este colectivo al que se refiere la ley.

Si acudimos a la normativa extrapenal en busca de una noción de “deportista” cabría destacar, por lo que se refiere a los instrumentos internacionales ratificados por España, de un lado, la que proporciona la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte en su artículo 2.4: «Un “deportista” es, a efectos de control antidopaje, cualquier persona que participe en un deporte a nivel internacional o nacional, en el sentido determinado por una organización nacional antidopaje, y cualquier otra persona que participe en un deporte o encuentro deportivo a un nivel inferior aceptado por los Estados Parte. A efectos de los programas de enseñanza y formación, un “deportista” es cualquier persona que participe en un deporte bajo la autoridad de una organización deportiva». De otro lado, la que ofrece el Convenio contra el Dopaje nº 135, del Consejo de Europa, que describe a los deportistas en la lista de definiciones de su artículo 2 como “las personas de los dos sexos que participen habitualmente en actividades deportivas organizadas”.

En lo que concierne a la legislación administrativa estatal, la Ley del Deporte (Ley 10/1990) no facilita un concepto de deportista. Sí se recoge, sin embargo, en el Anexo I de la Ley Orgánica 3/2013, que señala que es “cualquier persona que participe en un deporte a nivel internacional o estatal, así como cualquier otro competidor en el deporte que está sujeto a la jurisdicción de cualquier signatario o a otra organización deportiva que acepte el Código” (en referencia al CMA). Esta definición, no obstante, se proyecta

en el ámbito del deporte organizado o con licencia deportiva, como prescribe el artículo 4.1 de la Ley³³⁷.

Los inconvenientes que plantean las descripciones expuestas para ser trasladadas al orden penal radican en su carácter restrictivo puesto que en materia de dopaje, por su ámbito de aplicación, circunscriben las prácticas deportivas a la esfera competitiva o al deporte organizado, con lo que se deja fuera a todas aquellas personas que practican deporte sin intención de competir y también a quienes lo hacen al margen de las organizaciones deportivas. Sin embargo, el tipo, como resulta de su dicción literal, tiene un alcance mayor, que desborda los límites de los conceptos referidos.

Así pues, en la búsqueda de una definición válida a efectos penales, parece que lo más adecuado es manejar un criterio más amplio, que dé cabida también a esos otros individuos. En esta tarea, la doctrina se ha agrupado básicamente en torno a dos posiciones diferenciadas.

La primera, la que sustenta que el deportista a efectos de la aplicación del delito de dopaje es cualquier persona que practique una actividad declarada como deporte por el CSD (al que el artículo 8 de la Ley 10/1990 atribuye competencia para reconocer la existencia de una modalidad deportiva), con independencia de si se halla federada y de si se trata de un profesional o un mero aficionado³³⁸. De este modo, aunque el concepto de deportista se dilata, al mismo tiempo se limita, pues la calificación formal como deporte es la que marca las fronteras del círculo de sujetos pasivos. A favor de esta tesis se declara que las referencias legales a que las sustancias o los métodos estén “destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones” contribuyen a determinar el escenario en el que ha de tener lugar la actividad delictiva tipificada. Se aduce además, que la propia *ratio essendi* del ilícito y el principio de intervención mínima aconsejan esta restricción. En consecuencia, se afirma que si bien el Derecho penal extiende su protección más allá de lo que lo hacía la normativa administrativa que introdujo el delito de dopaje en el Código penal (LO

³³⁷ El artículo 4.1 de la Ley Orgánica 3/2013 establece: “1. Se considera dopaje en el ámbito del deporte organizado o con licencia deportiva la realización por alguna de las personas incluidas en el ámbito de aplicación de esta Ley de alguna de las conductas establecidas en el artículo 22, interpretadas con el alcance que se establece en el anexo de definiciones de esta Ley”.

³³⁸ CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 67-68; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 76; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 370. Esta opinión fue secundada inicialmente por MUÑOZ CONDE en la anterior edición de su obra *Derecho penal. Parte especial*, (19ª ed., pág. 612), aunque en la última edición no la ratifica, lo que me lleva a pensar que ha cambiado su parecer al respecto.

7/2006)³³⁹, ello no implica una extensión ilimitada, que admita casos de dopaje que se produzcan en el ejercicio de actividades aparentemente deportivas no reconocidas por el organismo competente³⁴⁰.

Esta conformación del deportista, a mi juicio, suscita algunas incógnitas que no se debaten especialmente entre los autores partidarios de esta postura. En particular, surge la duda, por una parte, de si cabrá apreciar el delito cuando practique algún deporte validado como tal que no comporte propiamente el ejercicio de una actividad física equiparable a la de otros en los que el esfuerzo físico es evidente (por ejemplo, el ajedrez)³⁴¹. Tal posibilidad, sin embargo, ha sido rechazada por las resoluciones judiciales que se han ocupado del análisis del sujeto pasivo del delito. En concreto, se incide en que un concepto de deportista basado en la existencia de una modalidad declarada formalmente por el CSD supondría aceptar a aquellos que se dedicaran a deportes reconocidos “en los que la actividad física no es relevante, como la petanca o el billar, o a deportes que no requieren actividad física como el ajedrez o el *bridge*”. Y esta interpretación no se considera viable, pues “ello carece de toda lógica, porque el tipo penal requiere que la sustancia proporcionada se destine a aumentar la capacidad física, lo cual apenas se aprecia en estos deportes” (SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre). Por consiguiente, se descarta la noción de

³³⁹ En cuanto al alcance más restringido de la normativa administrativa véanse, en relación con la anterior Ley Orgánica 7/2006, las opiniones diferenciadas que sostienen ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 107-108; y MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 888. Para los primeros, el alcance coercitivo de la norma antidopaje, aunque no quedaba claro hasta dónde llegaba exactamente, podía quizás abarcar al entorno de dos de las tres categorías de sujetos pasivos que describe el tipo penal: los “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas” y los “deportistas federados no competitivos”. Para el segundo, la Ley Orgánica 7/2006 ofrecía tutela solo a los deportistas competitivos, quedando fuera de su ámbito de protección los federados no competitivos y los no federados en prácticas deportivas de ocio. Por lo que concierne a la Ley Orgánica 3/2013, que derogó la anterior, ya he reseñado más arriba que puede seguir afirmándose que la figura de dopaje ensancha el círculo de deportistas protegidos más allá del que marca la norma administrativa, aunque hay que matizar que esta última, a mi juicio, ha ampliado limitadamente el círculo de deportistas a los que se extiende su *ratio* de tutela. Me refiero, en concreto, a que al establecerse sanciones disciplinarias para los “responsables de establecimientos deportivos”, que pueden no estar vinculados al deporte organizado, se está extendiendo la protección a deportistas que practican deporte por recreo en estos establecimientos (gimnasios y similares). No obstante, he de señalar que esta extensión es más aparente que real pues, además de circunscribirse a los responsables y no al resto de personas que pueden realizar las conductas tipificadas en aquellos lugares, el legislador ha cometido un error grave e inexplicable al “olvidar” fijar sanciones para la clase de comportamientos ilícitos que se llevan a cabo en estos espacios (las infracciones muy graves relacionadas en las letras m) y n) del art. 22.1 de la LO 3/2013), lo que supone un retroceso respecto al alcance de la normativa anterior. Se lamenta de este fallo legislativo RODRÍGUEZ TEN, J., “El régimen disciplinario del dopaje”, cit., págs. 439-440.

³⁴⁰ Estos argumentos los expone CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 67-68.

³⁴¹ Aunque no entra a analizar específicamente si es requisito a efectos penales que el deportista despliegue una actividad física, parece que CORTÉS BECHIARELLI se alinea en la dirección de exigir que así sea cuando señala, para descartar el deporte no declarado oficialmente como tal a la hora de delimitar el círculo de los deportistas por recreo, que “lo recreacional se opone a lo oficial o lo profesional, pero no se traduce en toda suerte de actividad relacionada con la educación *física*”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 68. PRAT WESTERLINDH aborda el problema, y concluye que, a su juicio, el ajedrez, aunque no se caracteriza por el ejercicio de una actividad física intensa, ha de ser considerado un deporte, aunque su comentario es general, sin precisar si esto debe entenderse así a efectos de aplicar el ilícito de dopaje. En cualquier caso, pone de manifiesto que es un tema complejo, porque “no está muy claro lo que es o no deporte”, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 76.

deportista propuesta por este sector doctrinal, precisamente porque conduce a considerar sujetos pasivos a individuos que, al parecer de los tribunales, no tienen cabida en el tipo penal.

Por otra parte, otra cuestión de interés que cabe plantear es la de si a efectos penales habrá de admitirse como deportistas a aquellos sujetos que practiquen una modalidad deportiva reconocida de modo ocasional, sin habitualidad. En relación con ello, aunque como he indicado no se ha desarrollado un debate entre quienes circunscriben la noción de deportista al ámbito del deporte reconocido, sí puede afirmarse que en general la doctrina se muestra partidaria de exigir regularidad en la actividad deportiva, al margen de si se trata o no de una modalidad oficialmente aprobada, como veremos a continuación³⁴².

La segunda posición, secundada asimismo por la jurisprudencia³⁴³, agrupa a una serie de autores que conceptúan al deportista de acuerdo con la definición de deporte que se contenía en ediciones pasadas del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (en adelante, DRAE). En su opinión, la versión actual, que contempla el deporte como actividad física cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas³⁴⁴ no es aceptable, pues deja a un lado actividades como el culturismo no competitivo. Así pues, se entiende que el deportista del artículo 362 quinquies es aquel individuo que realiza metódicamente ejercicio físico³⁴⁵, independientemente de si ello implica o no sujeción a normas³⁴⁶.

³⁴² Hasta donde me consta, entre los autores que expresamente han apoyado una definición de deportista limitada a la esfera del deporte reconocido, solo PRAT WESTERLINDH se ha planteado esta cuestión, pronunciándose a favor de requerir la habitualidad, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 76. Con todo, algunos penalistas que consideran razonable desde un punto de vista político-criminal la restricción a actividades deportivas reconocidas como tales por el CSD, afirman simultáneamente que también es razonable dejar al margen a quienes de forma ocasional o esporádica realizan dichas actividades. Así, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 109; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271. Aunque no entra a valorar esta corriente doctrinal, NIETO MARTÍN insiste en que “solo desde el requisito de la constancia de la habitualidad en el ejercicio del deporte tiene sentido que se parifiquen los federados y los que no lo están”, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 797.

³⁴³ SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre; SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio; y SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero.

³⁴⁴ Literalmente la edición vigente (23ª ed.) define el deporte como “actividad física, ejercida como juego o competición, cuya práctica supone entrenamiento y sujeción a normas”. A su vez, configura al deportista como “persona que por afición o profesionalmente practica algún deporte”.

³⁴⁵ En ediciones anteriores se definía el deporte como “la práctica metódica de ejercicios físicos”.

³⁴⁶ BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 437; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 93; LÓPEZ FERRER, P., “Artículo 361 bis”, cit., págs. 935-936. También parece decantarse por este concepto, con algún matiz, DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1235-1236. Aunque, como ya he comentado, la Ley 10/1990 no procura una definición de deportista, parece que alguna ley autonómica del deporte que sí lo hace sigue la línea defendida por estos autores. En concreto, la Ley 2/2011, de 22 de marzo, de la Generalitat, del Deporte y la Actividad Física de la Comunitat Valenciana, que establece en su artículo 10: “1. Son deportistas aquellas personas que, en el ámbito territorial de la Comunitat Valenciana, practiquen, individualmente o en grupo, cualquier tipo de deporte o actividad física en las condiciones establecidas en la presente ley, con

Esta definición pone el énfasis, por tanto, en tres elementos: el primero, que se haga ejercicio físico, excluyendo así a quienes practican deportes que se considera que no requieren prácticamente una capacidad física para su desempeño, como el ajedrez, el *bridge*, la petanca o el billar³⁴⁷; el segundo, que es indiferente si se trata de una actividad física reglada o no, lo que parece que conlleva implícitamente que no ha de estar catalogada necesariamente como una modalidad deportiva oficialmente declarada como tal³⁴⁸; el tercero, que la dedicación al deporte sea habitual o regular, relegando por tanto a quienes se ejercitan ocasionalmente³⁴⁹. Con ella se propugna, consecuentemente, que la infracción de dopaje se aplique cuando la acción recaiga sobre toda clase de deportistas (federados, no federados, profesionales o aficionados) que se ejerciten físicamente con habitualidad, y aunque desarrollen actividades que no estén reglamentadas, como el culturismo o el *running*.

A la vista de esta última delimitación del deportista, se aprecia un doble efecto en el orden penal pues, por una parte, permite que se sancionen penalmente un amplio espectro de supuestos, en consonancia con algunas de las preocupaciones que reflejaba el Plan de lucha contra el dopaje en el deporte y que se expresaron en el Congreso de los Diputados con ocasión de la enmienda que condujo a la ampliación de los sujetos pasivos. Como ya indiqué, el Plan no solo exponía la alarma por el dopaje en el mundo del deporte federado, sino también la que se refería a ciudadanos que confunden estar en buena forma física con lucir una musculación visible y rápida, que acuden a redes

independencia del carácter y objeto que persigan”. Asimismo, puede mencionarse el Proyecto de Ley del Deporte de Andalucía que en su artículo 4 dispone: “A los efectos de esta ley, se establecen las siguientes definiciones: a) Deporte o práctica deportiva: todo tipo de actividad física que, mediante una participación organizada o no, se realice con objetivos relacionados con la mejora de la condición física, psíquica o emocional, con la consecución de resultados en competiciones deportivas, con la adquisición de hábitos deportivos o con la ocupación activa del tiempo de ocio. b) Deportista: cualquier persona física que, individual o en grupo, practique deporte en las condiciones establecidas en esta ley”.

³⁴⁷ Así lo señala BELESTÁ SEGURA, quien rechaza que pueda afirmarse que son deportistas a efectos del delito de dopaje los jugadores de ajedrez, *bridge*, petanca o billar, sobre la base de que el tenor literal del precepto reclama que la sustancia facilitada se destine a aumentar la capacidad física, lo que prácticamente no es necesario para realizar estos deportes, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4. Como se ha visto, este argumento lo utilizan para descartar el concepto de deportista que se vincula al ejercicio de un deporte reconocido por el CSD las ya citadas SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

³⁴⁸ En este sentido, GARCÍA ARÁN pone de relieve que de sostenerse que solo es deporte aquella actividad reconocida como tal por el CSD el delito de dopaje no incluiría, por ejemplo, el ofrecimiento de anabolizantes en un gimnasio a aquellos que quieren aumentar su musculatura, o a quien practica en solitario paseos en bicicleta, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 212-213.

³⁴⁹ Sin embargo, DE LA CUESTA AGUADO parece admitir que el deportista sea también quien ejercita algún deporte o actividad física de forma esporádica, en “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1235. Por lo que respecta a la jurisprudencia, ha confirmado expresamente este concepto amplio vinculado al ejercicio físico metódico o habitual, señalando que “interpretar que los culturistas no competitivos y las personas que acuden con regularidad al gimnasio para practicar con ejercicio físico no son sujetos pasivos de este delito, resulta absolutamente contrario a la voluntad del legislador” (SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre). Mantienen también este criterio: SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio; y SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero.

ilegales que se lucran con el tráfico de sustancias prohibidas³⁵⁰. Pero, a su vez, y por otra parte, comporta una cierta restricción, por cuanto excluye a los deportistas ocasionales y a los que practican deportes que se entiende que apenas llevan aparejado ejercicio físico.

Conforme a las corrientes de opinión expuestas, puede confirmarse que ambas promueven un concepto de deportista más amplio en el ámbito penal que el que se contiene en la legislación extrapenal en materia de dopaje. Con todo, no puede desconocerse que, paralelamente, conducen a constreñir, cada una a su manera, el alcance de los sujetos pasivos del delito. A mi modo de ver, sin embargo, deberían rechazarse en general las interpretaciones restrictivas más allá de los límites que impone la redacción y el sentido del injusto, de los que me ocuparé enseguida. Creo que el respeto al principio de legalidad y un entendimiento del sujeto pasivo que tome como referencia el bien jurídico salud que se pretende salvaguardar en el concreto contexto deportivo, obligan a mantener un concepto abierto de deportista como punto de partida para el análisis. En este sentido, además de que ya resulta inadecuado que se discrimine a los ciudadanos en otros ámbitos ajenos al deporte, no me parece razonable excluir a quienes desarrollan una actividad física no calificada como una modalidad deportiva por el organismo competente, o a los que practican un deporte que no implique un esfuerzo físico considerable o equiparable al que se realiza en otros, pues todos ellos no dejan de ser deportistas que pueden ver peligrar su salud con conductas de dopaje³⁵¹.

Concretamente, en lo que se refiere a la opción de rechazar deportes no reconocidos por el CSD, creo que hay que tener en cuenta que existen actividades que son aceptadas socialmente como deporte (por ejemplo, el *skateboard*) y que la creación de deportes nuevos que cuentan con muchos adeptos es constante (por ejemplo, recientemente, el *flyboard*). Por añadidura, en torno a ellos se organizan competiciones con premios en metálico importantes, lo que puede incentivar la realización de conductas de dopaje. Pretender que el Derecho penal no trascienda las fronteras de las modalidades

³⁵⁰ Como pone de manifiesto DE VICENTE MARTÍNEZ, que rechaza la definición de deporte que facilita la última versión del DRAE, precisamente porque deja al margen el culturismo no competitivo, en *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 437; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 93. Pese a ello, cuando repasa las razones que llevaron a la extensión de sujeto pasivo más allá de los deportistas competitivos y que justifican que el precepto abarque el llamado “narcotráfico de gimnasio”, apunta que quizás se olvidó que este último podría haberse perseguido por las vías alternativas de los artículos 359, 360 o 361 del Código penal anterior a la reforma de 2015 (en *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 437). En igual sentido, TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 27.

³⁵¹ En esta línea, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO se pregunta qué sentido tiene restringir el círculo a ciertos deportistas si lo que se protege es la salud pública en el deporte y, también, qué tiene la salud de cualquier clase de deportistas que la hace más digna de protección que la de los no deportistas, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., págs. 522-523.

deportivas oficiales, a mi juicio, refuerza el papel de los poderes públicos en la gestión y el control del deporte, pero redundante en perjuicio del objetivo de preservar la salud.

Asimismo, en lo que atiene a la opinión de discriminar a los que realizan actividades deportivas que no se identifican propiamente con la realización de ejercicio físico en sentido estricto, entiendo que cabe hacer dos observaciones importantes. La primera, que si bien existe la percepción de que algunos deportes no llevan consigo el empleo de capacidades físicas, la realidad es que ello no es así. Por ejemplo, una partida de ajedrez puede demandar una capacidad de resistencia notable de los jugadores que, sin duda, puede calificarse como “esfuerzo físico”, aunque también requiera un esfuerzo intelectual (que, por lo demás, supone un desgaste energético). Así pues, existen prácticas deportivas que tan solo aparentemente son sedentarias. Por lo que respecta a la segunda observación, creo que hay que tener en cuenta que el precepto no establece distinciones según la clase de deporte, y tampoco exige que el sujeto pasivo desarrolle una actividad de índole física relevante. La formulación del tipo solo prescribe que las sustancias o los métodos prohibidos “se destinen a aumentar las capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones”. De acuerdo con ello, creo que lo determinante es la cualidad de la sustancia y no la cantidad o intensidad del ejercicio físico que se realice. De este modo, opino que el artículo 362 quinquies podría ser aplicable si se proporcionan estimulantes prohibidos a un jugador de *bridge* con peligro para su vida, pues estos elementos dopantes tienen aptitud para retrasar la aparición de la fatiga y, por tanto, mejorar las condiciones físicas de quien las consume. En este sentido, me parece que no es correcto el argumento relativo al destino a mejorar el rendimiento físico que se utiliza para desplazar a estos deportistas sobre la base de considerar que las modalidades que practican no reclaman apenas el empleo de capacidades de esta naturaleza. A ello hay que añadir que, alternativamente, el enunciado normativo prevé que los métodos o las sustancias prohibidas se dirijan a “modificar los resultados de las competiciones” lo que refuerza la idea de que no es preciso que se trate de un deporte catalogable como “físico” en sentido estricto.

Por tanto, en línea con la segunda posición doctrinal expuesta, aunque con matices, considero que la noción de deportista que ha de servir como presupuesto para ir concretando cada área de las enumeradas en el artículo 362 quinquies (que son las que introducen verdaderas acotaciones en los grupos de afectados por las acciones típicas) ha de ser inevitablemente amplia y englobar a todas aquellas personas que habitualmente practiquen alguna clase de ejercicio que socialmente se considere

deporte, aun cuando no cuente con el reconocimiento del CSD. Tan solo cabría excluir, de acuerdo con el tenor literal, a aquellos sujetos cuya actividad deportiva no sea habitual, sino esporádica, pues parece que el verbo “practicar” que emplea la ley conlleva una cierta asiduidad o reiteración en el entrenamiento³⁵² y, además, parece difícil que quepa denominar “deportista” a quien, por ejemplo, una vez al mes sale a pasear en bicicleta. No obstante, un problema adicional consistiría en dilucidar qué frecuencia integraría la habitualidad requerida³⁵³. A pesar de que entiendo que con esta concreta limitación quedarían fuera casos en los que puede verse afectada la salud individual, lo que puede parecer un contrasentido, me parece más razonable sostener una interpretación restrictiva, dado que la norma se circunscribe al contexto puramente deportivo. En cualquier caso, ello no sería óbice para estudiar la aplicación de otros preceptos del Código penal en los supuestos en que quede clara la relevancia penal de la conducta.

Así pues, con el concepto de deportista que estimo que resulta del tipo legal, será indiferente que el sujeto sea un deportista nacional o extranjero; que se halle integrado en la estructura federativa o se sitúe al margen de ella; que compita o simplemente busque llenar su tiempo de ocio; que practique un deporte reglado y reconocido como el fútbol, o uno de nueva creación como el *flyboard*; o que la actividad que realice requiera un mayor o menor esfuerzo físico. Creo que, sin perjuicio de que los términos gramaticales del precepto puedan marcar límites, todos estos supuestos podrían ser subsumibles *a priori* bajo el ilícito en estudio, si se tiene presente que la opción político-criminal adoptada con la creación de la figura de dopaje persigue evitar que la salud de quien practica un deporte se vea amenazada por el consumo o el uso de sustancias o métodos dopantes. Es cierto que en la mayoría de los casos en que los tribunales han aplicado el delito los sujetos pasivos eran culturistas que buscaban potenciar su musculación³⁵⁴. Pero aún así, entiendo que no hay razón que justifique que para construir un concepto de deportista del que partir en la interpretación del tipo penal

³⁵² En este sentido, señalan ANARTE BORRALLA y MORENO MORENO que la expresión “que practiquen el deporte” denota cierta continuidad, habitualidad y reiteración, que está presente en la mayoría de los significados del verbo practicar, según el DRAE, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 109 y nota 65.

³⁵³ Concretar la habitualidad de la práctica deportiva no deja de ser complejo, pues es un concepto relativo e indeterminado. Así, ¿podría hablarse de regularidad si el sujeto acude al gimnasio una vez por semana? Y si su profesión no le permite ejercitarse durante el invierno y reserva a la actividad deportiva tan solo el mes de agosto, ¿podría hablarse de habitualidad, o más bien de un ejercicio esporádico?

³⁵⁴ SJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero; SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio; SJP nº 6 Valencia 401/2012, de 10 de octubre; SAP Valencia 385/2013, de 31 de mayo; SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril; SJP nº1 Huelva 217/12, de 15 de junio (aunque también los productos dopantes se facilitaban a individuos que no eran culturistas); SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre; SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero (se trataba de sustancias anabolizantes, destinadas a potenciar la musculación); SAP Sevilla 517/2014, de 23 de septiembre; SJP nº 5 Getafe 18/2015, de 2 de febrero.

haya que relegar a otros según el tipo de deporte que practiquen (reconocido o no por el CSD; reglamentado o no sujeto a reglas) o la intensidad del ejercicio que desempeñen.

Sentado lo anterior, desde este enfoque, el grupo de deportistas que practican deporte por recreo quedaría conformado ampliamente³⁵⁵. Aun así, se hace preciso realizar una serie de observaciones que abocan a una primera restricción del ámbito de los sujetos pasivos del delito en este punto, que derivan de la literalidad del precepto. La primera observación tiene que ver con el empleo de la expresión “por recreo”, que cabría considerar que es susceptible de constreñir el círculo. La exigencia de que el ejercicio deportivo sea “por recreo” podría llevar a plantear, como sugiere algún autor, si la norma alcanzaría los casos de dopaje de un individuo que practica el deporte no con fines de ocio, sino por dinero (para ganar una apuesta)³⁵⁶. En estos supuestos, a mi modo de ver, la finalidad no recreativa debería impedir la apreciación del delito pues, de lo contrario, se estaría realizando una interpretación analógica *contra reo*. No obstante, no parece que una situación así vaya a conducir a la atipicidad, pues el delito de dopaje se ha aplicado ya en un supuesto en el que entre los destinatarios de los productos se encontraban personas que se estaban preparando físicamente para las pruebas de acceso a la Policía y que, por lo tanto, no se entrenaban “por recreo”, lo que me parece rechazable³⁵⁷.

La segunda observación se refiere a la dificultad de que pueda admitirse que esta categoría sirve de cajón de sastre para reconducir las hipótesis que, como veremos, quedan excluidas de las otras dos áreas de sujetos pasivos, por más que quepa apreciar un solapamiento relativo en algunas ocasiones³⁵⁸. Así, aunque será tratado en su momento, considero que el hecho de que el sujeto pasivo se haya estructurado en torno al carácter competitivo o no competitivo de los deportistas supone un obstáculo importante para subsumir bajo el colectivo de los deportistas por recreo (y también bajo el de los deportistas federados no competitivos) los casos que no pueden encuadrarse en

³⁵⁵ Sin perjuicio de que el alcance de este grupo de deportistas se fije por la doctrina de un modo diverso con arreglo a los dos conceptos principales de deportista que se mantienen y que he expuesto anteriormente, reseñando algunas posturas matizadas.

³⁵⁶ DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 522.

³⁵⁷ SJP nº1 Huelva 217/12, de 15 de junio, confirmada por la SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre. Precisamente, la posible exclusión de este caso del ámbito del anterior artículo 361 bis ya fue planteada por DE LA CUESTA AGUADO para rechazar un concepto normativo de deportista que implicase que la actividad física realizada se rigiese por reglas que la identificaran como deporte, en “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1235.

³⁵⁸ Así, por ejemplo, cabría pensar en la posibilidad de incluir entre los deportistas por recreo a aquel que estuviese federado en una modalidad deportiva y practicase otra por puro ocio y sin contar con una licencia deportiva para esa actividad secundaria. En este sentido, reconoce que los espacios resultantes con la fórmula adoptada para definir al sujeto pasivo se superponen en alguna medida ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 107.

la categoría de los competitivos por razones derivadas del tenor literal (por ejemplo, en las ocasiones en que el afectado fuese un deportista aficionado no federado que participase en carreras vecinales, no organizadas por una entidad deportiva). Si bien esta conclusión podría ser discutible desde el entendimiento de que la clase de los deportistas por recreo no se opone frontalmente a la de los deportistas competitivos y de que la protección del bien jurídico aconsejaría reconducirlos a este círculo, he de recordar que el legislador optó finalmente por describir tres grupos diferentes de sujetos pasivos, parece que excluyentes entre sí, en lugar de simplificar y referirse genéricamente a “los deportistas”. Como he señalado, probablemente fue una decisión poco reflexionada, pero es la que ha quedado plasmada en la ley.

2. DEPORTISTAS FEDERADOS NO COMPETITIVOS

Otra categoría de sujetos pasivos que establece el artículo 362 quinquies del Código penal es la de los “deportistas federados no competitivos”.

Lo primero que llama la atención es que, si se intenta precisar quiénes conforman esta esfera de deportistas acudiendo a la normativa administrativa, se comprueba que tal clasificación no aparece recogida como tal en ningún texto vigente, lo que produce desconcierto, porque supone que nos encontramos ante una expresión normativa difícil de integrar a través de la regulación extrapenal, con consecuencias negativas para el principio de seguridad jurídica.

A ello hay que añadir que la doctrina penal se ha detenido poco en determinar quiénes pertenecen a este grupo, quizás porque los esfuerzos se han centrado en definir a los deportistas por recreo. En particular, se ha afirmado que está claro que no comprende a deportistas competitivos; se alude a ellos como “los deportistas federados que consumen sustancias prohibidas en actividades deportivas no competitivas”; y, en fin, se los califica como “los deportistas federados que, aunque no participen en competiciones oficiales, practiquen habitualmente una actividad deportiva”³⁵⁹. Sin embargo, estas propuestas presentan el problema de que, al no venir acompañadas de un desarrollo analítico, pueden plantear dudas con respecto a su alcance específico. Así, la

³⁵⁹ Señala que está claro que no incluye a los deportistas competitivos, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079. Integra la categoría con los deportistas federados en actividad no competitiva MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 888. Por su parte, NIETO MARTÍN se refiere a ellos como “deportistas federados que, aunque no participen en competiciones oficiales, practiquen habitualmente una actividad deportiva”, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796.

exclusión del deportista competitivo requiere establecer con carácter previo qué ha de entenderse por tal; la conceptualización como deportistas federados en actividades deportivas no competitivas reclama también delimitar qué es una “actividad deportiva no competitiva”; y la consideración de que han de ser individuos que practiquen habitualmente una actividad deportiva aunque no participen en competiciones oficiales suscita la incógnita de si quedarían abarcados los sujetos federados que participen en competiciones no oficiales.

Así pues, parece conveniente profundizar algo más para tratar de concretar quiénes forman parte de esta área de deportistas, tarea que abordaré a continuación.

El círculo de sujetos detallado en el tipo pivota en torno a dos requisitos principales: el primero, que el deportista esté federado; el segundo, que no sea competitivo.

Por lo que se refiere al primero, se trata de un elemento formal que comporta que el deportista esté integrado en una Federación deportiva, estatal o autonómica. Las Federaciones deportivas son entidades privadas con personalidad jurídica propia que se dedican, entre otras funciones, a la promoción, tutela, organización y control de sus respectivas modalidades en el ámbito territorial correspondiente³⁶⁰. Para formar parte de una Federación es preciso solicitar la licencia federativa, documento que expide la propia Federación y que confirma a su titular como deportista federado. En consecuencia, puesto que la descripción típica se refiere a deportistas federados, la primera condición para formar parte de este grupo será que el deportista al que se proporciona, facilita o administra el producto o el método dopante se halle en posesión de la correspondiente licencia federativa, sin que sirva a este efecto que se trate de un sujeto que esté tramitando la solicitud de la licencia o que haya estado federado con carácter previo. En este sentido, aunque en materia de dopaje la Ley Orgánica 3/2013 se aplique también a quienes previamente hayan poseído o hayan solicitado una licencia federativa estatal o autonómica homologada³⁶¹, la norma penal es clara y no admite una

³⁶⁰ Por lo que se refiere a las Federaciones deportivas españolas, el artículo 30 de la Ley 10/1990, del Deporte, dispone: “1. Las Federaciones deportivas españolas son entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte”. 2. Las Federaciones deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública”. La normativa de desarrollo básica que regula estas entidades se recoge en el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, las diversas Leyes del Deporte se ocupan de las Federaciones autonómicas y especifican sus competencias.

³⁶¹ En línea con lo que establecía la derogada Ley antidopaje de 2006, la Ley Orgánica 3/2013, bajo el Título rubricado “De la salud y del dopaje de los deportistas con licencia deportiva” en el Capítulo I, titulado “El dopaje en el ámbito del deporte con licencia deportiva”, establece en el artículo 10.1: “el ámbito subjetivo de aplicación de este

analogía que abarque aquellos que no tengan en el momento de los hechos una relación de especial sujeción derivada de la titularidad de la licencia. No obstante, para estos casos, la categoría que entraría en juego sería la de los deportistas no federados que practiquen deporte por recreo, siempre que el sujeto no federado se ejercitase con habitualidad, conforme al concepto de deportista que sostengo.

En este punto, es importante tener en cuenta dos aspectos que pueden tener incidencia en la concreción de la exigencia añadida de que el deportista federado sea “no competitivo”: de un lado, que entre las modalidades deportivas susceptibles de federación, se contemplan algunas donde no existe competición o actividad de dicho carácter, de manera que existen licencias que refrendan la práctica de deportes que por su propia naturaleza o por otras razones no son competitivos, como por ejemplo, el senderismo o el submarinismo³⁶². De otro lado, que cuando se trata de un deporte en torno al cual se organizan competiciones, existe la posibilidad en algunas modalidades (por ejemplo, en remo, ciclismo o natación) de obtener una licencia competitiva o una licencia no competitiva o recreativa³⁶³, en función del objetivo que con ella persiga el deportista³⁶⁴. La diferencia entre una y otra radica en que la primera habilita para

capítulo y del capítulo II del presente título se extiende a deportistas que se encuentren en posesión, *lo hubieran estado con carácter previo, o hayan solicitado* la licencia federativa estatal o autonómica homologada, en el ámbito objetivo establecido en el apartado siguiente. También se extenderá a las personas y entidades mencionadas en los artículos 24, 25 y 26 de esta Ley así como a los deportistas extranjeros que, al amparo de lo dispuesto en la presente Ley, pueden ser sometidos a controles fuera de competición. En el caso de los deportistas que hubiesen estado en posesión de licencia federativa y no lo estén en el momento de iniciarse el expediente sancionador conforme a las disposiciones de esta Ley, se les aplicará la misma a los efectos, en su caso, de establecer la inhabilitación para conseguir aquella. Esta aplicación estará condicionada por el régimen de prescripción de las infracciones y sanciones previsto en esta Ley”. Esta extensión del ámbito subjetivo a supuestos en los que no existe la relación de sujeción que supone la obtención de una licencia federativa fue tratada específicamente por el CGPJ, que realizó una serie de observaciones y recomendaciones al respecto en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad deportiva, de 10 de octubre de 2012. Sobre ello, véase TEROL GÓMEZ, R., “El ámbito subjetivo del control de dopaje. El régimen de obligaciones de los deportistas”, cit., págs. 276-279. Por lo que se refiere a la inclusión de sujetos sin licencia en la anterior Ley Orgánica 7/2006, véase BARBA SÁNCHEZ, R., “Una nueva perspectiva del dopaje: concepto legal de dopaje, ámbito de aplicación y dimensión organizativa de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 125-127.

³⁶² A ellas alude la Ley 10/1990, del Deporte, en el capítulo dedicado a las Federaciones deportivas, que cuando determina quiénes pueden ser electores y elegibles para los órganos de gobierno indica que podrán serlo, entre otros, “los deportistas que tengan licencia en vigor, homologada por la Federación deportiva española en el momento de las elecciones y la hayan tenido durante el año anterior, siempre que hayan participado en competiciones o actividades de la respectiva modalidad deportiva, de carácter oficial y ámbito estatal, en las condiciones que reglamentariamente se determinen, salvo en aquellas modalidades donde no exista competición o actividad de dicho carácter” (art. 31).

³⁶³ Diversas Federaciones ofrecen a sus federados la posibilidad de obtener una licencia deportiva competitiva o no competitiva. Pueden consultarse, a título de ejemplo, <http://www.fremocv.org/licencias>, <http://www.andaluciacyclismo.com/licencias2015>, http://www.fncv.es/estatutos_fncv.pdf. [última consulta: 31 de marzo 2016].

³⁶⁴ Así, por ejemplo, la Ley 2/2011 del Deporte de la Comunidad Valenciana recoge esta posibilidad en su artículo 67: “1. La licencia federativa otorga a su titular la condición de miembro de una Federación, le habilita para participar en sus actividades deportivas y competiciones oficiales y acredita su integración en la misma. 2. La licencia federativa podrá ser de personas físicas o de personas jurídicas, en función de los estatutos federativos existentes. Asimismo, las Federaciones podrán establecer licencias de carácter competitivo y no competitivo, así como cualquier otro tipo de licencia debidamente aprobada”. Igualmente, la Ley 3/2012, de 2 de abril, del Deporte de Galicia señala

participar en competiciones oficiales³⁶⁵, mientras que la no competitiva o recreativa está prevista para aquellos deportistas que no van a competir en el ámbito oficial, lo que no excluye que puedan hacerlo en otros donde no se requiera aquella (por ejemplo, en una competición interna de un club deportivo)³⁶⁶.

El segundo requisito que caracteriza al colectivo que se examina consiste en que se trate de un deportista “no competitivo”, concepto indeterminado que ya he indicado que no se recoge en la legislación administrativa y que, por tanto, precisa ser dotado de contenido. En realidad, ante el silencio del legislador, parece oportuno plantearse diversas posibilidades. Concretamente, cabe preguntarse si en el momento en que se creó esta categoría se estaba utilizando un criterio clasificatorio puramente formal, basado en la modalidad deportiva o en el tipo de licencia, conforme a lo explicado más arriba; o si, más bien, se estaba considerando un criterio material o sustantivo, conectado al concreto comportamiento del deportista federado. Veamos algunas posibles interpretaciones en orden a determinar el alcance de la expresión “deportistas federados no competitivos”.

En primer lugar, desde una perspectiva meramente formal podría entenderse que, atendiendo a la modalidad deportiva, se buscó englobar tan solo a los deportistas federados en una actividad de carácter no competitivo y dejar fuera de este grupo a quienes poseen una licencia (de cualquier clase) para una práctica deportiva en la que se organicen competiciones, sean del tipo que sean (oficiales o no).

En segundo lugar, también desde un enfoque formal, sería viable la opción de que se hubiese querido abarcar al mismo tiempo a quienes poseen una licencia deportiva para practicar un deporte donde no existe competición y a quienes se ejercitan en una

en su artículo 28 que “en su ámbito de actuación, las Federaciones deportivas gallegas podrán establecer licencias de carácter competitivo y recreativo, así como cualquier otro tipo de licencia debidamente aprobada”.

³⁶⁵ Todo deportista que quiera competir en el ámbito oficial ha de disponer de una licencia federativa. Así lo dispone, por lo que se refiere a la esfera estatal, el Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas: “para la participación en actividades o competiciones deportivas oficiales de ámbito estatal será preciso estar en posesión de una licencia expedida por la correspondiente Federación deportiva española” (art. 7).

³⁶⁶ Hay que señalar que en la actualidad, sin embargo, la pervivencia de las licencias no competitivas constituye un tema controvertido por la razón de que el 1 de julio de 2015 ha entrado en vigor una modificación del artículo 32 de la Ley 10/1990 que contiene la Ley 15/2014, de 16 de septiembre, de racionalización del sector público y otras medidas de reforma administrativa, por la que se implanta la denominada licencia deportiva única. La licencia única es una iniciativa que proviene del CSD para que todas las licencias que emiten las Federaciones nacionales de todos los deportes y sus distintas Federaciones autonómicas se unifiquen en una sola. Será expedida por las Federaciones autonómicas salvo en supuestos tasados y habilitará para participar en cualquier competición deportiva oficial de ámbito estatal o autonómico. Esta decisión ha sido muy polémica y ha suscitado el rechazo de las Federaciones autonómicas, derivando incluso en la interposición de un recurso de inconstitucionalidad porque se considera una injerencia en las competencias autonómicas en materia de deporte. La cuestión es que podría suceder que las licencias no competitivas desaparezcan, aunque subsiste la duda respecto a si será posible mantenerlas al margen de la licencia única, por quedar fuera del alcance de la Ley 15/2014. Así pues, se plantea si con la licencia única dejarán de expedirse aquellas que se refieren a deportistas que no tienen interés en la competición oficial, lo que parece que no está claro y dependerá del desarrollo reglamentario.

actividad competitiva con una licencia de las denominadas no competitivas o recreativas. Esta última alternativa implicaría, en consecuencia, excluir a quienes disponen de una licencia que habilite para participar en eventos deportivos oficiales, aun cuando no se ejercite ese derecho en la práctica.

En tercer lugar, ya desde una óptica material que tomase en consideración la efectiva integración del sujeto en la esfera competitiva, no sería descabellado pensar que el legislador utilizase la expresión “no competitivos” para referirse a los deportistas federados que no participan en el mundo de la competición oficial. En apoyo de esta hipótesis hay que tener en cuenta que la derogada Ley 7/2006, que incorporó el artículo 361 bis al Código penal, establecía un ámbito de aplicación que se extendía, subjetivamente, a deportistas con licencia federativa estatal o con licencia autonómica homologada, en competiciones deportivas organizadas, promovidas o autorizadas por las Federaciones deportivas españolas (art. 1.2); y, objetivamente, al ámbito de las competiciones deportivas oficiales, de ámbito estatal, que se organizaran por entidades deportivas en el marco de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte (art. 1.3). De este modo, podría ser que al tiempo de la intervención penal se partiese de considerar que los deportistas competitivos eran aquellos a los que se hacía referencia en la propia Ley³⁶⁷. Desde un entendimiento semejante resultaría, entonces, que el concepto de deportista no competitivo quedaría limitado a aquel que contase con una licencia federativa y desarrollase una actividad deportiva al margen de las pruebas oficiales. Con ello se dejaría abierta la posibilidad de incluir en la categoría de deportistas federados no competitivos a los titulares de licencias recreativas que compiten fuera del circuito oficial y, también, a los deportistas que pese a estar habilitados para la competición oficial, decidiesen por la razón que fuera renunciar a ella.

En cuarto y último lugar, y asimismo desde un punto de vista sustantivo, es posible que la norma persiguiese con esta fórmula extender la tutela penal a cualquier deportista

³⁶⁷ En relación con esto, NIETO MARTÍN se plantea por qué el tipo penal no menciona expresamente al obligado principal por la legislación antidopaje, el deportista competitivo, remitiendo para su identificación al artículo 1.2 de la derogada Ley Orgánica 7/2006, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796. Asimismo, RUEDA GARCÍA señalaba, en relación con el Proyecto de la que luego sería la Ley Orgánica 7/2006, que solo recogía como sujetos pasivos a los “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”, que la redacción típica dejaba fuera de la esfera de lo punible a todos los deportistas no competidores. Esta opción le parecía en principio coherente con el resto del Proyecto, y citaba al respecto el artículo 1.2, en clara alusión a los deportistas competidores, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 8. Con todo, hay que destacar que la concreción del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica 7/2006, pese al tenor literal del artículo 1.2 y 1.3, no ha sido una cuestión pacífica y ha presentado muchas dificultades derivadas de contrastar la literalidad del artículo 1 con lo establecido en otros preceptos de la Ley. Sobre ello, BARBA SÁNCHEZ, R., “Una nueva perspectiva del dopaje: concepto legal de dopaje, ámbito de aplicación y dimensión organizativa de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., págs. 123-128; GAMERO CASADO, E., “Régimen de infracciones y sanciones”, cit., págs. 205- 209.

federado que no intervenga en pruebas de ninguna clase, independientemente de la modalidad deportiva que practique o de la licencia deportiva de la que sea titular.

A mi juicio, hay razones para sostener que esta última posibilidad interpretativa es la correcta. Por una parte, considero que el tenor literal del precepto va más allá de una simple calificación formal del sujeto pasivo según la modalidad deportiva en que esté federado o el tipo de licencia (competitiva o no competitiva) con que cuente; y, también, por otra parte, que trasciende de una concepción material que circunscriba el círculo de los deportistas no competitivos a los que no participan en competiciones oficiales.

Así, la primera razón que cabe alegar a favor de esta opción es que el artículo 362 quinquies del Código penal no establece distinciones en función del tipo de licencia, lo que lleva a admitir a cualquier persona que se halle federada, al margen de la modalidad de licencia que posea.

La segunda razón se apoya en que el precepto configura un tercer círculo que comprende a los deportistas competitivos, antagonista del de los no competitivos, cuya delimitación es fundamental para definir el contorno de este último colectivo y descartar las otras posibles interpretaciones propuestas. Aunque enseguida lo abordaré con más detenimiento, he de anticipar que, a mi juicio, la formulación referida a los “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas” permite inferir que el legislador ha querido incidir en el hecho de que el deportista se halle materialmente integrado en la esfera competitiva o no para diferenciar ambas categorías. Así, de un lado, pese a que conforme he indicado podría pensarse que el legislador de 2006 estaba restringiendo el grupo de deportistas competitivos a los federados en el ámbito de las competiciones oficiales, lo cierto es que el precepto no refleja tal exigencia, pues las competiciones pueden ser de cualquier clase. En este sentido, la Ley 10/1990, del Deporte, contempla la tipología de competiciones distinguiendo, según su naturaleza, competiciones oficiales y no oficiales, de carácter profesional o no profesional; y, según su ámbito, competiciones internacionales, estatales y de ámbito territorial inferior (art. 46). Asimismo, de otro lado, la descripción típica del círculo de deportistas competitivos tampoco requiere que se trate de un deportista federado.

En consecuencia, si se admite que en el tercer círculo el tipo de competición no tiene relevancia y que no es necesario contar con un título federativo, parece que el elemento decisivo para marcar la diferencia entre el deportista competitivo y el no competitivo

reside precisamente en que el sujeto esté efectivamente inmerso en el mundo de la competición, del tipo que sea, o se encuentre al margen de él. Por tanto, habría que considerar como deportista competitivo al individuo que, en su caso, posee una licencia no competitiva y, sin embargo, acude como competidor a todos los torneos no oficiales que organiza el club de tenis al que pertenece. Del mismo modo, aplicando este criterio distintivo, se clasificaría como deportista no competitivo a quien es titular de una licencia que le otorga la posibilidad de competir en el ámbito oficial y renuncia a participar en pruebas de cualquier índole (por ejemplo, a causa de una lesión)³⁶⁸, limitándose a la práctica habitual del deporte. Simultáneamente, hay que destacar que si el factor que permite dissociar el círculo de los deportistas competitivos de los no competitivos es la efectiva pertenencia al ámbito de la competición, con ello se confirma que el área de los deportistas federados no competitivos no se limita a aquellas modalidades deportivas en las que no existe competición pues, como hemos visto, practicar una actividad en la que sí se promueven eventos deportivos no implica necesariamente que el sujeto compita. Una interpretación que tan solo admitiera a quienes se federan en deportes como el submarinismo o el senderismo conllevaría, sin duda, una restricción injustificada del alcance de la norma.

En definitiva, a mi modo de ver, si se intenta dotar de una cierta coherencia interna al precepto en la configuración del sujeto pasivo, han de incluirse en el colectivo de deportistas federados no competitivos a todos aquellos que hayan obtenido una licencia federativa (de la naturaleza que sea), practiquen cualquier modalidad deportiva con habitualidad, y no se integren materialmente en competiciones deportivas de ninguna clase. En este punto, conviene recordar que, de acuerdo con el concepto de deportista expuesto más arriba, será indiferente que el sujeto destinatario de la sustancia o el método cuente con una licencia deportiva que acredite la práctica de un deporte como el ajedrez o el billar.

Con todo, nótese que con una interpretación así, no se obvia la realidad de que algunos supuestos queden al margen del tipo penal, como ya he relatado al examinar al grupo de los deportistas por recreo. Así, por ejemplo, he señalado que el caso del deportista con licencia no competitiva que compitiese en los torneos no oficiales que organiza su club habría de reconducirse a la categoría que el precepto denomina “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades

³⁶⁸ Precisamente NIETO MARTÍN subraya que no es sencillo determinar qué se entiende por un deportista federado no competitivo y se pregunta si lo sería alguien federado y que hace años que no compite, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796.

deportivas”. Sin embargo, conviene reiterar que si ese mismo deportista participase en todos los campeonatos de padel que organizan periódicamente los vecinos de la urbanización en que reside, la práctica dopante desarrollada podría considerarse atípica. De un lado, de acuerdo con la conformación propuesta de los deportistas federados no competitivos, el carácter competitivo excluiría la clasificación en esta área de deportistas. De otro lado, tampoco podría encuadrarse en las otras dos que prevé el precepto: ni en la de los deportistas competitivos, por no darse el requisito de que el organizador sea una entidad deportiva, lo que será analizado en su momento; ni en la de los deportistas no federados por recreo, puesto que existe tarjeta federativa. No desconozco que, desde el punto de vista del bien jurídico protegido, no parece muy coherente que estas últimas hipótesis queden fuera del ámbito del precepto, y que cabría la posibilidad de estudiar integrarlos en el grupo de los deportistas no competitivos³⁶⁹. Sin embargo, considero que el empleo de la expresión “no competitivo” no es irrelevante, sino que conforma un elemento primordial y básico de esta categoría. Siendo así, estimo que sería una contradicción en los términos ubicar al deportista del ejemplo entre los no competitivos, precisamente porque su concreto comportamiento es de naturaleza competitiva. Como apuntaba, una solución así tendría sentido desde la perspectiva del bien jurídico protegido, pero parece que choca con la letra de la ley.

Por añadidura, se observa que con esta delimitación del círculo de deportistas federados no competitivos parece que la única diferencia entre el deportista por recreo y el federado no competitivo radicaría exclusivamente en el hecho de que el sujeto figure en el registro de licencias federativas. Y, si esto es así, resulta difícil encontrar una explicación con sentido acerca de las razones que hayan motivado separar en dos grupos a quienes son simples aficionados³⁷⁰.

En todo caso, estas reflexiones ponen de manifiesto la deficiente técnica legislativa empleada en la conformación del sujeto pasivo del delito, pues los términos que se han empleado para delimitarlo dan cuenta de una falta de taxatividad difícilmente compatible con el principio de seguridad jurídica, además de producir lagunas de punición, lo que se confirma especialmente con el estudio de la última categoría de sujetos pasivos, que paso a examinar a continuación.

³⁶⁹ En relación con estos supuestos en los que el sujeto participa en una competición no organizada por una entidad deportiva, BELESTÁ SEGURA se plantea la posibilidad de acudir al grupo de los deportista federados no competitivos o, en otro caso, declarar la atipicidad, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 9.

³⁷⁰ Para NIETO MARTÍN “solo desde el requisito de la constancia de la habitualidad en el ejercicio del deporte tiene sentido que se parifiquen los federados y los que no lo están. Debiéndose tener en cuenta que en ocasiones el hecho de federarse es sobre todo una cuestión de conveniencia”, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 797.

3. DEPORTISTAS QUE PARTICIPEN EN COMPETICIONES ORGANIZADAS EN ESPAÑA POR ENTIDADES DEPORTIVAS

La última clase de sujetos pasivos que se contempla en el artículo 362 quinquies del Código penal es la de los “deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas”. Concretar la esfera de deportistas a que alcanza la tutela penal con esta formulación resulta de nuevo complicado, por el empleo de referencias que hay que definir y que no están del todo claras.

En una primera aproximación, la descripción típica alude a los “deportistas”, sin establecer restricciones. De ello se deriva que es indiferente que se trate de un deportista profesional³⁷¹ o un simple aficionado³⁷²; que se encuentre vinculado a la estructura federativa a través de una licencia o carezca de ella³⁷³; y que sea nacional o extranjero³⁷⁴. A ello hay que añadir que, de acuerdo con la definición de deportista que definiendo, tendrán cabida en este grupo los sujetos que realicen una actividad deportiva sea cuál sea el esfuerzo físico que requiera.

Las limitaciones comienzan, sin embargo, cuando se acomete la tarea de indagar en los restantes elementos que conforman este círculo de sujetos pasivos.

En primer lugar, el tipo penal exige que los deportistas “participen” en determinadas competiciones, lo que comporta, de acuerdo con el significado del verbo “participar”, que el sujeto tome parte en una prueba competitiva³⁷⁵. Esta exigencia, en la redacción previa del artículo 361 bis del Código penal, que constreñía el sujeto pasivo a los

³⁷¹ El deportista profesional se define en el artículo 1.2 del Real Decreto 1006/1985, de 26 de junio, por el que se regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales: “2. Son deportistas profesionales quienes, en virtud de una relación establecida con carácter regular, se dediquen voluntariamente a la práctica del deporte por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de un club o entidad deportiva a cambio de una retribución”.

³⁷² Admite que puedan ser deportistas profesionales o *amateurs* BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4. También parece de esta opinión CORTÉS BECHIARELLI, aunque resalta el hecho de que el precepto no acoja la expresión deportista profesional, poniendo el acento en que el sujeto pasivo participe en una competición organizada por España, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 66.

³⁷³ En este sentido, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 66 (que pone de manifiesto que tampoco la posesión de la licencia deportiva le sirve al legislador para fijar los contornos de este sujeto activo); CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 357; NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 599.

³⁷⁴ ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 569; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 11; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 66; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 358; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 888; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 625; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 72. En opinión de QUERALT JIMÉNEZ, el opaco circunloquio empleado por el legislador elude a los deportistas profesionales que participen en competiciones oficiales, lo que es más que llamativo, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079.

³⁷⁵ De acuerdo con la primera definición que recoge la 23ª edición del DRAE del verbo participar: “tomar parte en algo”.

deportistas que participasen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas, suscitaba la duda de si podrían quedar fuera algunos supuestos. En concreto, se afirmaba al respecto que con ello se impediría considerar punibles las conductas que se llevasen a cabo en los momentos previos al inicio de la competición de que se tratase, aunque fuesen comportamientos orientados a esta. Asimismo, se consideraba que excluía los casos en los que el deportista no se encontrase inscrito para competir, incluso en el supuesto de profesionales integrados en un equipo; o aquellos en los que se hallase en una fase de entrenamiento anterior al comienzo de la prueba, se estuviese recuperando de una lesión, o en periodo de descanso. De este modo, se señalaba, este requisito suponía una primera restricción de gran alcance que debería haberse resuelto, como se propuso antes de la aprobación del texto final del artículo 361 bis del Código penal, cambiando la redacción prevista por otra que mencionara a los deportistas que participasen en las competiciones o cuya participación fuera previsible³⁷⁶.

Verdaderamente, si el tenor literal se refiere a deportistas “que participen”, puede cuestionarse el admitir que esta categoría absorba a sujetos que no se encuentren compitiendo en el momento de los hechos. Sin embargo, por un lado, me parece excesivamente restrictivo interpretar el verbo “participen” en un sentido literal y exigir que se esté participando en el momento en que se realiza la conducta típica; y, por otro lado, ya he indicado antes que, a mi parecer, la nota diferenciadora básica entre los deportistas no competitivos y los competitivos reside justamente en que los segundos se hallen integrados efectivamente en el mundo de la competición, sin que sea suficiente poseer una licencia que habilite para ello. Con ello me refiero a que, en mi opinión, podrían clasificarse como deportistas competitivos no solo a quienes materialmente compitan, sino también a aquellos que se acredite que se hallan inmersos en la esfera competitiva, aun cuando en el momento en que se lleve a cabo la acción típica el evento deportivo de que se trate no se haya comenzado a celebrar, por ejemplo porque el sujeto se haya inscrito y se esté preparando para intervenir en una prueba concreta³⁷⁷. Esto significa, en definitiva, que habrá de estarse a las circunstancias del hecho concreto para comprobar si se puede afirmar que el deportista al que se le administra, proporciona o facilita la sustancia o el método dopante se encuentra incorporado al ámbito competitivo en el sentido expresado. Por tanto, considero que, por ejemplo, quedaría comprendido

³⁷⁶ RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 8.

³⁷⁷ En este sentido, BELESTÁ SEGURA admite en esta categoría a deportistas que consuman cualquier sustancia dopante durante el periodo de preparación de una competición, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4.

entre los deportistas competitivos el futbolista de un equipo de primera división que juega semanalmente y al que se le proporcionan productos dopantes entre un partido y otro con peligro para su salud o su vida. Aun así, el problema podría ser relativo con la figura de dopaje vigente, pues de rechazarse este concepto de participación que sostengo, probablemente entrarían en juego (aunque no cómodamente, a mi modo de ver) las otras dos áreas de deportistas que menciona el precepto (no federados por recreo o federados no competitivos).

En segundo lugar, la caracterización de este colectivo se sustenta en que los deportistas participen en “competiciones organizadas en España”. Esta condición no se entiende de modo uniforme en la doctrina pues, por una parte, con base en el artículo 46.2 de la Ley del Deporte³⁷⁸, parece que se aboga por reconducirla a las competiciones oficiales de ámbito estatal que así se califiquen por la correspondiente Federación deportiva española³⁷⁹; y, por otra parte, se afirma que el concepto de “competiciones deportivas”³⁸⁰ al que alude el tipo penal es más amplio, pues el propio artículo 46 de la Ley del Deporte clasifica las competiciones deportivas, según su naturaleza, en oficiales o no oficiales, y según su ámbito, en internacionales, estatales y de ámbito territorial inferior³⁸¹.

Ya he puesto de manifiesto anteriormente que esta última interpretación me parece la más acorde con el tenor literal, que no constriñe expresamente el alcance a una clase de competición, sino que deja abierta la posibilidad de que esta sea oficial o no oficial y de

³⁷⁸ El artículo 46 de la Ley 10/1990 establece: “1. A efectos de esta Ley, las competiciones deportivas se clasifican de la forma siguiente: a) Por su naturaleza, en competiciones oficiales o no oficiales, de carácter profesional o no profesional. b) Por su ámbito, en competiciones internacionales, estatales y de ámbito territorial inferior. 2. Son competiciones oficiales de ámbito estatal aquellas que así se califiquen por la correspondiente Federación deportiva española, salvo las de carácter profesional, cuya calificación corresponderá al Consejo Superior de Deportes. Los criterios para la calificación de las competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser establecidos en las disposiciones de desarrollo de la presente Ley o, de acuerdo con ellas, en los Estatutos federativos correspondientes. Serán criterios para la calificación de competiciones de carácter profesional, entre otros, la existencia de vínculos laborales entre clubes y deportistas, y la importancia y dimensión económica de la competición. La denominación de competición oficial de ámbito estatal queda reservada, a todos los efectos, para las reguladas en el presente Título. 3. Las competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser organizadas por personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, clubes deportivos, Ligas profesionales y Federaciones deportivas. 4. Las modificaciones propuestas por la Federación española correspondiente que afecten a las competiciones oficiales de carácter profesional requerirán el informe previo y favorable de la Liga Profesional correspondiente”.

³⁷⁹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 66; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250. Por su parte, NIETO MARTÍN señala que una interpretación sistemática del artículo 361 bis con la Ley antidopaje anterior y con el principio de determinación penal debiera llevar a considerar sujetos pasivos, por lo que atañe a este grupo, a los deportistas “federados o no, que participan en competiciones oficiales o internacionales”, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796.

³⁸⁰ Por lo que se refiere a las “competiciones deportivas”, RUEDA GARCÍA advertía, antes de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006, de que la Ley 10/1990 no proporciona un concepto, sino una clasificación de esos eventos. Por ello consideraba adecuado utilizar un concepto social, fácilmente comprensible por casi todos los integrantes de la colectividad, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 9. En la actualidad, la Ley Orgánica 3/2013 ofrece una definición en su Anexo I: “una prueba única, un partido, una partida o un concurso deportivo concreto”.

³⁸¹ MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 888.

que, en tanto no trascienda los límites geográficos del Estado español, sea una prueba internacional, estatal, autonómica, municipal o de cualquier ámbito. Precisamente, en relación con la extensión territorial, el Consejo de Estado ya se pronunció en su Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley que luego sería la Ley Orgánica 7/2006, afirmando que el precepto daba cobertura a las competiciones autonómicas³⁸², aunque consideró razonable, desde la perspectiva de la convivencia internacional, que quedaran excluidas las competiciones internacionales organizadas en España por instancias internacionales deportivas. Sin embargo, entiendo que ni la lógica del bien jurídico tutelado por el tipo penal, ni su redacción avalan tal restricción, salvo que la instancia internacional correspondiente no pueda calificarse como una entidad deportiva, lo que será examinado ahora³⁸³.

Con todo, no deja de ser un contrasentido que al deportista competitivo solo se le proteja si compite en España, lo que ha sido advertido por algunos autores que, críticamente, ponen de relieve que esta limitación territorial conduce a descartar la tipicidad de los supuestos en que la conducta de dopaje se realiza sobre deportistas que compiten fuera de España³⁸⁴. Aunque de acuerdo con el principio de territorialidad la jurisdicción penal sería competente para perseguir tales comportamientos cuando se

³⁸² Al respecto, indicaba: “debe dejarse claro que las competiciones autonómicas están incluidas en el tipo ya que no tendría sentido tener dos Códigos Penales, uno para las pruebas deportivas organizadas por Federaciones nacionales y otro para las organizadas por Federaciones autonómicas, todas las cuales normalmente están integradas en la correspondiente nacional. Debe ello, pues, dejarse también más claro matizando la redacción actual”. (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.A.9).

³⁸³ Estos argumentos fueron esgrimidos por el propio Consejo de Estado en su Dictamen, pese a que acabó admitiendo la exclusión de las competiciones internacionales: “En primer lugar, esta delimitación del ámbito no deja claro si están o no comprendidas las competiciones organizadas en España por las Federaciones deportivas internacionales. En principio, del tenor literal del artículo estarían incluidas cuando parece ser que lo que se quiere con esta delimitación es precisamente lo contrario, es decir, evitar conflictos como los que las organizaciones internacionales han tenido en Francia o Italia en esta materia. Debe ello, pues aclararse, especialmente si se quiere excluir de la tipificación penal las competiciones internacionales organizadas por instancias internacionales deportivas (donde normalmente colabora en la organización la correspondiente Federación española). Es cierto que desde la lógica del bien jurídico protegido por el tipo penal esta exclusión sería absurda, pero no lo es tanto desde la perspectiva de la convivencia internacional, por lo que hay suficiente razonabilidad en esta idiosincrasia de la sociedad transnacional deportiva como para entender que sería constitucional, por suficientemente razonable, este tipo penal”. (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.A.9). Admite que puedan quedar incluidas en el ámbito típico las competiciones deportivas internacionales que se desarrollen en España, aunque considera que la casi totalidad quedarían fuera del precepto porque difícilmente podrían considerarse organizadas por una entidad deportiva (en referencia al COE, a la FIFA y a la UEFA), RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 9.

³⁸⁴ Así, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 4 y 9, que señala que la redacción del texto es incongruente con la protección del bien jurídico; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1235-1236. Esta autora recalca que no tiene sentido que los deportistas federados no competitivos o los no federados que practiquen deporte vean protegida su salud frente al dopaje más allá de nuestras fronteras en tanto que si el deportista federado es competitivo su salud solo se protege si compite en España en competiciones organizadas por entidades deportivas. También ponen de manifiesto esta laguna, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 522; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 270; ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1707; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 9.

realicen en territorio español³⁸⁵, desde luego la letra del artículo 362 quinquies parece cerrar la posibilidad de invocar la jurisdicción española en estos casos, lo que genera incertidumbre y choca de nuevo con la pretendida finalidad de proteger la salud del deportista³⁸⁶.

En tercer y último lugar, el ilícito exige expresamente que las competiciones deportivas sean organizadas por “entidades deportivas”. Este requisito organizativo se refería en la versión originaria del artículo 361 bis a las “federaciones deportivas”, pero se modificó a consecuencia de la perplejidad que suscitó en el Consejo de Estado, que en su Dictamen al Anteproyecto de Ley puso de relieve que no se justificaba la limitación, pues las Ligas y otras entidades también organizan competiciones análogas a las de las Federaciones, y manifestó la necesidad del cambio³⁸⁷. No obstante, esta alteración de la redacción inicial, siendo ampliatoria, no supone acoger toda competición que tenga lugar en territorio español, pues el organizador no puede ser cualquiera, sino que es obligado que lo sea una entidad deportiva.

La cuestión es que el precepto penal no determina a qué entidades deportivas se refiere, lo que se complica porque la regulación estatal del deporte no es clara³⁸⁸. Para tratar de concretarlas, puede resultar útil acudir a la Ley Orgánica 7/2006, que establecía

³⁸⁵ De conformidad con el artículo 23 de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, de 1 de julio.

³⁸⁶ En opinión de BELESTÁ SEGURA, al incluir el artículo la expresión “que participen en competiciones organizadas en España”, parece alterarse el alcance del principio de territorialidad y del de personalidad. Para este autor serían supuestos especialmente problemáticos los casos en que un deportista se dope fuera de nuestras fronteras para participar en una competición que se celebre en España, y aquellos en que se faciliten sustancias dopantes a un deportista profesional que se prepara en España para participar en competiciones a celebrar en el extranjero, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 8 y 9. ANARTE BORRALLA y MORENO MORENO analizan cómo puede afectar la figura penal en materia de competencia jurisdiccional de los juzgados y tribunales españoles, señalando también que con la exigencia de que se trate de deportistas que compitan en España se podría obstaculizar la extensión de la jurisdicción española por la vía del principio de personalidad activa, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 102-105. Asimismo, apunta la existencia de problemas de competencia territorial que pueden surgir cuando, por ejemplo, las conductas típicas se han realizado fuera de España pero con la finalidad de competir en nuestro territorio. ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 569, nota 19. No parecen apreciar inconvenientes CORCOY BIDASOLO y CORTÉS BECHIARELLI. La primera sostiene que la conducta será típica si tiene lugar en España, aunque no haya competición o “esta tenga lugar en el extranjero”, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250. El segundo afirma que la competencia de los tribunales españoles conecta con el lugar en el que se suministra o dispensa la sustancia prohibida, y no en el que se desarrolla la actividad deportiva, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 66. De todos modos, hay que resaltar que el conflicto se plantea solo en relación con este círculo de deportistas competitivos, pero no cuando los sujetos sean deportistas federados no competitivos o deportistas no federados por recreo (ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 104).

³⁸⁷ Así, señalaba: “Pero lo más extraño, en tercer lugar, es que el tipo se limite a las competiciones organizadas por Federaciones cuando tanto las Ligas profesionales como otras entidades también organizan competiciones análogas que en nada deben distinguirse de las organizadas por Federaciones. En este caso, lo que debe quedar claro, como en el inmediatamente anterior, es la necesidad de incluir en el tipo penal también estas competiciones organizadas por Ligas y otras entidades” (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.A.9).

³⁸⁸ En referencia al proyectado artículo 361 bis, criticaba la falta de taxatividad del precepto penal y reclamaba la necesidad de aportar ciertas dosis de certeza al concepto empleado para identificar a los organizadores de las competiciones deportivas, pues la regulación administrativa del deporte no es clara y parece utilizar como sinónimas las expresiones “asociaciones deportivas” y “entidades deportivas”, RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 10.

en su Disposición adicional octava la delimitación del concepto de entidades deportivas a efectos de aplicación de la Ley³⁸⁹. En ella se disponía que la norma alcanzaba, no solo a las entidades previstas en el Título III de la Ley 10/1990 del Deporte, sino también “al resto de entidades que organicen competiciones deportivas y estén inscritas en el Registro de Entidades Deportivas del Consejo Superior de Deportes”.

La rúbrica del Título III de la Ley del Deporte no alude a las entidades deportivas, como cabría imaginar a partir de la remisión legal, sino a las asociaciones deportivas, que se clasifican en clubes, Agrupaciones de clubes de ámbito estatal, Entes de promoción deportiva de ámbito estatal, Ligas profesionales y Federaciones deportivas españolas (art. 12). Por lo que respecta al resto de entidades que se mencionaban hay que destacar, de un lado, el poco rigor de la Disposición adicional, pues la referencia al Registro de Entidades Deportivas del CSD era incorrecta, dado que lo que existe es un Registro de Asociaciones Deportivas; de otro lado, ante la dificultades que venía planteando su delimitación, cabe señalar que se ha realizado alguna propuesta a partir del artículo 44.1 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones deportivas españolas y Registro de Asociaciones Deportivas, que fue introducido por el Real Decreto 1252/1999, de 16 de julio. En particular, se ha sugerido incluir a las asociaciones y Federaciones deportivas internacionales registradas y que organicen competiciones, así como las asociaciones o entidades con personalidad jurídica propia, cuyo objeto social sea deportivo, que organicen o participen en la organización de competiciones deportivas de ámbito estatal, bien por delegación de la Federación deportiva española correspondiente o en colaboración con las mismas³⁹⁰. Esta posibilidad, aun cuando la Ley Orgánica 3/2013 no recoge una disposición semejante a la de la Ley Orgánica 7/2006 comentada³⁹¹, entiendo que podría seguir tomándose en consideración sin vulnerar el principio de legalidad, a efectos de reducir las exclusiones injustificadas a que conduce la selección de los sujetos pasivos.

Esta primera posible acotación, sin embargo, no es completa, pues ha de tenerse en cuenta que también debería acogerse a las variadas entidades deportivas de ámbito

³⁸⁹ A ella acudía para integrar el anterior artículo 361 bis del Código penal DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 435.

³⁹⁰ CARRETERO LESTÓN, J. L./ LANDABEREA UNZUETA, J. A., “Concepto legal de entidades deportivas (Disp. Adic. 8ª), en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, pág. 586. Estos autores consideran que hubiera sido más fácil que la Disposición adicional indicase con claridad el tipo de entidad deportiva.

³⁹¹ Efectivamente, la Ley Orgánica 3/2013 que sustituyó a la Ley Orgánica 7/2006 no recoge una disposición semejante, aunque queda claro que la locución “entidades deportivas” engloba a las asociaciones deportivas referidas en el Título III de la Ley 10/1990. Así, en el artículo 16 se alude a “los clubes, organizaciones, grupos y demás entidades deportivas a la que se refiere el Título III de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte”.

autonómico, que se definen en las correspondientes Leyes del Deporte de las Comunidades Autónomas y que también organizan competiciones³⁹².

En cualquier caso, como apuntaba anteriormente, la referencia a las entidades deportivas en el Código penal no implica que los deportistas que participen en cualquier competición queden englobados en este grupo de sujetos pasivos pues, aunque existen muchos tipos de entidades deportivas, estas no comprenden a todos los posibles organizadores. Así, y pese a que algún autor considera que el artículo 46.3 de la Ley 10/1990 hace expansivo el tenor del artículo que sanciona el dopaje, cuando dispone que “las competiciones oficiales de ámbito estatal podrán ser organizadas por personas físicas o jurídicas, privadas o públicas, clubes deportivos, Ligas profesionales y Federaciones deportivas”³⁹³, opino que la alusión expresa a las entidades deportivas excluye a todo aquel que no reúna tal condición. Y es que, si el propósito hubiese sido englobar a toda clase de organizadores de eventos deportivos, no habría sido necesario acudir a esta expresión. Se origina, en consecuencia, una nueva e incomprensible restricción del círculo de sujetos pasivos, pues si la competición deportiva es organizada, por ejemplo, por una persona física³⁹⁴, una asociación de vecinos, una firma comercial, un ayuntamiento, o el propio Comité Olímpico Español (COE)³⁹⁵, los comportamientos de dopaje que tengan como destinatarios a quienes participen en tales pruebas quedarán en principio fuera del ámbito de lo punible, por razones de atipicidad vinculadas a la configuración del sujeto pasivo, salvo que se considere viable acudir a las otras dos categorías de deportistas que se prevén³⁹⁶. Desde luego, si se trata de

³⁹² Por ejemplo, la Ley 2/2011, de 22 de marzo, de la Generalitat, del Deporte y la Actividad Física de la Comunitat Valenciana, recoge entre las entidades deportivas a los clubes deportivos, las Federaciones deportivas, los grupos de recreación deportiva, las agrupaciones de recreación deportiva, las secciones deportivas de otras entidades, las secciones de recreación deportiva de otras entidades, las sociedades anónimas deportivas y las asociaciones de Federaciones deportivas de la Comunitat Valenciana (art. 56). La Ley 3/2012, de 2 de abril, del Deporte de Galicia, indica que tienen la consideración de entidades deportivas gallegas los clubes deportivos, las agrupaciones deportivas escolares, las secciones deportivas y las Federaciones deportivas (art. 41). Sobre las competencias de las Comunidades Autónoma en materia de deporte y, específicamente, respecto de la prevención y represión del dopaje, véanse CUCHI DENIA, J. M., “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de dopaje”, en BOSCH CAPDEVILA, E./FRANQUET SUGRAÑES, M. T., *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, págs. 41-67; PRADOS PRADOS, S., “La represión del dopaje en las Comunidades Autónomas: ámbito competencial, análisis comparativo y consideraciones de política normativa”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 221-228.

³⁹³ Así, expresamente, MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 888. Parece decantarse también por una interpretación extensiva, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 66.

³⁹⁴ Excluye el supuesto de que las competiciones estén organizadas por personas físicas, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 358.

³⁹⁵ RUEDA GARCÍA considera más que dudoso que el COE pueda considerarse una entidad deportiva o una asociación deportiva, dado que su regulación está contenida en el Título V de la Ley del Deporte, mientras que a las asociaciones deportivas dedica el Título III, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 9

³⁹⁶ Señalan que quedan fuera del tipo los casos en que el dopaje se realiza con respecto a deportistas que participen en pruebas no organizadas por entidades deportivas, DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1235, quien recoge otros casos que quedarían excluidos; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y

proteger la salud los deportistas, parece que debería ser irrelevante que el deportista compita en España o que el organizador de la competición sea una entidad deportiva, pero la literalidad del precepto aboca a lo contrario³⁹⁷. De este modo, se confirma una vez más que la oscura técnica empleada para delimitar a los destinatarios de las sustancias prohibidas, estableciendo categorías diferenciadas sobre la base de conceptos indeterminados, ha desembocado en una reducción del alcance de la intervención penal poco congruente desde la óptica del bien jurídico tutelado.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 522; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271. Como ya he referido en nota previa, BELESTÁ SEGURA plantea también la posibilidad de entender que se trata de deportistas no competitivos, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 9.

³⁹⁷ Así lo pone de manifiesto BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 9. De acuerdo con el DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 435.

CAPÍTULO CUARTO: LA CONDUCTA TÍPICA

I. INTRODUCCIÓN

En línea con la técnica empleada para acotar el sujeto pasivo del delito, el legislador ha optado por definir la conducta típica utilizando una larga y farragosa relación de verbos, siguiendo una práctica que ya ha pasado a ser habitual en la regulación de muchos de los delitos recogidos en el Código penal³⁹⁸. Se deshecha así la posibilidad de acudir al término “dopar” para delimitar la acción punible³⁹⁹, y se crea un tipo mixto alternativo que lleva a calificar como un solo delito los supuestos en que el sujeto activo realice varios de los siguientes comportamientos: “prescribir”, “proporcionar”, “dispensar”, “suministrar”, “administrar” o “facilitar”⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Aunque el empleo de largos listados para definir la conducta típica no es nuevo, la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha venido a consolidar esta técnica legislativa, creando y modificando figuras en las que, en un afán desmedido por abarcar todos los comportamientos punibles, se incluyen exhaustivas relaciones de verbos que en muchas ocasiones se superponen y que se equiparan pese a que comportan un grado de ofensividad diverso. A título de ejemplo, entre otros muchos, cabe mencionar las nuevas infracciones relativas a medicamentos y productos sanitarios, en concreto el artículo 361 (“fabricar”, “importar”, “exportar”, “suministrar”, “intermediar”, “comercializar”, “ofrecer o poner en el mercado”, “almacenar con estas finalidades”), o 362 bis (“importar”, “exportar”, “anunciar o hacer publicidad”, “ofrecer”, “exhibir”, “vender”, “facilitar”, “expender”, “despachar”, “envasar”, “suministrar, incluyendo la intermediación”, “traficar”, “distribuir o poner en el mercado”), ambos del Código penal.

³⁹⁹ Diversos autores destacan que no se haya empleado el término “dopar” para determinar la conducta punible. Así, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 110; ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., págs. 571-572; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 13. Esta autora considera razonable que no se haya tipificado la acción de “dopar” porque, atendiendo a la definición de dopaje que se contenía en la Ley Orgánica 7/2006, se hubiesen sancionado penalmente conductas alejadas del peligro para la salud del deportista. Además, pone de relieve que el concepto de dopaje no está asentado y se haya en evolución. RUEDA GARCÍA opina, sin embargo, que lo acertado hubiera sido el uso del verbo “dopar”, interpretado en línea con la definición que aporta el DRAE (“administrar fármacos o sustancias estimulantes para potenciar artificialmente el rendimiento del organismo, a veces con peligro para la salud”), en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11. Parecen estar de acuerdo con él, COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASALI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., págs. 432-433.

⁴⁰⁰ Afirman que se trata de un tipo mixto alternativo: ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 110; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 452; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 50; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 166; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 53; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 29. Lo confirman las SSSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

Esta prolija enumeración probablemente ha estado guiada por el objetivo de abarcar el mayor número posible de situaciones y evitar lagunas de punición⁴⁰¹, pero lo cierto es que los efectos que ha desencadenado no pueden valorarse positivamente, como iremos viendo con más detalle al avanzar en el examen de las acciones típicas.

En general, por lo que se refiere a la sintaxis del precepto, se subraya la ambigüedad y la confusión a que conduce la descripción típica, por la dificultad para acotar algunas de las conductas⁴⁰². Asimismo, se denuncian redundancias y superposiciones⁴⁰³, por el empleo de verbos que en ocasiones son sinónimos entre sí o muy similares, lo que lleva a cuestionar la necesidad de acudir a modalidades comisivas reiterativas que podrían haberse reconducido a una sola⁴⁰⁴. Por añadidura, se advierte de un posible solapamiento de ilícitos en el orden penal y en el administrativo, que puede plantear eventuales problemas de *bis in idem*⁴⁰⁵. En cuanto a las consecuencias materiales, cabe

⁴⁰¹ ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 11; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., págs. 47-48.

⁴⁰² Así, la propia Directora General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo, en referencia expresa a la proyectada introducción del artículo 361 bis en el Código penal, centró su crítica en la inseguridad jurídica que podían crear términos ambiguos, descriptivos de las conductas punibles, como “proporcionar, suministrar, ofrecer o facilitar”. Aluden también a la ambigüedad y la confusión como notas características de la enumeración de acciones típicas, COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 432; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 222; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 69; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 371. Este autor insiste en que desde una perspectiva de claridad del precepto puede afectar a la exigencia de taxatividad derivada del principio de legalidad. También en relación con la sintaxis, MANZANARES SAMANIEGO llama la atención sobre el hecho de que los verbos empleados, si bien concuerdan con “las sustancias o grupos farmacológicos prohibidos” como complemento directo, no encajan sin embargo con los “métodos no reglamentarios” que “difícilmente se dispensan o administran”, en *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917.

⁴⁰³ Que no son exclusivas de este delito, pues también se producen solapamientos de conductas en otras infracciones contenidas en el mismo capítulo del Código penal, como señalan ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 110. A título de ejemplo, sobre las superposiciones de verbos típicos en los denominados delitos de fraude alimentario véanse *infra* págs. 456 y ss.

⁴⁰⁴ Las redundancias y superposiciones entre los verbos típicos se ponen de relieve por la mayoría de la doctrina. En este sentido, y sin entrar en detalles respecto a la opinión de cada autor, que serán tratados luego, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 569; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 11; ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 110; COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., págs. 432; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 76; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 48; DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 43; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 167; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 371. También el Consejo Fiscal, en su Informe al Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2006, puso de relieve el uso de términos sinónimos o muy similares, recomendando que se simplificara con la tipificación de tan solo dos comportamientos: “ofrecer” y “suministrar”.

⁴⁰⁵ Algunas de las conductas que se tipifican penalmente se hallan sancionadas por la Ley Orgánica 3/2013. Significativamente, el artículo 22.1.g) recoge como infracción “la administración, dispensa, ofrecimiento, facilitación

anticipar que algunos autores consideran que con tal formulación se ha producido una ampliación exagerada del ámbito de la tipicidad⁴⁰⁶, hasta el punto de entender que en ocasiones se están sancionando simples tentativas que se identifican con la acción consumada⁴⁰⁷ o actos preparatorios que de otra forma serían impunes⁴⁰⁸. Con todo, la crítica más extendida se centra en una posible vulneración del principio de proporcionalidad, por la equiparación penológica de comportamientos que son diversos desde el punto de vista de su desvalor y que presentan un distinto grado de ofensividad⁴⁰⁹, lo que ya fue advertido por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de la que luego sería la Ley Orgánica 7/2006⁴¹⁰.

o el suministro a los deportistas de sustancias prohibidas o de la utilización de métodos prohibidos en la práctica deportiva, ya se produzcan en competición o fuera de competición”. Aunque en principio esta dualidad no debe conducir a una vulneración del principio *non bis in idem* (la LO 3/2013 establece en su art. 33 la obligación de suspender todos los procedimientos sancionadores que pudiesen estar tramitando respecto de los presuntos responsables de la infracción penal, desde el momento en que por aquella se aprecie que existe identidad de hechos y fundamento), se plantea el problema de cómo resolver los casos en que la sanción administrativa ya se haya aplicado con carácter previo. Al respecto, en alusión a la anterior normativa antidopaje, y con especial referencia a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el tema, véanse CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 48-52; y SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “Las consecuencias del principio *non bis in idem* en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en España”, en MORILLAS CUEVA, L./ MANTOVANI, F. (Dir.) y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. (Coord.), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Madrid, 2008, págs. 221-252. Asimismo, se refieren a estos solapamientos ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 97; GONZÁLEZ ESPEJO, P./RODRÍGUEZ MOURULLO OTERO, A., “Breve comentario a la Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte”, cit., págs. 66-67; MORENO CARRASCO, F., “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, cit., págs. 87-88. Para un estudio detenido sobre este principio puede consultarse GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*, Barcelona, 1995.

⁴⁰⁶ El CGPJ ya criticó el exceso que suponía “anticipar (criminalizando) la respuesta penal al mero ofrecimiento (sin esperar siquiera a la eventual actualización del riesgo para la salud del deportista derivada de la aceptación)” (Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, pág. 46). Advierten, en general, de que la tipificación de algunos comportamientos supone un adelantamiento excesivo de la barrera penal, PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51.

⁴⁰⁷ GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 698; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 30.

⁴⁰⁸ Así, con puntualizaciones que serán expuestas más adelante, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1249; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236. De otra opinión, CORTÉS BECHIARELLI, para quien la selección realizada constituye una “mesurada intervención del Derecho penal en la materia, sin asumir conductas susceptibles de integrar formas imperfectas de ejecución o meros actos preparatorios, propios de un adelanto exacerbado de las barreras de incriminación”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 69.

⁴⁰⁹ Confirman que el precepto equipara conductas de diversa entidad lesiva, aunque con matices respecto a las que motivan la desproporcionada punitiva, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 570; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12; ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 449; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 49; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español*”, cit., págs. 222-223 ; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 69-70; ; DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud

A continuación voy a analizar, en primer lugar, cada una de las conductas que se contemplan en el tipo penal, al objeto de definir su contenido. Por razones de claridad expositiva, agruparé para su examen conjunto las consistentes en “proporcionar”, “suministrar” y “facilitar”. Asimismo, realizaré unas breves consideraciones sobre aquellos comportamientos que, si bien son propios de las infracciones contra la salud pública, no figuran en la descripción típica; así como acerca de la posibilidad de admitir la comisión por omisión. En segundo lugar, analizaré el elemento normativo “sin justificación terapéutica”, que necesariamente ha de acompañar a la acción realizada en orden a declarar su tipicidad.

II. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MODALIDADES TÍPICAS

Con carácter previo, conviene indicar que puesto que los significados que cabe atribuir a algunos de los verbos típicos pueden ser variados, trataré de fijar el ámbito de cada una de las acciones incriminadas atendiendo a aquel que permita mantener en la medida de lo posible la coherencia interna del precepto. De igual manera, he de resaltar el papel principal que en la interpretación voy a otorgar a la exigencia de peligro que dispone la norma, que puede ser muy útil a la hora de restringir el alcance desmesurado que pueden tener algunos de los que se emplean en la formulación típica⁴¹¹.

pública”, cit., pág. 45; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271; GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 213; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 167; MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 55; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 30.

⁴¹⁰ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, págs. 45-47.

⁴¹¹ En este sentido, declaran que la exigencia de puesta en peligro que forma parte del tipo sirve para corregir el desfase que se produce al equiparar el mero ofrecimiento a la administración, que constituye una acción mucho más directa y potencialmente más peligrosa, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; y DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271. También inciden en que el resultado de peligro concreto cumple una función restrictiva de la tipicidad, excluyéndola cuando las conductas no generen el riesgo requerido, DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 99. JUANATEY DORADO insiste en que para que el tipo penal entre en aplicación será necesario que las sustancias o métodos que se prescriben, proporcionan, dispensan, administran, ofrecen o facilitan supongan un peligro para la vida o la salud pues, de lo contrario, la conducta solo será sancionable, en su caso, administrativamente, en “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 176. Considera CORTÉS BECHIARELLI que “lo trascendente en este delito es el resultado producido, consistente en un peligro concreto para la vida o la salud individual, de manera que todas las acciones típicas propuestas por el legislador han de tener en común en el momento de ser aplicadas su idoneidad para comprometer efectivamente dichos bienes jurídicos”. De este modo, en su opinión, la decisión legislativa refleja el principio de intervención mínima, al someter la eficacia de las acciones incriminadas a su aptitud para hacer notar el riesgo

De acuerdo con lo visto más arriba, estamos ante un delito de peligro individual concreto⁴¹²; esto es, por una parte, la estructura típica se refiere a puestas en peligro individuales sin resultado lesivo y en las que no existe un dolo de lesión, de modo que, conforme he explicado previamente, el hipotético peligro general que pueda derivar de la actuación del sujeto activo no queda desvalorado por la figura de dopaje. Por otra parte, el tipo penal reclama que efectivamente se haya expuesto a un riesgo concreto la salud o la vida del deportista al que se destinan las sustancias o los métodos dopantes, lo que habrá de ser acreditado atendiendo a las circunstancias del hecho. Esto se traduce en que para entender consumado el delito deberá haberse producido un resultado de peligro que esté conectado causalmente con la acción, y que sea imputable objetivamente al sujeto activo. Hechas estas precisiones, puede ya señalarse como punto de partida que no toda actuación que pueda encajar en la descripción de las conductas determinará, por sí sola, la apreciación de este ilícito penal, en tanto no quede probado que desató el peligro requerido. Aunque ello excede del problema de definición de las conductas en sentido estricto, debe tenerse en cuenta que hay otros elementos del tipo que restringen el alcance de la tipicidad.

1. “PRESCRIBIR”

De las diversas definiciones del verbo “prescribir” que ofrece el DRAE parece que hay razones para sostener que debe interpretarse de acuerdo con la segunda acepción: “recetar, ordenar un remedio”⁴¹³. En particular, de un lado, se ha de tener en cuenta el hecho de que en la creación del tipo de dopaje estuvo muy presente la pretensión de hacer frente a las actuaciones ilícitas que provenían del entorno del deportista, en el que claramente se incluía a los médicos de clubes y equipos. Asimismo, de otro lado, hemos visto que en el tipo hay elementos que apuntan a la condición de profesional de la sanidad de algún sujeto activo, concretamente la alusión a la “justificación terapéutica” como razón médica cuya concurrencia excluye el castigo penal. A ello se suma la circunstancia de que el objeto al que se refiere la acción puede consistir en “sustancias o grupos farmacológicos”, identificables en muchas ocasiones con fármacos de curso

típicamente exigido, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 70. Asimismo, afirman que los comportamientos han de albergar aptitud o idoneidad para afectar en términos de peligro concreto la vida o la salud del deportista, MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 889; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 372.

⁴¹² Véanse *supra* págs. 141 y ss.

⁴¹³ La primera acepción equipara “prescribir” con “preceptuar, ordenar, determinar algo”.

legal que precisan receta médica y que en el contexto deportivo se usan fraudulentamente.

Pues bien, a mi modo de ver, todos estos datos permiten inferir que el sentido que hay que dar al término “prescribir” no es otro que “recetar”, tarea que precisamente corresponde a profesionales del ámbito sanitario entre los que se cuentan los médicos y, también, los odontólogos y los podólogos⁴¹⁴. Además, también están facultados para “prescribir” los veterinarios, cuando se trate de medicamentos de uso animal. En efecto, el artículo 79 del Real Decreto Legislativo 1/2015, referido a la receta médica y la prescripción hospitalaria, declara que los tres primeros son “los *únicos profesionales con facultad para recetar medicamentos sujetos a prescripción médica*” y extiende la referencia anterior a los veterinarios por lo que respecta a la receta de esta clase (art. 79.1. y 10, respectivamente). En consecuencia, se trata de un comportamiento que generalmente se relaciona con el ejercicio de la medicina, lo que viene ratificado por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia⁴¹⁵.

Algún autor ha propuesto entender que, además de “recetar”, el verbo típico equivale a “aconsejar” por parte de alguien que sea técnico médico o farmacéutico, sobre la base de que al tratarse frecuentemente de fármacos de uso ilícito no cabe una receta válida. Esta última acepción, se afirma, lleva a considerar que se está tipificando una forma de inducción al dopaje, “sin que sea preciso, como ocurre en la figura de participación del

⁴¹⁴ Es interesante destacar que en la propia Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006 se establece que “el suministro, la dispensación o la prescripción de sustancias susceptibles de producir dopaje es responsabilidad de quienes, según el Ordenamiento, realizan estas acciones y que, en consecuencia, estas infracciones han de constituir también un grave quebranto de la deontología profesional, que debe tener sanciones específicas en sus respectivos regímenes colegiales”.

⁴¹⁵ Consideran, más o menos expresamente, que la acción de prescribir se relaciona con el ejercicio de la medicina, aunque no aluden a la medicina veterinaria, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 570; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12 (señala que consiste en “recetar, ordenar una serie de remedios”); ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 74-76; COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAU LI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 432; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 99; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 167 y 169 (la define como sinónima de “recetar” y alude a personal sanitario con competencia para ello); MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 563; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 53; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77 (considera que la prescripción y la dispensa parece que pueden ser solo efectuadas por personal sanitario); QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079 (la identifica con “recetar” y afirma que es la única de las relacionadas que tiene autonomía, junto con la conducta de “administrar”); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 43 y 51 (indirectamente, pues la conceptúa como “recetar”); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12 (también implícitamente, pues indica que “prescribir” es lo mismo que “recetar”); VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 599. En cuanto a la jurisprudencia, véanse las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre; SAP Valencia 385/2013, de 31 de mayo.

artículo 28.a), que surja en el deportista la efectiva decisión de consumir la sustancia o utilizar el método reglamentario”⁴¹⁶. Sin embargo, en mi opinión, esta interpretación resulta excesivamente extensiva y debería obviarse, pues parece difícilmente aceptable desde el punto de vista del principio de lesividad.

Las principales objeciones que plantea esta conducta derivan de que no implica traslación del producto dopante prohibido y, por lo tanto, no comporta una puesta en contacto del objeto material con el deportista. Siendo así, se enfatiza que supone un adelantamiento excesivo de la barrera penal, pues la sola acción de prescribir no puede poner en peligro la salud del deportista⁴¹⁷ y se afirma que su equiparación con otras, y especialmente con la de “administrar”, vulnera el principio de proporcionalidad porque no representan un mismo contenido de injusto⁴¹⁸.

En relación con ello considero que, ciertamente, la formulación de los comportamientos típicos puede suponer un quebranto del principio de proporcionalidad al colocar en el mismo plano algunos que son diversos desde el punto de vista de su desvalor. No obstante, entiendo que ello no significa que haya de castigarse toda actuación que encaje en el verbo “prescribir” sin más, pues no pueden dejarse de lado los demás elementos típicos y la propia naturaleza de peligro individual concreto que presenta el delito, que tienen capacidad para actuar como correctores de un posible desfase derivado de la diferente lesividad que entrañan las otras acciones tipificadas.

Conviene recordar que la prescripción pone de manifiesto una cierta cercanía al sujeto pasivo (y al bien jurídico protegido), que es el deportista individualizado al que se destina la receta. Esta proximidad, he señalado que también existe en los casos en que no llegue a producirse una relación presencial con aquel, siempre y cuando el producto que se prescribe esté dirigido a un individuo identificado o identificable, el sujeto activo actúe con conocimiento de que es para él y sepa que está destinado a

⁴¹⁶ GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361.

⁴¹⁷ Al respecto, RUEDA GARCÍA insiste en que “prescribir” no supone que el sujeto activo tenga la sustancia en su poder ni, tampoco, que la llegue a facilitar o entregar a su destinatario. A su juicio, esta conducta no puede dañar por sí sola la salud pública y poner en peligro la vida o la salud del deportista, si no va seguida de algún otro comportamiento que suponga una afección directa de ambos bienes, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12. Por su parte, CORCOY BIDASOLO afirma que constituye un acto preparatorio que, al igual que las demás acciones que recoge el precepto, no será típico si finalmente no se administra la sustancia o se hace uso del método, puesto que solo de este modo puede darse el riesgo para la vida o la salud que demanda el tipo penal, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1249.

⁴¹⁸ Se refieren específicamente a los supuestos de prescripción, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 570; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., págs. 222-223; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 69-70; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12.

mejorar el rendimiento o a modificar los resultados de las competiciones⁴¹⁹. La concurrencia de este rasgo, a mi juicio, denota *per se* la aptitud de la conducta para desencadenar un peligro para la vida o la salud, aun cuando no sea tan directa ni tan peligrosa como otras que suponen la entrega o aplicación efectiva de la sustancia o el método dopante⁴²⁰.

Con todo, para afirmar la tipicidad será preciso probar la existencia del peligro individual concreto que demanda el tipo, lo que llevará a valorar las circunstancias presentes en el hecho, que serán decisivas entonces para calificar la actuación como punible y subsumirla bajo el injusto de dopaje, o bien descartar la sanción penal⁴²¹.

Así pues, estimo que, en un primer momento, el carácter individual del peligro permitirá excluir los casos en que, por ejemplo, un médico expida un número indeterminado de recetas en blanco, para destinatarios desconocidos, en tanto que las circunstancias concurrentes pongan de manifiesto que con su conducta no puso dolosamente en peligro a un deportista concreto. En un segundo momento, por lo que se refiere al grado de afección del peligro, opino que el delito no será aplicable si, por ejemplo, se prescribe un medicamento estimulante que no sea perjudicial en sí mismo o en una cantidad que represente la dosis que se recomienda normalmente a un paciente con fines terapéuticos. Si, sin embargo, se recetase el medicamento en cantidades excesivas, con indicaciones precisas respecto a un consumo prolongado y combinado con otros medicamentos de manera tal que pueda afirmarse que con ello se ha comprometido conscientemente la salud del deportista, podría decirse que en este supuesto la acción de prescribir vino acompañada de circunstancias que podrían llevar a apreciar la infracción.

⁴¹⁹ Véanse *supra* págs. 94, 119 y ss.

⁴²⁰ Además, hay que llamar la atención sobre el hecho de que, en los casos en que se entregue materialmente la receta al deportista, se produce una traslación del objeto material del ámbito de dominio del sujeto activo al del sujeto pasivo, lo que no debería ser indiferente. Señala que todas las conductas típicas suponen esta traslación, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360.

⁴²¹ Así, indica MORENO CARRASCO que se castigan acciones como “prescribir”, “ofrecer” o “facilitar”, recalando que, a su juicio, el límite de la persecución penal no está fijado por el propio dopaje y ni siquiera por el contacto potencial con la sustancia. Ante esta realidad, considera que lo único que puede justificar la equiparación de comportamientos en los que la puesta en peligro es evidente que no se produce en los mismos términos (en referencia a las conductas de “prescribir” y “administrar”) es el riesgo que entraña el objeto, la situación o el marco de relaciones en que interactúan sujetos activos y pasivos, en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., págs. 54-55. CORTÉS BECHIARELLI reconoce también que la conducta de prescribir no exige el contacto del consumidor con el producto dopante, pero reclama que sea idónea para producir un riesgo para su vida o su integridad, señalando que para ello habrá que atender a las circunstancias concretas. De este modo, concluye que no se sanciona la mera prescripción, pues han de concurrir el resto de elementos típicos, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 76. En esta línea, algunas resoluciones citan a este autor (concretamente, la pág. 33) e insisten en que para la consumación del delito es preciso una cierta cercanía del consumidor con el objeto material del delito por lo que, dado que en esta figura “la maldad del producto no se erige en el exclusivo eje del castigo penal, [...] habrá de efectuarse un examen detenido de las circunstancias del caso”. Al respecto, véanse las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

De todos modos, no se puede olvidar que la valoración del riesgo concreto no deja de ser una cuestión compleja, pues no existe un criterio inamovible que posibilite sostener, con toda certeza, en qué momento la conducta ha desatado un peligro lo suficientemente intenso o próximo como para sobrepasar el umbral del peligro abstracto⁴²². Si bien en muchas hipótesis ello puede detectarse con claridad, considero que hay que reconocer que la línea entre ambas clases de peligro puede ser muy fina en otras. Esta indefinición es una realidad que se hace patente en las propias resoluciones judiciales que han aplicado el delito de dopaje y que ante un mismo hecho han empleado criterios diversos para enjuiciar la concurrencia del peligro concreto, conforme he relatado al analizar la naturaleza jurídica de esta figura. En cualquier caso, la calificación como delito de los comportamientos que consistan en prescribir será una cuestión de prueba, que probablemente devendrá más compleja cuanto más alejada esté la acción del contacto material entre la sustancia y el cuerpo⁴²³.

2. “PROPORCIONAR”, “SUMINISTRAR” Y “FACILITAR”

La mencionada redundancia que caracteriza a la descripción de las conductas típicas se hace especialmente visible en relación con estas tres acciones, de modo que parece que con una de ellas hubiera sido suficiente⁴²⁴.

⁴²² Sobre los contornos del peligro concreto y su valoración por la jurisprudencia a efectos de apreciar el delito de dopaje, véanse *supra* págs. 120 y ss.

⁴²³ Lo que pone de manifiesto MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 55. Sugiere que los casos punibles de mera prescripción podrían ser menos, por la dificultad para apreciar el riesgo para la salud o la vida, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español*”, cit., pág. 223 ; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 70.

⁴²⁴ En línea con la idea de que las tres significan lo mismo, véanse ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., págs. 569-570; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12; ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 112 (las clasifican a las tres como comportamientos de entrega); CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 76; COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 432 (que también declaran que son sinónimas de “ofrecer”, entendido como “comprometerse alguien a dar algo”); DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., págs. 47-48; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272 ; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360 (que añade también el verbo “dispensar”); JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., págs. 166-167 (para quien habría bastado con uno solo de los verbos típicos para aludir a las conductas que cada uno pretende describir); QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079 (que las identifica también con las de “ofrecer” y “dispensar” y concluye que, a su juicio, la acción consistente en “facilitar” abarca todas las variantes); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12 (que también equipara estas acciones a la de “administrar”, entendida como “suministrar, proporcionar o distribuir algo”).

En primer lugar, “proporcionar” significa, en consonancia con lo que establece el DRAE, “poner a disposición”, en este caso del deportista⁴²⁵. En segundo lugar, la acción de suministrar se identifica con la de “proveer de la sustancia o el método prohibidos”⁴²⁶. En tercer lugar, el comportamiento que, en principio, parece más complejo de definir es el consistente en “facilitar”, aunque en mi opinión no difiere de los otros dos. Según el DRAE puede entenderse en un doble sentido: como “hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin” (primera acepción), o como “proporcionar o entregar” (segunda acepción). De acuerdo con la primera noción, podría considerarse que el precepto recoge el término con un contenido parecido al que se le otorga en el delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, como sugiere algún autor⁴²⁷. Sin embargo, creo que esta interpretación no es viable por la razón de que aquí, a diferencia del injusto de tráfico de drogas, no se trata de facilitar el consumo ilegal sino, como prescribe la norma, la sustancia prohibida o el método antirreglamentario⁴²⁸. Apoyar, por tanto, un concepto amplio en aquel sentido me parece excesivo; más bien, parece que con esta conducta se alude a “proporcionar o entregar”⁴²⁹, aun cuando sea evidente la sinonimia innecesaria con las

⁴²⁵ El DRAE (23ª ed.) recoge como tercera acepción del término “proporcionar”: “poner a disposición de alguien lo que necesita o le conviene”. Apoyan este significado, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51 (que también, en su opinión, es lo mismo que “administrar” o “suministrar”); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11.

⁴²⁶ Esta definición es la única que contiene el DRAE (23ª ed.). La secundan expresamente, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51 (para quien equivale, asimismo, a “administrar” y “proporcionar”); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11.

⁴²⁷ De esta opinión PRATS WESTERLINDH que, si bien equipara las acciones de “proporcionar” y “suministrar” como conductas de entrega efectiva, defiende que “facilitar” es proveer a otros de los medios para la adquisición de la sustancias. Desde esta perspectiva sostiene, por tanto, que el verbo comprende el almacenaje de sustancias dopantes entregadas por los deportistas, por tratarse de un acto que facilita su consumo, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 77. Aunque no se decanta por este significado, apunta que la alusión a “facilitar” podría tener capacidad para englobar a los demás comportamientos, DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 43.

⁴²⁸ Este argumento lo esgrimen ANARTE BORRALLO y MORENO MORENO para excluir la tipicidad de aquellas conductas que faciliten o hagan posible que el deportista se dope o sea dopado, sin perjuicio de su valor como formas de intervención a título de participación, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 111-112.

⁴²⁹ Se pronuncian explícitamente en este sentido, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12. QUERALT JIMÉNEZ define “facilitar” como “hacer llegar el producto o método a un sujeto”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079.

otras dos que se examinan. Así pues, puede afirmarse que los tres verbos típicos recogen hipótesis de entrega de la sustancia o el método prohibido⁴³⁰.

En cuanto a la capacidad de estas actuaciones para producir el riesgo típico, se sostiene que revelan una mayor proximidad al consumidor y que es más fácil advertir el peligro concreto cuando se proporciona, se suministra o se facilita, dado que en estos casos se produce una toma de contacto con el deportista⁴³¹. Al respecto, aun cuando comparto que implican una relación directa con el sujeto pasivo porque suponen una entrega efectiva del producto dopante y que *a priori* reflejan una mayor intensidad del peligro, he de insistir de nuevo en la importancia de contrastar la concurrencia del resto de elementos del delito y la creación de una verdadera amenaza para la salud a efectos de tipicidad⁴³². Y es que, puesto que el peligro no va necesariamente ligado en este delito a la naturaleza de la sustancia, entiendo que es perfectamente posible que la simple venta de un solo envase que contenga comprimidos anabolizantes, por ejemplo, no constituya un hecho punible, salvo que pueda apreciarse alguna otra circunstancia que haya sido abarcada por el dolo del autor y que permita afirmar que realmente se generó la probabilidad de lesionar al deportista⁴³³. En consecuencia, y pese a que estos tres comportamientos denotan “una mayor situación de peligro concreto”⁴³⁴, ello no significa que toda conducta que pueda encuadrarse en estos verbos sea subsumible directamente bajo el tipo de dopaje.

3. “DISPENSAR”

El término “dispensar” es susceptible, en principio, de ser interpretado conforme a dos de las definiciones que proporciona el DRAE: “dar, conceder, otorgar, distribuir” o “expender, despachar un medicamento” (primera y segunda acepción, respectivamente). De entenderlo en el primer sentido, vendría a ser sinónimo de “proporcionar”,

⁴³⁰ De acuerdo con la clasificación que ofrecen ANARTE BORRALLA y MORENO MORENO, que realizan una primera distinción entre conductas profesionalizadas y comunes, y recogen entre estas últimas las de ofrecimiento, entrega (“proporcionar”, “suministrar” y “facilitar”) y administración, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 112.

⁴³¹ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 76; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54.

⁴³² Insiste en que aunque estas tres acciones revelan una mayor cercanía del consumidor con el producto prohibido, un incremento de la inminencia del peligro, es obvio que habrán de verificarse todas las exigencias del tipo, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 76.

⁴³³ En este sentido, el AJI nº 24 Madrid de 4 de julio de 2011, ya citado, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones por considerar que no se había generado un peligro para la vida o la salud del deportista, ya que la conducta consistió en suministrar y administrar dos fármacos a un paciente.

⁴³⁴ Como declara PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54.

“suministrar” o “facilitar”, de acuerdo con lo expuesto hasta el momento. Con esta acepción, no solo se agudizarían entonces las redundancias que presenta el precepto, sino que podría considerarse inútil, por superflua. Por ello, con el fin de marcar diferencias con aquellos verbos⁴³⁵, pienso que quizás lo más conveniente es identificarlo con la segunda noción indicada: “expender o despachar un medicamento”, siguiendo la opción de la que es partidaria la doctrina casi unánimemente⁴³⁶. Siendo así, parece que se trata de una conducta orientada a sancionar a profesionales farmacéuticos⁴³⁷, que se contempla para prevenir la comisión del delito por quienes están autorizados para despachar medicamentos cuyo uso es legítimo para mejorar la salud, pero no así en el ámbito deportivo, por contener sustancias prohibidas en el deporte.

Cabría aceptar que, incluso desde esta perspectiva, no era necesario tipificar esta conducta, en el entendimiento de que hubiera sido suficiente con los verbos “proporcionar”, “suministrar”, “ofrecer” o “facilitar”, que presentan capacidad para abarcarla y admiten a cualquiera como sujeto activo⁴³⁸. Sin embargo, creo que la

⁴³⁵ Aduce razones de especificidad para delimitar este comportamiento, JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 167.

⁴³⁶ Secundan expresamente esta definición, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111 (“expender o despachar la sustancia o el método”); JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 167 (“expender o despachar”); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51 (“expender o despachar”). También parece finalmente decantarse por esta acepción, RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., págs. 11-12. En su opinión, las palabras dispensar y ofrecer (que equipara a “presentar y dar voluntariamente algo”) tienen significados idénticos, aunque luego conviene en que la acción de “dispensar”, si se entiende como “expender o despachar un medicamento” asume un contenido más restringido por la referencia a los fármacos. Asimismo, en este sentido, son muchos los autores que consideran que este verbo se relaciona con los profesionales de la farmacia: CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 74-75; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 99; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 53; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77 (que en relación con la prescripción y la dispensa habla de “personal sanitario”); VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 599 (“una persona vinculada a una farmacia”). En cuanto a la jurisprudencia, declaran que las acciones típicas “prescribir” y “dispensar” solo pueden ser desarrolladas por determinados profesionales de la sanidad, en referencia a los médicos y los farmacéuticos, respectivamente, las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

⁴³⁷ Al respecto, conviene recordar que el Real Decreto Legislativo 1/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, señala a los farmacéuticos como los responsables de la dispensación de medicamentos a los ciudadanos (arts. 86 y 89).

⁴³⁸ Algunos autores subrayan que era innecesario inculpar esta acción. Así, para COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO la dispensa se refiere a medicamentos, lo que explica la ubicación del anterior artículo 361 bis entre aquellos que antes de la última reforma del Código penal regulaban los delitos relativos a medicamentos (arts. 361 y 362 Cp). Sin embargo, consideran que carece de sentido la inclusión del término “dispensar” en la medida en que el objeto material lo constituyen sustancias prohibidas y la dispensa solo tiene lugar en farmacias y establecimientos autorizados. A su juicio, si el legislador estaba pensando en la dispensa en establecimiento no autorizados era suficiente con los verbos “proporcionar” o “suministrar”, en “El tipo penal”, cit., pág. 432. Por su parte, entiende que, aunque la dispensa parece más orientada a los profesionales farmacéuticos, bastaba con el término “proporcionar”, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360. De “casuística inútil” califica QUERALT JIMÉNEZ a la formulación de las conductas típicas, señalando que no existe diferencia entre

selección de esta acción no ha sido casual o aleatoria, sino que podría responder en el fondo a un propósito político-criminal concreto: reflejar que en muchas ocasiones el dopaje tiene lugar a través de sustancias que son medicamentos legales que se obtienen a través de canales autorizados (las farmacias)⁴³⁹, y transmitir a los profesionales que pueden facilitar el acceso a los mismos el mensaje de que, aunque estén habilitados por la normativa relativa a medicamentos para dispensarlos, ello no excluye la intervención del Derecho penal cuando se contribuye a un consumo fraudulento en el contexto deportivo con peligro para la salud del destinatario.

En definitiva, a mi modo de ver, con la inclusión en la descripción típica de la dispensa, se castiga un comportamiento profesionalizado aparentemente lícito que deviene ilícito cuando se realiza con consciencia de que los fármacos que se expenden van a ser objeto de un uso o consumo desviado respecto de las finalidades terapéuticas para las que están previstos y con ello se expone a riesgo la vida o la salud del deportista.

4. “ADMINISTRAR”

Para dotar de contenido a este verbo típico, se proponen básicamente dos significados de los que proporciona el DRAE: de una parte, “suministrar, proporcionar o distribuir algo⁴⁴⁰”; y, de otra parte, “aplicar, dar o hacer tomar un medicamento⁴⁴¹”. Si bien ambos son admisibles, desde mi punto de vista debe argumentarse del mismo modo que en relación con la conducta de “dispensar” y, para evitar reiteraciones innecesarias y por razones de especificidad, admitir que la administración supone que el sujeto activo aplique o dé directamente la sustancia o el método dopante al deportista⁴⁴².

“proporcionar”, “suministrar”, “dispensar”, “ofrecer” o “facilitar”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079.

⁴³⁹ Es una realidad que las sustancias dopantes no provienen siempre del mercado negro, sino que en muchas ocasiones se obtienen a través de establecimientos autorizados que distribuyen medicamentos legales que las contienen. Asimismo, en diversas resoluciones se ha condenado a farmacéuticos por la comisión del delito. Al respecto, véanse: SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre; SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre; SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio; SJP nº 2 Logroño, de 9 de diciembre de 2014.

⁴⁴⁰ Quinta acepción del DRAE (23ª ed.). Defienden este concepto, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12.

⁴⁴¹ Octava acepción del DRAE (23ª ed.).

⁴⁴² A favor de este significado se muestra la mayoría de la doctrina, lo que se infiere en ocasiones de sus apreciaciones a la hora de comparar este comportamiento con los demás del precepto. De un modo más explícito, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 570; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12 (que afirma que implica que el autor dé directamente las sustancias prohibidas o los métodos antirreglamentarios); GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361; JUANATEY

Por tanto, desde este enfoque, puede afirmarse que se están tipificando actuaciones positivas que implican un efectivo consumo o uso y que, por esta causa, representan un grado de peligro más intenso y próximo al bien jurídico protegido, en desequilibrio con aquellas otras que están más alejadas y que, sin embargo, el legislador equipara en cuanto a su desvalor⁴⁴³. De todos modos, es preciso insistir en que también este comportamiento, como todos los demás, debe interpretarse teleológicamente, en atención al interés tutelado y al peligro típico requerido por la norma⁴⁴⁴.

5. “OFRECER”

De las acciones punibles que se relacionan en el artículo 362 quinquies del Código penal, la de “ofrecer” es sin duda la más polémica.

En la doctrina se manejan dos posibles acepciones: “comprometerse a dar, hacer o decir algo” y, “presentar y dar voluntariamente algo”⁴⁴⁵.

La segunda de ellas, acogida por algunos autores como el único significado que debe seguirse en la interpretación de este verbo típico⁴⁴⁶, no suscita especiales problemas. Tan solo cabe mencionar que si se identifica la conducta de ofrecer con la de “presentar o dar voluntariamente algo” se vuelve a poner de manifiesto la sinonimia ya aludida, pues desde esta perspectiva equivale a “proporcionar”, “suministrar” o “facilitar”.

Universitat d'Alacant

DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 167; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77. ANARTE BORRALLO y MORENO MORENO se manifiestan de esta opinión, pero admiten que quizás también pueda entenderse como graduar o dosificar el uso del producto o el método dopante al objeto de obtener un mayor rendimiento o mejores efectos, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111.

⁴⁴³ Subrayan la desproporción a que conduce la formulación del injusto, refiriéndose específicamente a la equiparación de la conducta de “administrar” con otras, principalmente la que consiste en “ofrecer”: ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 570; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12; ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de *doping* do art. 361 bis do Código penal español”, cit., págs. 222-223; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 69-70; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 167; MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 55; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 30.

⁴⁴⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 74.

⁴⁴⁵ Respectivamente, primera y segunda definición del DRAE (23ª ed.).

⁴⁴⁶ Expresamente de esta opinión, RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12. También parece que así lo entiende QUERALT JIMÉNEZ, en tanto indica que no hay diferencia entre proporcionar, suministrar, dispensar, ofrecer y facilitar, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079.

La primera, sin embargo, es la que provoca fuertes reacciones críticas entre los penalistas. Así, del mismo modo que ocurre en relación con la actuación consistente en prescribir, se insiste en que es especialmente este comportamiento el que lleva a considerar que con tal formulación del injusto se produce una vulneración del principio de proporcionalidad, al asignarle la misma pena que a los demás, cuando parece que es el que reviste menor entidad⁴⁴⁷.

En este sentido, el CGPJ en su Informe sobre el Anteproyecto de la Ley 7/2006, mostró su sorpresa por la equiparación de la conducta de ofrecimiento con las restantes del precepto, aconsejando que o bien se suprimiera, o bien se clarificara la redacción al respecto, diciendo: “No obstante, en este ámbito de la tipicidad, debe realizarse alguna observación relativa a la enumeración pormenorizada de las actividades, actuaciones, del individuo (sujeto activo del delito) que devendrían en conducta típica integrada en la descripción de la acción delictiva de este ilícito penal, y específicamente en lo que atañe a la acción de ofrecimiento de sustancia o método prohibido. La tipificación de esta conducta, dada la redacción del resto del precepto, plantea ciertos inconvenientes que no deben desdeñarse y exigen mayor precisión del legislador. De un lado, la propia naturaleza de la actividad, de la conducta criminalizada. Pues, si ya se cuestionaba con carácter general la necesidad y conveniencia del recurso al Derecho penal a estos efectos, anticipar (criminalizando) la respuesta penal al mero ofrecimiento (sin esperar siquiera a la eventual actualización del riesgo para la salud del deportista derivada de la aceptación), debe considerarse excesivo. Por otro, anticipar la consumación del delito al mero ofrecimiento de la sustancia o método prohibido, sólo tendría sentido si el riesgo de la salud se produjese en todo caso con la ingestión de la misma o con la práctica de aquel; lo que vale decir, cuando la sustancia o el procedimiento fuesen por su propia naturaleza, esencialmente, nocivos, lesivos para la salud. Sin embargo, esto no es así. En la definición del tipo penal, de la sustancia o método no se exige esa capacidad natural (inevitable) de afección, de perturbación, de la salud, sino que lo sea, por el contenido, o por la reiteración de la ingesta u otras circunstancias concretas. De tal modo que, si la sustancia no es, por sí misma, nociva para la salud, resultando necesario el consumo continuado de ésta para convertir en real un potencial riesgo, entonces

⁴⁴⁷ Al respecto, ya ha quedado expuesto que un amplio sector de la doctrina destaca que la conducta de ofrecer no es comparable a efectos de lesividad con otras que se sancionan del mismo modo, especialmente con la acción consistente en “administrar” (véase la nota 443, pág. 212). Se refieren a la diferente gravedad que comporta la acción de ofrecer en relación con las consistentes en “prescribir”, “proporcionar” y “suministrar”, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 449; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 49; GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 213.

habría que exigir en la conducta activa que el ofrecimiento fuese reiterado. De lo contrario se equiparan algunas que no son susceptibles de provocar el mismo riesgo y, consiguientemente, de afectar en igual modo al bien jurídico protegido. Pues, el ofrecimiento en sí mismo no encierra más, depende de la aceptación que de él se haga (en este caso por el deportista), mientras que otros comportamientos (así, la prescripción, proporción, suministro, dispensación, administración o facilitación) sí suponen por sí mismos una actualización de la situación de riesgo del bien jurídico. Por tanto, lo más aconsejable sería proceder a la supresión de esta conducta entre las que conforman la acción típica delictiva, o, en todo caso, a una clarificación de la redacción a tenor de lo dicho al respecto”⁴⁴⁸.

Desde luego, si se acepta que el tipo castiga el mero ofrecimiento de entregar al deportista un producto dopante, con independencia de si se produce la aceptación por el deportista⁴⁴⁹, habría que ratificar la desproporción punitiva indicada, pues efectivamente se estarían sancionando con igual pena supuestos que representan un diverso contenido de injusto. Es más, la punición de actuaciones de este tipo supondría un adelantamiento excesivo de la barrera de protección penal que podría llevar a pensar que se están castigando como hechos consumados supuestos que no serían más que formas imperfectas de ejecución⁴⁵⁰. En estos casos, el simple ofrecimiento constituye un comportamiento más alejado de la lesión del bien jurídico que los demás previstos en el artículo 362 quinquies del Código penal, que difícilmente producirá el peligro concreto

⁴⁴⁸ Estas observaciones del CGPJ, sin embargo, no tuvieron apenas repercusión en la tramitación del Proyecto de Ley y fueron claramente desoídas. De hecho, tan solo un parlamentario del Grupo Popular formuló en trámite de comparencias una pregunta sobre si era proporcionado equiparar el mero ofrecimiento con las conductas de suministro, a lo que el compareciente respondió que el tema era difícil y que quizás hubiera que revisar la tipificación administrativa. Remarca este hecho, GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 213 y 223.

⁴⁴⁹ Pone de relieve que el mero hecho de ofrecer no requiere de una ulterior aceptación para adquirir relevancia jurídico-penal GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361. En igual sentido, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51.

⁴⁵⁰ Indica que en los casos de simple ofrecimiento de la sustancia podríamos estar ante simples tentativas que terminan mucho antes de causar el riesgo concreto, lo que sería un argumento a favor de un retroceso hasta el peligro abstracto, MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917. Para TORNOS el mero ofrecimiento constituiría una tentativa que debería ser impune, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 30. Por su parte, GÓMEZ TOMILLO afirma que se trataría de una forma de tentativa que, sin embargo, se encuentra equiparada a la acción consumada, lo que ha de ser valorado negativamente, en “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361. En esta línea, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 698. Además, algún autor considera el acto de ofrecer como un acto preparatorio. Al respecto, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1249, que no obstante afirma que no será típico si finalmente no se administra la sustancia o se hace uso del método, puesto que solo de este modo puede darse el riesgo para la vida o la salud que demanda el tipo penal. También insiste en que con la tipificación del ofrecimiento se adelanta excesivamente la barrera de protección penal, PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77, que admite la tipicidad de “el mero ofrecimiento de la sustancia antes de venderla o donarla”.

que requiere el tipo⁴⁵¹ aunque, como siempre, dependerá de las circunstancias concurrentes en los hechos.

Ante este panorama, he señalado más arriba⁴⁵² que, en principio, por coherencia interna del precepto y justamente por razones de proporcionalidad, quizás lo más adecuado sería promover una interpretación restrictiva y entenderlo en línea con los demás, como una conducta de entrega acorde con la segunda definición indicada. De esta manera, nos encontraríamos con una conducta que se encuentra en posición de causar el mismo grado de peligro que las de “proporcionar”, “suministrar” o “facilitar”. Se superarían así las objeciones doctrinales a la desproporción punitiva, aunque cabría preguntarse cuáles han sido las razones (si existen) para tipificar un comportamiento idéntico a otros⁴⁵³.

Con todo, también he introducido algún matiz y he comentado la posibilidad de admitir que pueda darse un ofrecimiento que no implique entrega inmediata y que, sin embargo, pueda integrar la acción típica. Ello dependerá, como vengo defendiendo, de que venga acompañado de circunstancias que permitan apreciar el peligro requerido en el caso concreto. Así, de un lado, creo que un mero ofrecimiento entendido como anuncio del producto dopante sin que conste el asentimiento del deportista no tendría capacidad para crear el riesgo concreto exigido. Esto sería así si la conducta consistiese simplemente en publicitarse en Internet como distribuidor o vendedor⁴⁵⁴ (pues no se

⁴⁵¹ En este sentido, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español*”, cit., pág. 223; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 70 (que entiende que resultará más difícil apreciar el riesgo para la vida o la salud de los deportistas); MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917 (que señala que difícilmente se producirá el peligro concreto con el simple ofrecimiento); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51 (en su opinión, tan solo de un modo remoto se puede decir que ponga en peligro la salud del deportista); SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., págs. 371-372 (que considera difícil asumir que con el mero ofrecimiento se pueda poner en peligro la vida o la salud de las personas); TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 30 (que señala que el ofrecimiento no produce riesgos de ningún tipo). Sigue la opinión del CGPJ, reiterando que el ofrecimiento no es susceptible de provocar el mismo riesgo que la administración, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54.

⁴⁵² Véanse *supra* págs. 119 y ss.

⁴⁵³ Simultáneamente, con esta interpretación restrictiva del verbo “ofrecer” se desvirtuaría el argumento que utilizan algunos autores para fundamentar que el delito de dopaje presenta una estructura de peligro abstracto o mixto, basado específicamente en una concepción amplia de esta conducta. Véase *supra* nota 215, pág. 116.

⁴⁵⁴ CORTÉS BECHIARELLI se detiene a analizar la posibilidad de castigar en vía penal los supuestos de venta (término que hubiera preferido al de “ofrecer”) en Internet de sustancias dopantes que tienen la condición de medicamentos, distinguiendo al efecto entre que se trate de fármacos que precisan receta y aquellos que pueden expendirse sin prescripción facultativa. En relación con los primeros concluye que “a efectos penales lo relevante no es el simple anuncio del producto en la red (reflejo de un peligro abstracto), sino que el delito de dopaje exige que el ofrecimiento lleve aparejada una mayor inminencia del peligro, lo que se traducirá, como mínimo, en una toma de contacto entre el oferente y el consumidor siquiera sea para que la conducta pueda entenderse cometida en grado de tentativa”. Por lo que respecta a los segundos, afirma que raramente la venta en la red podrá integrar el delito de

daría la relación directa con el deportista que considero necesaria para apreciar el delito; se trataría, en su caso, de la creación de un peligro general que no queda consumido en el tipo)⁴⁵⁵ y, también, aunque se tratase de un ofrecimiento a un deportista individualizado que no llegase a recibir respuesta afirmativa por parte del mismo. Pero, de otro lado, cabría considerar que eventualmente en el hecho estén presentes otros factores que puedan llevar a concluir que la salud del deportista concreto al que se ha ofrecido la sustancia o el método dopante se haya visto efectivamente comprometida. Más precisamente, me parece que un dato fundamental será contar con el consentimiento del deportista (no obstante el obstáculo que ello representa a la hora de justificar la intervención penal, al que me he referido en otro lugar)⁴⁵⁶. Además, habrá que tomar en consideración otros aspectos que puedan incidir en la producción del peligro, tales como la relación que puedan tener el sujeto activo y el sujeto pasivo (por ejemplo, si se trata del ofrecimiento realizado al deportista por su entrenador), la frecuencia de los encuentros entre ambos (si se ven esporádica o asiduamente), la cantidad o la calidad de la sustancia dopante que se ofrece, las indicaciones que para su consumo haga el oferente, etc. De este modo, aunque entiendo que los problemas de prueba serán más difíciles de salvar, creo que no hay que descartar la posibilidad de que un acuerdo en firme para entregar las sustancias, según el caso, pueda llegar a producir una situación de peligro que, visto que los límites con el peligro abstracto no son claros⁴⁵⁷, pueda eventualmente considerarse lo suficientemente intensa como para afectar en términos del peligro típico a la salud del deportista. Aunque tengo mis reservas respecto a estas hipótesis, he de reiterar que, en definitiva, y presupuesta la concurrencia de los demás elementos del delito, será la presencia acreditada del peligro (con arreglo al juicio de peligro que realice el juzgador) la que decida la aplicación de una sanción penal o, dependiendo de la ocasión, de una sanción administrativa⁴⁵⁸.

dopaje, aunque admite que eventualmente merecerán sanción si se produce el peligro en razón de la cláusula típica de recogida “u otras circunstancias concurrentes”, en *El delito de dopaje*, cit., págs. 79-81. Igualmente, ANARTE BORRALLO y MORENO MORENO señalan que los actos de tipo publicitario, incluido el anuncio, la exhibición o la exposición de las sustancias son difíciles de encuadrar en los verbos típicos, básicamente por razones derivadas de la exigencia del peligro concreto y porque las conductas típicas denotan cierto grado de inmediatez con respecto al bien jurídico protegido y al sujeto pasivo, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 112-113. Asimismo, DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272.

⁴⁵⁵ Véanse *supra* págs. 141 y ss.

⁴⁵⁶ Véanse *supra* las reflexiones expuestas en materia de autonomía de la voluntad, págs. 100, 151 y ss.

⁴⁵⁷ Véanse *supra* págs. 120 y ss.

⁴⁵⁸ Aunque ya lo he puesto de manifiesto, conviene reiterar la insistencia por parte de un sector de la doctrina en que el ofrecimiento solo será punible si representa un peligro verdadero para la salud o la vida del deportista. Así, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 111; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 77-78, que afirma que la lesividad intrínseca del método de dopaje o el conocimiento que el autor tenga de las singulares características fisiológicas del consumidor serán elementos esenciales para la exégesis de esta modalidad, de modo que la concurrencia del peligro concreto será

Con este planteamiento no pretendo apoyar una aplicación extensiva y desproporcionada del tipo penal. A lo largo del texto he venido poniendo de manifiesto que la figura de dopaje presenta defectos importantes y que hay argumentos para dudar de su necesidad y de su justificación. Pero, aun así, el principio de legalidad obliga, y si se ha considerado conveniente proteger la salud y la vida de los deportistas, parece que sea correcto efectuar una interpretación que coloque en el centro el bien jurídico protegido para fijar los contornos de la infracción. Conforme a este criterio, por tanto, estimo que habrá que acoger la tipicidad de aquellos ofrecimientos en los que se constate que han supuesto un verdadero peligro para el destinatario de las sustancias o los métodos prohibidos, titular del interés tutelado.

Sentado lo anterior, he de realizar una última puntualización respecto a la conducta de “ofrecer”. En concreto, es preciso insistir en que, desde mi punto de vista, la naturaleza de peligro individual que caracteriza a este delito determinará que queden fuera de su ámbito las actuaciones que únicamente puedan afectar a un conjunto indeterminado de personas y no a un deportista concreto como sería el caso, por ejemplo, de aquellas que consistiesen en ofrecer en el mercado compuestos dopantes⁴⁵⁹.

6. CONCLUSIONES

Una vez desarrollado el análisis de los comportamientos típicos y expuesta la problemática que plantean algunos de ellos, así como alguna propuesta interpretativa, pueden extraerse dos conclusiones principales que paso a exponer. La primera, que para todos ellos ha de exigirse que el sujeto activo entable una relación directa con el deportista concreto destinatario de los productos o los métodos dopantes, aun cuando esta no sea física (por ejemplo, si se hace un envío postal o se elaboran recetas para un

la que marque la diferencia con el orden administrativo; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 99; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 271; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 51, que considera que el peligro dependerá de la cualidad de la sustancia y parece estar de acuerdo con el CGPJ en el sentido de que si esta fuese nociva por su contenido, bastaría con que el ofrecimiento fuese puntual, pero no así si la sustancia prohibida no es en sí misma nociva, caso en el que para que fuese punible el ofrecimiento tendría que ser repetido. También insisten en que “el simple ofrecimiento de productos peligrosos que no conlleve el resultado de la concreta puesta en peligro de los bienes jurídicos protegidos por el artículo 361 bis, goza de absoluta atipicidad penal, y será objeto de sanción solo en el ámbito del Derecho deportivo”, las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

⁴⁵⁹ Precisamente, NIETO MARTÍN utiliza como argumento a favor de que se trata de un delito contra la salud individual el de que el comportamiento incriminado no es la oferta de las sustancias dopantes en el mercado, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 794.

deportista que son entregadas por un tercero). No se trata de castigar supuestos de creación de un peligro general sino, en definitiva, de que el sujeto activo dirija su acción hacia un individuo concreto, con conocimiento de que las sustancias o los métodos están destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar sus resultados competitivos, y de que con ello se está exponiendo a riesgo su salud. En este sentido, se observa que, de acuerdo con el contenido que considero apropiado atribuir a cada verbo típico, todas las conductas implican una cierta cercanía o proximidad al sujeto pasivo y al bien jurídico, en mayor o menor medida, pues “ponen en conexión” la sustancia o el método con el deportista⁴⁶⁰. Ello no obsta para afirmar que la realización de la acción no siempre supone una puesta en contacto inmediata del objeto material con el destinatario, pues dos de las acciones incriminadas, “prescribir” y “ofrecer” (entendido en el sentido de “comprometerse a dar”) no llevan aparejada la entrega o la aplicación de la sustancia o el método prohibido, con lo que podría afirmarse que el potencial lesivo que presentan es distinto al de las demás. Sin embargo, y esta es la segunda conclusión, en este punto es el peligro concreto que demanda el precepto el que viene a introducir coherencia en la desequilibrada descripción del injusto. Así pues, ha de verificarse que cualquiera de las acciones que se incriminan, y no solo las que están más alejadas de la lesión del bien jurídico, ha de comportar una efectiva amenaza para la salud del deportista, de modo que si cualquiera de ellas no desencadena una probabilidad real de dañarla, no cabrá aplicar el ilícito, al menos en su forma consumada.

Aun con todo, y para terminar, he de poner de manifiesto que, a mi juicio, la criticable equiparación penológica de comportamientos que se encuentran en posición de causar un distinto grado de peligro, pese a que puede solventarse en la práctica acudiendo a las exigencias típicas, no deja de plantear problemas adicionales. Así, la abierta formulación del tipo proporciona inseguridad jurídica y deja en manos del arbitrio judicial la aplicación del precepto, con el riesgo de que se puedan alcanzar resoluciones materialmente injustas.

III. CONDUCTAS EXCLUIDAS

En otro orden de cosas, es conveniente destacar que la exhaustiva enumeración de conductas enunciadas en el artículo 362 quinquies del Código penal no incluye algunas

⁴⁶⁰ Literalmente, NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 794.

que sí se recogen en la descripción de las demás figuras que se agrupan bajo el capítulo de los delitos contra la salud pública. En particular, no se castiga la elaboración, la fabricación, o la producción de las sustancias o los grupos farmacológicos prohibidos que constituyen el objeto material de la infracción de dopaje, lo que confirma la tesis que sostengo de que la intervención penal, tal y como ha quedado finalmente diseñada, otorga protección a la vida y la salud individual del deportista frente a ataques que no precisan la producción de un peligro general⁴⁶¹. De este modo, estas actuaciones no son punibles, salvo que sean reconducibles a algunos de los tipos penales que sí las sancionan (arts. 359, 361, 362.1, 363.2 y 368 Cp), lo que requerirá que el compuesto dopante encaje en el objeto material correspondiente (se trate de una droga, de un medicamento, se encuentre incorporado a algún preparado alimenticio o pueda considerarse, según se interprete, una sustancia nociva) y, además, concurren los restantes elementos del específico delito susceptible de aplicación⁴⁶².

Asimismo, la conducta consistente en “poseer” (recogida en el art. 368 Cp, para fines de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas tóxicas por terceros) no figura expresamente en la descripción del tipo y cabría, en consecuencia, considerar excluido el castigo de la mera tenencia, no solo para el autoconsumo, sino también para un posterior tráfico⁴⁶³. Además de esta razón formal, y a favor de la

⁴⁶¹ Véanse *supra* págs. 90, 141 y ss.

⁴⁶² Subrayan la atipicidad de todas o algunas de estas conductas ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 112 (elaboración, fabricación o producción); BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 5 (elaboración); DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272 (elaboración, fabricación o producción); ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1708 (elaboración); JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 168 (elaboración); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11 (que excluye la punición incluso si se trata de una elaboración preordenada a la entrega a terceros). En cuanto a la valoración de esta ausencia, ÁLVAREZ VIZCAYA y VERNET PERNA consideran innecesaria la tipificación de la elaboración, dado que en muchas ocasiones se trata de fármacos conocidos y cuya adquisición en una farmacia o establecimiento autorizado es completamente legal. No obstante, apuntan la posibilidad de que puedan darse supuestos que sean impunes porque no puedan encuadrarse en las infracciones contra la salud pública que se agrupan junto al dopaje, en ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., págs. 570-571; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 72. De otra opinión, COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO, que critican el “olvido consciente” de este comportamiento. Para estos autores “la elaboración incriminaría a todos aquellos que se dedican en laboratorios más o menos complejos a la fabricación de las citadas sustancias o grupos farmacológicos, evitando así el efecto perverso [...] de desarrollar la investigación en materia deportiva hacia este tipo de conductas con la consecuente pérdida de inversiones y de talento que podría ir destinado a la elaboración de métodos físicos y psicológicos así como de descanso, recuperación y desarrollo corporal que permitirían la mejora de los resultados deportivos desde un punto de vista estrictamente limpio y comprometido”, en “El tipo penal”, cit., pág. 433.

⁴⁶³ Excluyen el castigo de la tenencia, expresamente en el sentido de que es indiferente que las sustancias estén destinadas a ponerse en circulación, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., págs. 570-571; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12 (con matices); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 11. Asimismo, se infiere que lo entienden así, aunque no lo indiquen abiertamente, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 127-128, que estiman que la simple tenencia (y el transporte) debería considerarse un acto preparatorio del delito impune;

atipicidad de este comportamiento, cabe aducir que la formulación del injusto, como ya he señalado, aboca a que obligadamente la acción de que se trate ponga en contacto directo al deportista y al sujeto activo en circunstancias tales que este vea peligrar su salud. De nuevo, la cercanía o proximidad que denotan los verbos utilizados en la norma confirman esta exigencia, sin perjuicio de que alguno no suponga la entrega material e inmediata de la sustancia al consumidor. Esta necesaria relación directa con el sujeto pasivo, sin embargo, entiendo que no puede apreciarse en el caso del sujeto que simplemente dispone de estos productos con intención de proceder a su venta, aunque tenga almacenada una gran cantidad⁴⁶⁴; y, tampoco, por tanto, es posible afirmar la creación del peligro individual concreto para el destinatario que reclama la estructura del ilícito. Más bien, parece que de castigarse actos de este tipo se estaría anticipando la tutela penal frente a lo que serían actos preparatorios –pero impunes– del delito⁴⁶⁵, lo que en mi opinión resulta excesivo. Otra cosa es que, según las circunstancias, si el producto dopante es una droga y existe posesión con ánimo de difusión entre inconcretos consumidores pueda entrar en juego el tipo penal previsto en el artículo 368 del Código penal, que tan solo demanda la producción de un peligro abstracto de extensión indeterminada.

Estas consideraciones acerca de la conducta consistente en poseer, no obstante, chocan con una praxis judicial algo heterogénea. Así, por un lado, cabe citar la SJP nº 1

BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 5, que remarca que la simple tenencia no será típica, ni siquiera cuando se trate de establecimientos dedicados a actividades deportivas; ESCRIBIELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1708; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 168, que señala que el tipo penal no castiga la elaboración de las sustancias ni la mera tenencia, aunque sea en grandes cantidades; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 885, que alude a la tenencia de material dopante para su posterior “uso ilícito” como conducta propia de un delito de peligro abstracto. Mención aparte merece la opinión de PRATS WESTERLINDH quien, por una parte, afirma que la tenencia de la sustancia o el método, por sí sola, difícilmente constituye un acto delictivo. Sin embargo, por otra parte, admite la tipicidad del almacenaje si se demuestra que dicha tenencia obedece a una razón que facilita su uso por los deportistas y tiene como finalidad necesariamente su entrega a estos, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 77. No contempla los supuestos de posesión preordenada al tráfico, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 70, que se refiere solo a supuestos de tenencia “preordenada al consumo”.

⁴⁶⁴ ÁLVAREZ VIZCAYA considera que la mera tenencia de las sustancias no debe configurar la tipicidad penal aun cuando estén destinadas a circular. Para esta autora sería tanto como incriminar a quien tuviera un botiquín en casa, pues la mayoría de las sustancias prohibidas son medicamentos, en algunos casos de uso común. No obstante, matiza que, al igual que sucede en otros delitos contra la salud pública, habría que tener en cuenta la cantidad o el número de sustancias almacenadas, de modo que parece que acepta la posibilidad de castigar la posesión cuando se trate de un cantidad significativa, en “La protección penal”, cit., págs. 570-571; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12. De otra opinión, JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 168, para quien la cantidad de sustancia de que se disponga es indiferente.

⁴⁶⁵ ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 127-128. También afirma que la sanción de la mera detención de las sustancias supondría un adelantamiento “abusivo” de las barreras de protección del Derecho penal, pues se estaría sancionando “el peligro de la puesta en peligro, más allá del posible peligro hipotético” y se correría el riesgo de incriminar meras desobediencias, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 571; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 12.

de Bilbao de 18 de noviembre de 2015 (“Operación Estrobo”), que absuelve porque no quedó probado que se hubiese ofrecido o inyectado la sustancia dopante, y ello pese a que se acreditó fehacientemente la compra y posesión de las sustancias dopantes; y, por otro lado, hay que mencionar la SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre, que confirma en apelación la SJP nº 5 Las Palmas 14/2013, de 21 de enero, en la que se sanciona la posesión preordenada al tráfico de sustancias dopantes como tentativa de dopaje⁴⁶⁶.

Otro comportamiento que no aparece en el listado de verbos típicos es el de “traficar” (que sí se relaciona en los arts. 362 bis, 363.3 y 368 Cp). El hecho de que no se haya contemplado la incriminación de esta acción encaja de nuevo, a mi modo de ver, con la exigencia de un peligro individual concreto para la vida o la salud individual del deportista, que por prescripción legal es el sujeto pasivo. Aunque las actuaciones consistentes en entregar los productos prohibidos acogen aquellos supuestos de tráfico⁴⁶⁷ que se refieren al suministro al consumidor final, parece claro que no tienen cabida en el precepto aquellos otros en los que la distribución tiene lugar en eslabones anteriores de la cadena que, en su caso, serían sancionables a través de los ilícitos de peligro general que se contienen en el capítulo relativo a la salud pública⁴⁶⁸. Así, por ejemplo, habría de excluirse la sanción penal por dopaje en el supuesto del intermediario que suministra un cargamento de anabolizantes a un establecimiento deportivo. Esta ausencia se critica por algunos autores, que consideran que no se hace frente a las mafias que distribuyen los productos antes de que lleguen al deportista⁴⁶⁹. Con todo, parece que ello es coherente con la redacción final del artículo 362 quinquies

⁴⁶⁶ El Juzgado de lo Penal condenó a dos sujetos que habían encargado a un suministrador de Pakistán sustancias anabolizantes para su posterior venta a terceros en España. El paquete, que contenía aproximadamente 40 cajas de diversas sustancias, fue previamente interceptado por Vigilancia aduanera. La detención se efectuó en el momento de su recogida.

⁴⁶⁷ El concepto jurídico penal de “tráfico” se interpreta, con carácter general, en sentido amplio. En relación con el delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, la jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene una noción extensa que identifica el tráfico con la transmisión (entendida como difusión) de droga, con independencia de si media precio, de modo que el tráfico en sentido legal abarca no solo la venta, sino también la permuta o la donación. Así lo refiere LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, pág. 310. En cuanto a su significado en el ámbito de los denominados fraudes alimentarios, véase *infra* nota 979, pág. 464.

⁴⁶⁸ Confirman que el tráfico no es punible, a diferencia de lo que sucede con el delito de tráfico de drogas, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 5; ESCRIBIELLA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1708. DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLA convienen en que el tráfico resultará atípico con respecto al ilícito de dopaje, en tanto no sea posible reconducirlo a alguno de los verbos típicos, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272.

⁴⁶⁹ Así, REY HUIDOBRO, para quien este es el comportamiento más grave en relación con los productos dopantes y considera que merece una agravación de la pena, al igual que ocurre en el tráfico de drogas ilegales, en “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, cit., pág. 107. Por su parte, COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO también opinan que hubiera sido conveniente incluir el término “trafiquen”, para incluir como conducta sancionable “la de todos aquellos otros intermediarios que se lucran con tan ilícito comercio”, aunque luego se decantan a favor de la regulación vigente, más restrictiva que el amplísimo tipo de tráfico de drogas, en “El tipo penal”, cit., págs. 433-434.

del Código penal aunque suponga, a su vez, una nueva incongruencia con la política de “tolerancia cero” con el dopaje propugnada desde las instituciones⁴⁷⁰.

Junto a estas conductas, pueden mencionarse otras muchas que están presentes en las demás infracciones del capítulo y que quedan fuera del tipo. Específicamente, no se castigan la alteración (art. 362.2 Cp); la adulteración (arts. 364 y 365 Cp); la publicidad o anuncio, la exhibición o incluso el envasado (art. 362 bis Cp); la promoción, el favorecimiento o la facilitación del consumo ilegal de estas sustancias (art. 368 Cp). Todas ellas rebasan, a mi juicio, el alcance de la tipicidad del injusto de dopaje, no solo porque el tenor literal así lo dispone, sino porque se desvían de la exigencia de peligro individual y concreto que conforma su estructura típica⁴⁷¹.

Esta opción legislativa de no incriminar acciones como las señaladas ha sido valorada positivamente por algún autor que considera que la selección de las conductas típicas ha sido mesurada, en consonancia con el principio de intervención mínima⁴⁷². Sin embargo, en realidad, es posible que esta decisión no haya sido meditada suficientemente⁴⁷³, dadas las deficiencias e incongruencias que presenta el resultado final. Así, por una parte, considero conveniente que no se hayan tipificado más conductas, dado que con este ilícito se castigan supuestos de peligro individual para la

⁴⁷⁰ Para DOVAL PAIS esta ausencia, a su vez, constituye un defecto más en el contexto de la política de “tolerancia cero” con el dopaje, en “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., pág. 45.

⁴⁷¹ En este sentido, albergan serios reparos para encuadrar en los verbos típicos del artículo 362 quinquies del Código penal todos aquellos actos que no comporten una disponibilidad más o menos inmediata de la sustancia o el método, refiriéndose en concreto a la mera incitación, o incluso a los actos de tipo publicitario, incluido el anuncio, la exhibición y la exposición, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 112-113; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272. Afirma que, con buen criterio, no se ha incluido la incitación al consumo de estas sustancias, como sucede en Francia, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 52. También señala esta ausencia entre las conductas típicas DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 223; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 70. Pone de relieve que el legislador ha descartado el comportamiento consistente en la mera promoción o favorecimiento del tráfico y la comercialización de materias aptas para el dopaje, lo que permite desterrar la idea de que estemos ante un tipo de peligro abstracto, MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 885. En esta línea, CORTÉS BECHIARELLI, que reseña que no se encuentran tipificadas acciones tan incomprensiblemente abiertas como las que ofrece el delito de tráfico de drogas cuando sanciona a quienes “de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 69.

⁴⁷² CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 69-70.

⁴⁷³ La consciencia o inconsciencia en la toma de las decisiones legislativas que se plasman en el precepto es puesta en duda por algún autor, más o menos veladamente. Así, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO señala que “*conscientemente o no* [...], no se ha tipificado la conducta de incitación al consumo o utilización de las sustancias, grupos farmacológicos o métodos”, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 533. Por su parte, en relación con la aprobación de la enmienda número 135, relativa a los sujetos pasivos, que modificó la redacción del proyectado artículo 361 bis, GARCÍA ARÁN alude a que en aquel momento los parlamentarios no eran conscientes de que con ello estaban haciendo que su propio texto fuera coherente con la ubicación del nuevo delito entre los relativos a la salud pública, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 223-224.

salud del deportista, muchas veces consentido, y en los que no concurre un dolo de lesionar.

Ahora bien, por otra parte, desde la perspectiva que sostiene la mayoría de la doctrina acerca del carácter colectivo de la salud que se tutela, creo que la no inclusión en la formulación típica de algunos comportamientos que sí están en otras infracciones del capítulo no deja de ser llamativa y algo incongruente. Si verdaderamente se tratase de proteger la salud pública a través del delito de dopaje, parece que este debería haberse conformado en paralelo y haber recogido todo el espectro de actuaciones peligrosas relativas a las sustancias y los métodos dopantes, lo que no ha sucedido. En este sentido, el Consejo de Estado ya advirtió en su Dictamen sobre el Anteproyecto de la Ley 7/2006⁴⁷⁴ de que la pluralidad de los verbos típicos ofrecía el riesgo de que quedaran fuera de la figura penal determinadas conductas de igual entidad pero no comprendidas en la relación de verbos y aconsejó por ello acudir a una formulación más amplia, refiriéndose específicamente a los verbos “prevenir”, “facilitar” y “favorecer”.

Quizás, en el fondo, más que ante una decisión meditada y consciente, estemos ante una consecuencia más de la compleja y precipitada gestación del precepto, que en una etapa inicial se centró en proteger la ética deportiva con una redacción que así lo ponía de manifiesto y que luego se retocó sin mayor reflexión, extendiendo tan solo el círculo de sujetos pasivos para reforzar la idea de que se trataba de proteger la salud pública, pero sin efectuar una paralela ampliación de las acciones típicas en consonancia con la regulación penal en materia de salud pública.

IV. COMISIÓN POR OMISIÓN

Por lo que respecta a la posibilidad de realizar el delito de dopaje en comisión por omisión, constituye un tema complejo que no ha sido tratado especialmente en la doctrina. Brevemente, señalaré que comparto la opinión de aquellos autores que la admiten⁴⁷⁵ siempre y cuando, obviamente, se cumplan los requisitos que establece el artículo 11 del Código penal⁴⁷⁶, lo que habrá de verificarse en cada caso.

⁴⁷⁴ Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, apartado II.A.9.

⁴⁷⁵ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 81-82 (aunque con matices); DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1236; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 452; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 50; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 52. Asimismo, admitía anteriormente esta posibilidad, que no aparece

En primer lugar, por lo que respecta al primer presupuesto legal que ha de darse para poder apreciar la comisión por omisión, esto es, que el delito consista en la producción de un resultado, considero que la estructura de peligro de la figura de dopaje no constituye un impedimento. Dado que se trata de un injusto de peligro concreto, que demanda la producción de un resultado (de peligro) que consiste en la creación de un riesgo efectivo para la salud del deportista, imputable objetivamente a la conducta del autor, parece que no hay problema para entender viable esta modalidad omisiva cuando se trata del ilícito de dopaje⁴⁷⁷.

En segundo lugar, en lo que concierne a la exigencia de que la no evitación del resultado equivalga a su causación creo que, aunque puede ser discutible⁴⁷⁸, cabría apreciar omisiones equivalentes “según el sentido del texto de la Ley”. El criterio de la equivalencia constituye un elemento central que exige que el verbo típico pueda conjugarse con la modalidad omisiva, de manera que la omisión comporte un significado de acción positivo⁴⁷⁹. Pues bien, estimo que, aunque sería preciso realizar un análisis detenido de cada una de las acciones típicas, en términos generales cabría afirmar que la conducta de quien no hace nada para evitar que el deportista se dope o lo dopen con peligro para su salud puede ser, según la ocasión, equiparable valorativamente a la de quien compromete tal salud “proporcionando”, “prescribiendo”, “dispensando”, “suministrando”, “ofreciendo”, “facilitando”, o incluso “administrando” la sustancia o el método prohibido. Piénsese, por ejemplo, en la hipótesis de los padres de una gimnasta de corta edad que consienten que el entrenador le proporcione sistemáticamente sustancias dopantes poniendo en grave riesgo su salud⁴⁸⁰.

recogida en la última edición, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 2011, pág. 529.

⁴⁷⁶ Que se resumen en que el delito consista en la producción de un resultado; que la omisión equivalga, “según el sentido del texto de la Ley”, a su causación; y que el omitente ostente una posición de garante (legal, contractual o por injerencia).

⁴⁷⁷ Así lo confirma CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 81, que hace referencia a diversa jurisprudencia que admite la omisión impropia en figuras de peligro concreto. Sobre la consideración de los delitos de peligro concreto como delitos de resultado, véanse MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 325.

⁴⁷⁸ En este sentido, señalan que la formulación de las conductas es poco propicia para encontrar omisiones equivalentes según el sentido del tipo, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 112; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272.

⁴⁷⁹ Sobre este criterio, véanse COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 390-391; MORALES PRATS, F., “La cláusula legal de la comisión por omisión en el CP/1995: Artículo 11 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS., F.), *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 459-460.

⁴⁸⁰ En estos casos, opinan que se darían todos los requisitos del artículo 11 del Código penal, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 452; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 50; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 52. En referencia a otra

En tercer y último lugar, en lo que atiene a la obligada posición de garante que ha de ostentar el omitente, se ha planteado, por lo que se refiere al entorno del deporte organizado, la dificultad de encontrar el sustrato legal que permita afirmar el especial deber jurídico de actuar propio del garante⁴⁸¹. La Ley Orgánica 3/2013 establece una serie de obligaciones para determinadas personas que rodean al deportista que básicamente se circunscriben a informar en materia de localización del deportista (art. 21.2) o sobre enfermedades y tratamientos a que esté sometido (21.3). Sin embargo, no recoge fehacientemente el deber de evitar que el deportista se dope, pues a él corresponde asegurarse de que ninguna sustancia prohibida se introduzca en su organismo (art. 21.1). Así pues, podría decirse que, en efecto, la normativa antidopaje no contiene un mandato legal taxativo en ese sentido.

Aun así, en este punto, creo que no hay que olvidar que, además de la ley y la injerencia, el artículo 11 del Código penal señala el contrato como indicador de un especial deber jurídico de actuar, de manera que no hay que descartar que la asunción de una especie de deber contractual derivado del ejercicio de alguna profesión en el entorno del deportista imponga, por ejemplo, a un entrenador, la obligación de impedir que se produzca el riesgo que conforma el resultado en el delito de dopaje. De este modo, sería viable sancionar por dopaje en comisión por omisión al entrenador que tiene constancia de que el médico del equipo está facilitando productos dopantes peligrosos a sus miembros y no hace nada por evitarlo.

Ciertamente, es posible que la rigidez de las fuentes formales de la posición de garante que prevé el precepto sea un obstáculo en algunos casos para fundamentar el especial deber de actuar. Este excesivo formalismo viene siendo criticado por la doctrina⁴⁸², en la que se aprecia una tendencia dirigida a mitigarlo que propugna una interpretación más flexible, que acoja aquellos supuestos en los que el omitente tenga

clase de sujetos, RODRÍGUEZ NÚÑEZ indicaba que la calidad de farmacéutico o director técnico de laboratorio, empresario o facultativo facilita la posición de garante para una eventual imputación a título de comisión por omisión, en “Delitos contra la salud pública”, *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 529. Esta opinión, sin embargo, no figura en la última edición de esta obra.

⁴⁸¹ Al respecto, ANARTE BORRALLO y DOVAL PAIS consideran que lo que contemplaba la anterior Ley Orgánica 7/2006 eran deberes colaterales en los que difícilmente podía sustentarse aquella forma de imputación, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 272.

⁴⁸² En relación con las fuentes formales de la posición de garante, interpreta MORALES PRATS que la tipificación del artículo 11 del Código penal es taxativa, de modo que el precepto no admite otras posibles fuentes que generen, formal o materialmente, posiciones específicas de garantía. No obstante, se muestra crítico porque estas fuentes formales pueden resultar insuficientes, en “La cláusula legal de la comisión por omisión en el CP/1995: Artículo 11 CP”, cit., págs. 462-463. MIR PUIG también manifiesta su disconformidad con la fórmula empleada, por sustentar la posición de garante en fuentes formales. Al respecto, pone de relieve que en Alemania la denominada “teoría formal del deber jurídico” ha sido superada por la “teoría de las funciones”, que fundamenta la posición de garante en la relación funcional materialmente existente entre el sujeto y el bien jurídico, en *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 12/35-36.

una especial vinculación con el valor tutelado, aunque no exista un precepto legal, un contrato o un actuar precedente en que sustentan ese deber específico de proteger el bien jurídico⁴⁸³. De acuerdo con esta corriente de opinión, entonces, quizás podría también sostenerse la posición de garante en aquellos casos en que no se recoja expresamente en la ley o en un contrato, pero se pueda constatar la existencia de una “aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras”⁴⁸⁴, expresa o tácita, por parte de algunos de los profesionales que desarrollan su labor en estrecha relación con el deportista⁴⁸⁵.

V. LA EXIGENCIA “SIN JUSTIFICACIÓN TERAPÉUTICA”

Establece el precepto que las conductas han de realizarse “sin justificación terapéutica”; esto es, habrán de llevarse a cabo sin que concurran razones médicas que amparen el uso o consumo de sustancias o métodos con propiedades dopantes, pues en caso contrario quedará excluida la responsabilidad penal.

Esta cláusula no figuraba como tal en el Anteproyecto de la que luego sería la Ley Orgánica 7/2006. En el mismo se aludía a la ausencia de “justificación médica”, expresión que fue objeto de diversas críticas, entre otras las del CGPJ que puso de relieve su ambigüedad y destacó que creaba distorsiones en la interpretación del tipo penal⁴⁸⁶. Sin embargo, hasta la fase de tramitación parlamentaria no se produjo el cambio, tras la aceptación de una enmienda propuesta por el Grupo Popular⁴⁸⁷.

⁴⁸³ Recogen esta tendencia doctrinal, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 259-260. Estos autores se muestran contrarios al criterio formal seguido por el legislador para determinar las fuentes de la posición de garante y consideran que la mención que realiza el artículo 11 debería tomarse en un sentido puramente indicativo, pues hay otras posibilidades de fundamentación del especial deber jurídico de actuar que respetan asimismo el principio de legalidad y el contenido material de los respectivos tipos delictivos.

⁴⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 260-262. En su opinión, cabría reducir las fuentes de la posición de garante a dos grandes grupos: la función protectora de un bien jurídico y el deber de vigilancia de una fuente de peligros.

⁴⁸⁵ CORTÉS BECHIARELLI, aunque está de acuerdo en que la normativa administrativa previa no contemplaba taxativamente un deber de garante para personas distintas de los atletas, opina, sin embargo, que ello obliga a operar con parámetros de generalidad y no específicos. En consecuencia, siguiendo a MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, afirma que los miembros del personal sanitario del equipo o de la Federación correspondiente ostentan un especial deber jurídico de autor sobre la base de que puede afirmarse que existe una aceptación voluntaria de “específicas funciones protectoras”, en *El delito de dopaje*, cit., págs. 81-82.

⁴⁸⁶ Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, pág. 48. En concreto, manifestaba sus dudas respecto a “si como elemento configurador del tipo penal la ausencia de justificación médica se refiere a la existencia o no de la oportuna y correspondiente prescripción facultativa (lo que supondría incorporar al tipo la concurrencia, o más exactamente la no concurrencia, de un elemento formal) o en un sentido más amplio, material, si se refiere a la existencia de una situación de afección de la salud del deportista (estado de necesidad), que justifique la dispensa de un producto que, a la postre, se corresponderá con uno de los prohibidos, o si incluye el cumplimiento de un deber, o como se articula con el error de tipo. En otras palabras, la introducción de esta expresión incorpora a la descripción de la acción típica, un elemento cuyo ámbito más propio sería el de las causas de justificación (si excluye la antijuridicidad), o de exclusión de la culpabilidad (si excluye el dolo). Pues, en todo caso, parece indiscutible que la comisión del tipo delictivo es dolosa, de modo que afirmar que la conducta se realiza sin justificación es reiterar la evidencia”. Además, también la Directora General de Farmacia y Productos Sanitarios del Ministerio de Sanidad y Consumo puso de relieve que la

Sin perjuicio de que existan dudas sobre el valor que este elemento aporta al tipo⁴⁸⁸, se ha destacado que con esta modificación se evitó la impunidad a que podría haber conducido el giro “sin justificación médica” en los supuestos en que un médico prescriba una sustancia dopante sin una finalidad curativa⁴⁸⁹ Efectivamente, el término “terapéutica” atañe a la “parte de la medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de enfermedades”⁴⁹⁰, lo que permite inferir que la justificación se vincula al objetivo de sanación de una dolencia y no a la simple intervención de un médico sin más. Pero, además, puede señalarse que el alcance de la rectificación legislativa es mayor, pues contribuye a delimitar el contenido del requisito que se establece con la locución “sin justificación terapéutica”, de lo que me ocuparé a continuación.

Una de las cuestiones que se suscita es la de concretar si la “justificación terapéutica” debe interpretarse en sentido formal o desde una perspectiva material. Por un lado, desde un punto de vista formal, cabría entender que con ella se está haciendo referencia a las autorizaciones de uso terapéutico que se contemplan en el artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2013⁴⁹¹. Las autorizaciones de uso terapéutico permiten al deportista que

expresión “sin justificación médica” planteaba problemas de interpretación de las actuaciones asociadas a la misma (véase el Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, del Consejo de Estado, Antecedente undécimo). A ello hay que añadir la opinión del Consejo Fiscal, que consideró redundante la doble mención del elemento negativo del tipo (ausencia de justificación médica) y del elemento subjetivo (intención de aumentar artificialmente las capacidades físicas o modificar los resultados de las competiciones) que deben ser abarcadas por el dolo del autor (Dictamen 31/2006, de 2 de febrero, del Consejo de Estado, Antecedente sexto). En la doctrina, RUEDA GARCÍA señalaba que se trata de un elemento superfluo, en línea con las apreciaciones del CGPJ, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 12.

⁴⁸⁷ Enmienda número 28. El Grupo Parlamentario Socialista entendió que esta modificación era positiva sobre la base de afirmar que el acto médico es más amplio que el acto terapéutico (Diario de Sesiones, Congreso, Comisiones, núm. 608, 19 de junio 2006, pág. 11).

⁴⁸⁸ Así, COMPANYY CATALÁ, J. M./BASAU LI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 431. Estos autores se muestran muy críticos con la presencia en la descripción del injusto de la locución “sin justificación terapéutica”, pues a su juicio supone introducir un elemento normativo-cultural que dota al tipo de una sensación de inseguridad o arbitrio pericial o judicial en su decisión. Por su parte, no acaban de ver todo el alcance de la modificación, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 537; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de *doping* do art. 361 bis do Código penal español”, cit., págs. 226-227 ; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 72; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 54. Consideran, sin embargo, acertada la inclusión de la expresión, porque despeja posibles dudas acerca de si se bloquea la intervención penal en los casos en que, por la razón que sea, no llegue el listado de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, ANARTE BORRALLÓ, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 119; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLÓ, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 277.

⁴⁸⁹ Destacan este propósito BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 4; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLÓ, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 277; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 100. También, las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

⁴⁹⁰ Definición recogida en el DRAE (23ª ed.).

⁴⁹¹ El artículo 17 de la Ley Orgánica 3/2013 establece que los deportistas con licencia para participar en competiciones oficiales de ámbito estatal pueden solicitar una autorización de uso terapéutico al Comité de Autorizaciones de Uso Terapéutico, adscrito a la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte. Cuando se trate de deportistas incluidos en un programa de seguimiento internacional de una Federación internacional corresponderá a la Federación internacional la concesión de la autorización de uso terapéutico. Para la concesión de

padece una patología hacer uso de una sustancia o un método prohibido durante un tiempo limitado y de acuerdo con los criterios que se establezcan, de modo que queda exento de la responsabilidad disciplinaria relativa a la utilización de los productos dopantes para los que esté debidamente autorizado⁴⁹². Las concede el Comité de Autorizaciones de Uso Terapéutico, adscrito a la AEPSAD (o el Comité correspondiente de la Federación internacional, en su caso) y se prevé que puedan solicitarla deportistas con licencia federativa para participar en competiciones oficiales.

Por otro lado, desde un enfoque sustantivo, podría considerarse que alude a la existencia de razones materiales terapéuticas que motiven la prescripción, la administración, el ofrecimiento o la entrega del producto o el método dopante.

Pues bien, aun admitiendo que la conducta pueda llevarse a cabo al amparo de una autorización de uso terapéutico obtenida por el procedimiento establecido al efecto, parece razonable sostener que la exclusión de la responsabilidad penal se asocie a la presencia en el momento de los hechos de una enfermedad que precise un tratamiento o un remedio a través de la sustancia o el método prohibido. Esta justificación requerirá comprobar que, conforme a la *lex artis*, objetivamente era necesario el empleo indebido del elemento dopante⁴⁹³. Por tanto, entiendo que no se trata de otorgar eficacia exonerante a un documento formal emanado del órgano competente, sino de atender a la concurrencia de circunstancias materiales que justifiquen el tratamiento, lo que ha de ser verificado de acuerdo con la praxis médica⁴⁹⁴. De este modo, aunque no se haya emitido

la autorización se aplicarán los criterios de evaluación contenidos en el anexo II de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte y en las normas para la concesión de autorizaciones de uso terapéutico adoptadas por la Agencia Mundial Antidopaje. Al respecto, hay que tener presente la Resolución de 16 de diciembre de 2014, de la Secretaría General Técnica, sobre la modificación al Anejo II, Normas para la concesión de autorizaciones para uso con fines terapéuticos, de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, hecha en París el 18 de noviembre de 2005.

⁴⁹² De conformidad con el artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2013, que en lo que interesa dispone: “También se considerará circunstancia eximente la obtención de una autorización de uso terapéutico, que producirá una exención de la responsabilidad disciplinaria relativa a la utilización de productos dopantes, la posesión de sustancias o métodos prohibidos o la administración o intento de administración de las mismas. La citada exención alcanzará únicamente a las sustancias o métodos prohibidos que se contengan en la autorización”.

⁴⁹³ Señala CORTÉS BECHIARELLI que la justificación terapéutica (o su incomparecencia) “habrá de ser suficientemente probada en el procedimiento y deberá quedar acreditada antes de la prescripción o la administración de la sustancia dopante, sin que quepan validaciones *ex post*”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 73. En igual sentido, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 458. Sin embargo, para TORNOS no está claro si esa opinión profesional debe tener carácter previo a la realización del comportamiento prohibido, como si se tratara de una autorización, o se puede presentar con posterioridad, lo que entiende viable a la vista de la literalidad de la expresión, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 26. De acuerdo con él, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 55.

⁴⁹⁴ En la línea de apoyar una interpretación material, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 119-120; BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 5 (que señala que será impune penalmente la conducta de facilitar alguna de las sustancias prohibidas, aun sin la debida notificación a la autoridad deportiva, en el caso de que se precisara el tratamiento de alguna patología); CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 71-73; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 458; *id.*, “El

un permiso habilitante por la instancia competente, lo decisivo será que desde un punto de vista médico se considere correcta la actuación enjuiciada.

A favor de esta interpretación pueden aducirse razones variadas. La primera, que el precepto recoge entre los sujetos pasivos a quienes practican deporte por recreo, siendo que estos deportistas no se integran en el régimen previsto para las autorizaciones de uso terapéutico. De aceptarse que para soslayar la sanción penal es preciso contar con una decisión de la autoridad deportiva que permita utilizar el elemento o el método antirreglamentario, quedarían fuera las hipótesis en que la administración o la entrega del remedio dopante obedece a una finalidad terapéutica pero el destinatario es un deportista aficionado no federado, lo que no parece coherente.

La segunda, que la norma no utiliza el término “autorización”, que remitiría a una instancia autorizante, sino el vocablo “justificación”⁴⁹⁵.

La tercera, que la sustitución de la anterior referencia a la “justificación médica” por la “justificación terapéutica” parece responder no solo a impedir que quede impune la actuación de un médico que no pretenda la sanación de una patología sino, en definitiva,

narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., págs. 100-101; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 277; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 537; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., págs. 72-74; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., págs. 361-362; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 889; MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 56; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 55; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 623 (aunque no se pronuncia expresamente, considera que la ausencia de justificación terapéutica se produce “cuando no existe una patología que precise tratamiento médico o farmacológico”); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 54-55; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 26. En sentido diverso, PRAT WESTERLINDH indica que si la sustancia o el método necesitan la prescripción facultativa es preciso que el deportista acuda a un profesional de la medicina acreditado que le recete el medicamento, lo que permite inferir que se decanta por una interpretación formal del requisito. No obstante, para los casos en que la sustancia o el método no requieran prescripción facultativa, considera que será necesaria una prueba pericial que determine “si el empleo que está haciendo de la misma el deportista obedece a un motivo o justificación terapéutica en atención a la deficiencia física que presenta”, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 76. Parece que también se orienta en esta dirección NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 796, que distingue entre deportistas profesionales y no profesionales. En relación con los primeros, remite a las autorizaciones de uso terapéutico reguladas en el Anexo II de la Convención de la UNESCO; en cuanto a los segundos, señala que la justificación terapéutica equivale simplemente a que conforme a la *lex artis* médica esté justificada la utilización de la sustancia prohibida por aumentar indebidamente las capacidades físicas. Por lo que respecta a la jurisprudencia, se declara que la justificación terapéutica “no puede responder solamente a designios formales” (SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre; SJP nº 1 Huelva 217/2012, de 15 de junio; SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio). Alude a “criterios de necesidad”, sumándose a las anteriores, la SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero.

⁴⁹⁵ En este sentido, añadiendo también el argumento de que con una interpretación material se daría cabida al tratamiento terapéutico con sustancias dopantes a deportistas de los que habla el tipo pero no la normativa en materia de autorizaciones terapéuticas, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., págs. 536-537.

a la idea de subrayar el contenido material y no simplemente competencial del requisito⁴⁹⁶.

La cuarta, que admitir el carácter formal de la justificación podría producir un efecto negativo, pues se estaría favoreciendo la posibilidad de actuar en fraude de ley, dado que para obviar la aplicación del artículo 362 quinquies sería suficiente con presentar una autorización de uso terapéutico, aunque no respondiese a una verdadera dolencia⁴⁹⁷.

Así pues, en el caso de los deportistas a los que se refiere la normativa sobre autorizaciones de uso terapéutico, si se proporciona una sustancia dopante para la sanación de alguna enfermedad y no se dispone de la autorización preceptiva, no habrá responsabilidad penal en tanto quede probada en el procedimiento la existencia de la enfermedad y la necesidad de tratarla con el producto concreto. Asimismo, la concesión de la autorización obtenida fraudulentamente no excluirá la posibilidad de la intervención punitiva, siempre que se comprometa en términos de peligro concreto la vida o la salud del deportista y se den el resto de elementos del delito⁴⁹⁸. Paralelamente, desde la óptica material que defiende, en el caso de los deportistas a los que no alcanza la citada reglamentación, la sola aportación de una receta médica no producirá efectos si no se verifica la realidad de la patología y la adecuación del tratamiento con arreglo a la *lex artis*. Y, a la inversa, la ausencia de prescripción médica estimo que no impedirá que pueda estar justificada la entrega o la administración de sustancias dopantes con fines curativos si quedan acreditados los motivos terapéuticos correspondientes. Sobre esta última apreciación me detendré más adelante.

La naturaleza de esta cláusula es objeto de especial debate en la doctrina. En concreto, la discusión se centra en determinar si la concurrencia de la justificación

⁴⁹⁶ DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 277.

⁴⁹⁷ Así, incide en la idea de que esta exigencia no puede convertirse en una coartada formal MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917. GÓMEZ TOMILLO indica que la existencia de una autorización nula no puede beneficiar a quien la ha determinado conscientemente, en “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 362. Por su parte, ROCA AGAPITO pone de relieve que interpretar la expresión terapéutica en sentido formal plantea la cuestión de la accesoriadad del Derecho penal con respecto a otras normas, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., págs. 54-55. Con ello no se refiere a la accesoriadad respecto del derecho administrativo, que considera perfectamente legítima, sino a la accesoriadad respecto del acto administrativo (en referencia a los actos del suprimido Comité de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje, que era el competente para otorgar las autorizaciones de uso terapéutico bajo la vigencia de la LO 7/2006). Citando a SHÜNEMANN, recuerda que si toda autorización administrativa, aunque fuese ilegal, excluyera la posibilidad de intervenir penalmente, el límite del Derecho penal ya no sería fijado por el legislador, sino por el poder ejecutivo. Insisten en que la justificación terapéutica no puede responder solamente a designios formales, pues conviene evitar el fraude de ley, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 458; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 101; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 889.

⁴⁹⁸ Subraya que para aplicar el tipo penal no es suficiente con que no exista justificación terapéutica, sino que se ha de cumplir con la exigencia de creación de un riesgo concreto y objetivo para el bien jurídico, pues en otro caso lo que entrará en juego será la disciplina deportiva, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 73-74.

terapéutica opera como una causa de justificación específica, excluyendo la antijuricidad⁴⁹⁹, o si actúa en el ámbito de la tipicidad, convirtiendo en atípicos los comportamientos terapéuticamente correctos⁵⁰⁰. A mi juicio, no estamos ante una causa de antijuricidad que determine que la acción es conforme a Derecho, pese al uso del término “justificación”. Más bien, considero que se trata de un elemento formulado negativamente cuya presencia en la descripción del injusto condiciona la tipicidad, de modo que *ex lege* serán directamente atípicas aquellas conductas que respondan a un motivo terapéutico, sin que sea preciso desarrollar un juicio acerca de su antijuricidad. Ciertamente, el hecho de realizar la acción con una finalidad exclusivamente curativa carece de relevancia penal, lo que explica que no haya que declarar la tipicidad para luego afirmar la antijuricidad⁵⁰¹. A mi modo de ver, esto es así en tanto la acción cumpla con la *lex artis* y se encamine a mejorar la salud deteriorada del deportista, aun cuando el compuesto o el método terapéutico dopante constituya a su vez un peligro para la

⁴⁹⁹ De este parecer, CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 136, que afirma que la antijuricidad está representada en el tipo por la expresión “actuar sin justificación terapéutica”. La consideran una “causa específica de exclusión de la antijuricidad”, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 54; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 26. Asimismo, MORENO CARRASCO, que se refiere a ella como una “explícita causa de justificación expresamente definida en el precepto”, en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 50.

⁵⁰⁰ Afirman la atipicidad, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., págs. 568-569; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 11; ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 119; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1251 (aunque no lo indica expresamente, se deduce de que declara que “no concurrirá el riesgo típico si el tratamiento tiene justificación terapéutica”); CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 71-72; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1237; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 455; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 51; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 889; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 564; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 76; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 55; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 372 (que entiende que con la exigencia de que la acción se realice sin justificación terapéutica se introduce una sedicente “característica especial del deber jurídico”). Opina que la cláusula alude a la atipicidad del hecho, argumentando que “podría suceder que concurriera materialmente la “justificación terapéutica” sin haberse producido el hecho administrativo autorizante, de modo que la conducta no tuviera relevancia penal, pero sí supusiera un ilícito administrativo”, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 536 (nota 112); *id.*, “*Doping* e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de *doping* do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 225 (nota 110). También a favor de que constituye una causa de atipicidad, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361, que señala que “se trataría de una llamada de atención al aplicador del Derecho a fin de que verifique si en el caso concreto concurre o no tal necesidad terapéutica, frente a lo que ocurre en las causas de exclusión de la antijuricidad, en los que concierne al acusado su acreditación”. Se refieren a la expresión “sin justificación terapéutica” como una “cláusula *ex lege* de atipicidad” las SSSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre.

⁵⁰¹ ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 11; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 361.

misma (muchos medicamentos no son inocuos, sino que llevan aparejados importantes efectos secundarios)⁵⁰².

Por lo que concierne al aspecto subjetivo, es importante en este punto resaltar en relación con el requisito de que no concurra justificación terapéutica que, puesto que el dolo ha de extenderse a todos los elementos de la figura, habrá de quedar acreditado que el autor actuó sin intención de procurar un tratamiento, en el conocimiento de que las condiciones psicofísicas del deportista al que facilitó la sustancia o el método dopante no lo requerían. Igualmente, a efectos de afirmar la atipicidad por razones médicas, será preciso que se compruebe que el sujeto actuó con conciencia y voluntad de contribuir a la sanación de la enfermedad o dolencia que padecía el deportista. Si hubiese actuado en la creencia errónea de que se daban las razones médicas que justificaban el suministro de la sustancia o el método prohibido, habría de apreciarse un error de tipo, vencible o invencible, con las consecuencias previstas legalmente (art. 14.1 Cp)⁵⁰³. No obstante, y aunque excede del objetivo de este trabajo, conviene indicar que, en mi opinión, los supuestos de error vencible sobre la justificación terapéutica no deberían conducir a la punición de la imprudencia, pese a que el artículo 367 del Código penal habilite para ello. En este sentido, creo que la índole de los requisitos típicos que deben quedar abarcados por el dolo parece reclamar un dolo directo, lo que implica de suyo excluir el castigo de la comisión imprudente⁵⁰⁴.

Para finalizar, resulta de interés estudiar si esta causa de atipicidad alcanza exclusivamente a los médicos y farmacéuticos, o si su radio de acción se extiende a

⁵⁰² Aunque no se pronuncia sobre la naturaleza de este elemento, afirma que todo lo que sea terapéuticamente correcto será impune penalmente aunque altere la competición o ponga en peligro la vida del deportista, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081.

⁵⁰³ En coherencia con su posición acerca de la naturaleza del requisito normativo, sostienen que el error sobre este elemento no afecta a la conciencia de la ilicitud de la conducta, sino que constituye un error de tipo, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 119 y 123; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1237; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 55. Subraya la relevancia que para el tratamiento del error tiene el hecho de que estemos ante un elemento excluyente del tipo y no de la antijuricidad, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinques”, cit., pág. 361.

⁵⁰⁴ Entienden que la figura requiere dolo directo ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 122; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., págs. 278-279; COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 431. Admiten la tipicidad de los comportamientos gravemente imprudentes, entre otros, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 6; CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 137; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 535 (a su pesar); GÓMEZ TOMILLO, M., en “Artículo 362 quinques”, cit., pág. 362; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 53. La jurisprudencia ya ha apreciado en una ocasión la comisión de un delito de dopaje por imprudencia grave, concretamente en la SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre. No obstante, no es posible conocer las razones que llevaron al juzgador a aplicar el artículo 361 bis en relación con el artículo 367 del Código penal, pues fue dictada en conformidad.

cualquier individuo, aunque carezca de formación sanitaria. En principio, parece que su proyección se limita a profesionales de la sanidad, por ser quienes están capacitados para hacer una evaluación terapéutica de los productos y de sus efectos. Sin embargo, estimo que la justificación puede operar indistintamente cuando el sujeto no reúne aquella cualidad. Si la concurrencia de circunstancias materiales terapéuticas comporta descartar de entrada el tipo indiciario del injusto, creo que la prueba en el caso concreto de que existían las razones médicas que llevaron al autor a proporcionar o administrar el producto o el método dopante determinaría la atipicidad del comportamiento, aun cuando careciese de conocimientos en medicina⁵⁰⁵; de lo contrario, me parece que se estaría privilegiando injustificadamente a los profesionales sanitarios.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁵⁰⁵ Limitan la proyección de esta cláusula al colectivo sanitario, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 458; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 889; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 372. Asimismo, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 73, que afirma que será extraño que un particular suministre una sustancia dopante al deportista poniendo en peligro su salud, pero con un específico fin terapéutico. A su juicio, para estos supuestos sería de aplicación, en su caso, la eximente completa o incompleta de estado de necesidad (nota 128). En sentido contrario, admiten la atipicidad cuando el autor sea un particular, ANARTE BORRALLÓ, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 120; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLÓ, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 277.

CAPÍTULO QUINTO: EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

De acuerdo con la dicción literal del artículo 362 quinquies del Código penal, las conductas han de recaer sobre “sustancias o grupos farmacológicos prohibidos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, la reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos”.

En una primera aproximación, de esta enrevesada y oscura redacción se infiere que las exigencias legales relativas al objeto de la acción se articulan en torno a tres clases de requisitos obligatorios que deben reunir simultáneamente tales elementos dopantes a efectos de integrar el tipo objetivo: han de estar prohibidos o no ser reglamentarios, estar destinados a alguno de los fines alternativos previstos, y generar un peligro para la vida o la salud del deportista. Por tanto, presupuesto lo anterior como punto de partida, habrá que tener presente a lo largo del estudio que esta formulación habilita para rechazar que puedan erigirse en objeto de la acción todos aquellos productos y métodos que no cumplan con alguna de las exigencias expresadas en la ley. De modo que, por ejemplo, si lo que se suministra al deportista es una sustancia que no se halla prohibida, no cabrá apreciar el delito de dopaje por atipicidad, aun cuando permita mejorar el rendimiento deportivo a costa de suponer una amenaza para la salud del destinatario⁵⁰⁶.

En las páginas siguientes voy a tratar de acotar el objeto material atendiendo a los tres extremos que lo caracterizan. Como se verá, la escasa claridad de la descripción típica aboca a una labor interpretativa que no es sencilla, en la que se plantean interrogantes de difícil resolución que, en definitiva, constituyen un obstáculo más en orden a delimitar los contornos de esta figura penal. No obstante, también se señalará algún aspecto positivo que deriva de la fórmula legal empleada.

⁵⁰⁶ La doctrina insiste a menudo sobre este particular. Sobre ello, véanse CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 85; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 443; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 95; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 51; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., págs. 77-78; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 28. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, también se reitera la impunidad de la conducta si se trata de sustancias, grupos o métodos permitidos, aun cuando sean peligrosos y puedan servir para mejorar las condiciones físicas del deportista o para alterar los resultados competitivos (SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre).

I. SUSTANCIAS O GRUPOS FARMACOLÓGICOS PROHIBIDOS Y MÉTODOS NO REGLAMENTARIOS: LA REMISIÓN A LA LISTA DE SUSTANCIAS Y MÉTODOS PROHIBIDOS EN EL DEPORTE

El precepto se refiere a sustancias y grupos farmacológicos “prohibidos”, así como a métodos “no reglamentarios”. El legislador renuncia a identificarlos pormenorizadamente en la propia norma penal, lo que resulta razonable en principio. En el ámbito deportivo, el fenómeno del dopaje aparece vinculado a productos y técnicas en continuo desarrollo como consecuencia de los avances científicos, de modo que parece conveniente que se opte por realizar una remisión normativa a fin de evitar un posible desfase entre el tipo y la realidad, aun cuando ello pueda suponer una cierta inestabilidad derivada del carácter dinámico del envío legislativo. No obstante, es preciso analizar si el recurso a fijar parcialmente el objeto material por referencia a la legislación extrapenal cumple con las exigencias formales y materiales que impone el principio de legalidad.

Mayoritariamente los autores entienden que estamos ante una ley penal en blanco⁵⁰⁷, cuya legitimidad se defiende por algunos sobre la base de que respeta correctamente los

⁵⁰⁷ Se afirma casi unánimemente que el artículo 362 quinquies del Código penal destaca por ser una norma penal en blanco. Así, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 572; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 14; BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 6; CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 133; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 38-39; COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 437; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 84 (que considera que la redacción invita a pensar en que el legislador ha querido estructurar el precepto como una norma penal en blanco, “si bien no lo hace con absoluta claridad”); DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 523; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., págs. 213-214; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 59 (que matiza que se ha utilizado la técnica de la ley penal en blanco o algo que se le parece); ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., págs. 1708 y 1713; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1378; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 591; MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 916; MORENO CARRASCO, F., en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 50; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 890; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 564; NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 797; PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 51; PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1079; RÍOS CORBACHO, J. M., *Palabra de fútbol y Derecho penal*, cit., pág. 24; RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 13; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pág. 698; SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 370. Lo corrobora asimismo el Consejo Fiscal, que subraya el carácter de norma penal en blanco del que actualmente es el artículo 362 quinquies del Código penal en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, y de Anteproyecto de Ley, por la que se modifica la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el dopaje, de 21 de julio de 2011 (pág. 3). En la jurisprudencia también se sostiene que se trata de una norma penal en blanco en las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre. Con todo, no existe unanimidad en la doctrina al respecto. Expresamente, hablan de elemento normativo CORCOY BIDASOLO, M.,

criterios limitativos que viene requiriendo el Tribunal Constitucional para utilizar esta técnica legislativa⁵⁰⁸: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado por razón del bien jurídico protegido por la disposición penal; y que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición, de modo que sea satisfecha la exigencia de certeza y resulte salvaguardada la función de garantía del tipo⁵⁰⁹. No obstante, no faltan posiciones que cuestionan la adecuación del artículo 362 quinques a tales prescripciones, fundamentalmente por considerar que se incumple el mandato de certeza que impone el principio de legalidad⁵¹⁰, llegándose incluso al punto de afirmar su inconstitucionalidad⁵¹¹.

“Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1249; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 624; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 46. Esta autora, no obstante, se refiere al precepto como una norma penal en blanco en otros textos, en concreto en *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 443, y en “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 95. Consideraban que el anterior artículo 361 bis del Código penal presentaba demasiadas salvedades para poder calificarse como norma penal en blanco, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 116. Sobre la distinción entre las leyes penales en blanco y las leyes penales con elementos normativos se mantienen distintas posiciones. Sobre ello, véanse DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 98-107; GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas. Leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993, págs. 65-103; LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 5/50.

⁵⁰⁸ SSTC 127/1990, de 5 de julio; 118/1992, de 16 de septiembre; 111/1993, de 25 de marzo; 53/1994, de 24 de febrero; 62/1994, de 28 de febrero; 120/1998, de 15 de junio; 34/2005, de 17 de febrero; 283/2006, de 9 de octubre.

⁵⁰⁹ En este sentido, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, cit., pág. 572; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 14. Para esta autora, “la utilización de la técnica de la norma penal en blanco no reviste problema alguno, ya que, si bien puede generar una cierta tensión con el principio de legalidad, no supone, como ha sido reiteradamente reconocido, confrontación alguna con este, ya que es doctrina consolidada su utilización en el ámbito penal siempre y cuando el núcleo esencial de la conducta y la pena que le corresponde queden claramente configurados en la norma penal, de mayor rango jerárquico”. Tampoco CADENA SERRANO aprecia problemas en este caso. Lo importante, señala, es que en el tipo penal se contenga el núcleo esencial de la prohibición, lo que a su juicio ocurre en la figura de dopaje, en “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 133. De la misma opinión, CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 39, que afirman que a la vista de la doctrina constitucional no parece que la disposición penal (en referencia al anterior art. 361 bis Cp) pueda adolecer de vicio de constitucionalidad por su remisión a normas reglamentarias para determinar los mecanismos considerados dopaje. Asimismo, secundan la constitucionalidad del precepto COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAU LI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 437; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., págs. 444-445. Aunque recalca los términos para colmar las exigencias del TC en materia de ley penal en blanco, MORALES PRATS está de acuerdo con la técnica legislativa porque entiende que no hay otra que pueda mejorar la estabilidad del precepto penal, en “Artículo 361 bis”, cit., pág. 890. El CGPJ tuvo ocasión de opinar sobre el tema en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005 (pág. 45), manifestando que “... la tipificación parece lo suficientemente clara y precisa para dar cabal cumplimiento al principio de legalidad penal, así como su recepción en una norma con rango y naturaleza orgánica; reserva que el Tribunal Constitucional (Sentencias 15/1981; 17/1982, 159/1986), considera absoluta cuando se establezcan penas privativas de libertad, como es este caso. A lo anterior no obsta la remisión que contiene al concreto listado de productos prohibidos (determinación que se realiza por vía reglamentaria), dado que los elementos esenciales configuradores del tipo penal están plenamente, en este aspecto, contenidos en la norma y la llamada, de forma indirecta, a la norma complementaria no afecta a aquéllos. En otros términos, el precepto penal cumple en este aspecto la exigencia del principio de tipicidad penal al describir el núcleo esencial de la conducta prohibida y contener la pena (así, STC 127/1990, relativa a las exigencias que deben cumplir las llamadas leyes penales en blanco para ser consideradas constitucionalmente legítimas)”.

⁵¹⁰ Comienza por declarar que el reenvío normativo cumple con los requisitos de ser expreso y de estar justificado por razón del bien jurídico protegido, así como con el de contener el núcleo esencial de la prohibición, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 6. Sin embargo, a continuación, este autor señala que a su juicio se incumple la exigencia de que se de la suficiente

Como es sabido, la doctrina en general y la jurisprudencia constitucional admiten que determinados aspectos complementarios de la materia penal puedan regularse por normas de rango inferior a la Ley Orgánica⁵¹², así como que la ley penal pueda presentar un cierto grado de indeterminación al configurar el injusto típico, por la imposibilidad de alcanzar una precisión completa en la descripción del hecho punible. Sin embargo, esta relativa flexibilidad en la formulación de los tipos legales, que puede estar justificada por razones prácticas de necesidades de previsión y síntesis de las leyes, no ha de verse como una vía para eludir las garantías vinculadas al principio de legalidad.

Desde este entendimiento, un estudio detallado del contenido del envío legislativo permite desvelar una serie de objeciones a la técnica empleada que, a mi modo de ver, podría rebasar los límites máximos de elasticidad que cabría tolerar sin vulnerar las exigencias que contiene el citado principio de legalidad, en contra pues del planteamiento doctrinal que apoya la legitimidad de la estructura en blanco de la figura. Tales reparos los iré exponiendo a medida que progrese en el análisis de los problemas que se plantean.

concreción para que la conducta calificada quede suficientemente precisada con el complemento de la norma a la que la Ley penal remite y resulte salvaguardada la función de garantía del tipo, con la posibilidad de conocer cuál sea la actuación penalmente castigada. En concreto, afirma que no existe una certeza acerca de las sustancias que pueden ser integrantes del tipo penal de las muchas que recoge la normativa deportiva. También alude a una posible vulneración del mandato de certeza, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 48. En un sentido similar, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 525; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español*”, cit., pág. 215; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 60-61. Opinan que es dudoso que se pueda considerar una norma penal en blanco legítima, DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 274. Para MORENO CARRASCO el objeto no está claramente predefinido, lo que no aporta bases de seguridad en una materia como esta. Por ello, expresa sus dudas respecto a que se cumplan con la agilidad necesaria los criterios de admisibilidad de las leyes penales en blanco, en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., págs. 49-50. Hay que recordar que también en el ámbito del Derecho administrativo han sido muchas las objeciones a esta fórmula de remisión normativa (“sustancias y métodos prohibidos en el deporte”), que se utilizaba en la tipificación de las infracciones previstas tanto en la anterior Ley Orgánica 7/2006, como en la vigente Ley Orgánica 3/2013 (art. 22). Así, entre otros, denuncia serios reparos desde la perspectiva de los principios de legalidad y tipicidad, GAMERO CASADO, E., “Régimen de infracciones y sanciones”, cit., pág. 237.

⁵¹¹ Abiertamente afirma la inconstitucionalidad del precepto QUERALT JIMÉNEZ, que llega a esta conclusión aplicando la doctrina de la STC 24/2004, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., págs. 1079-1080. De otra opinión, SUÁREZ LÓPEZ, que reconoce los peligros que conlleva la fórmula legislativa, aunque considera que pueden resolverse, en “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., págs. 370-371. Por su parte, PRATS WESTERLINDH señala que presenta importantes problemas jurídicos y constitucionales, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 75.

⁵¹² Por lo que respecta a la jurisprudencia constitucional, se admite la colaboración reglamentaria (SSTC 122/1987, de 14 de julio; 3/1988, de 21 de enero; 118/1992, de 16 de septiembre; 53/1994, de 24 de febrero, entre otras), y se declara que “La Constitución española ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal deba de estar previsto en norma con rango de Ley Orgánica” (STC 120/1998, de 15 de junio). Sobre el rango de la norma extrapenal complementadora o de remisión en las leyes penales en blanco, véase LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 5/47-49.

1. LA DETERMINACIÓN DE LA NORMA DE COMPLEMENTO

Conforme he señalado, la utilización de las expresiones “prohibidos”, y “no reglamentarios” en el enunciado normativo llevan a la necesidad de integrar la infracción penal a través de una disposición perteneciente a otro sector del ordenamiento jurídico. En este caso, a falta de una remisión concreta⁵¹³, podría plantearse la duda acerca de a cuál hay que acudir para complementar el tipo. Sin embargo, a mi juicio, en este punto cumple un papel decisivo la exigencia alternativa que la formulación legal conecta al objeto material al establecer que las sustancias o los métodos estén “destinados a aumentar las capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones”. Con este requisito, se destacan unas características objetivas que han de reunir los elementos prohibidos, que son propias del fenómeno del dopaje y que, de este modo, permiten determinar el alcance del envío legislativo. Así pues, habrá que atender a la regulación en materia de dopaje, en concreto a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva, que establece la obligación del CSD de publicar en el BOE, mediante Resolución de su Presidencia, la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, en el marco de los compromisos y obligaciones internacionales asumidos por España, y en particular de la Convención Antidopaje de la UNESCO. Esta publicación, se indica que tendrá carácter periódico y se producirá, en todo caso, cuando se introduzcan cambios en la misma (art. 4.3). En cumplimiento de tal mandato, anualmente se hace pública la lista, la última aprobada por la Resolución de 17 de diciembre de 2015 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre).

Pues bien, pese a que para algunos autores es perfectamente lícito completar el precepto penal a través de la resolución a la que remite la Ley Orgánica 3/2013, por

⁵¹³ Anteriormente he referido que, tratándose de leyes penales en blanco, el Tribunal Constitucional exige que incorporen una remisión expresa en el texto. En relación con ello, y por lo que concierne al delito de dopaje, ROCA AGAPITO considera que se cumple, pues este requisito no comporta que aparezca concretada en el tipo la norma a la que la ley remite. No obstante, en su opinión, hubiera sido mas correcto que se hubiese precisado, como ocurre en Italia y en Francia, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 47. También entiende que se satisface esta obligación, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 6. Niega que la remisión sea expresa en este caso, RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., págs. 13-14. Esta disparidad de opiniones sobre el carácter expreso de la remisión normativa responde, a mi juicio, a un distinto criterio interpretativo acerca de lo que significa que el reenvío sea “expreso”. Al respecto, DOVAL PAIS advierte de que no existen en nuestro Código penal envíos explícitos absolutamente determinados, y admite que puedan incluirse en la categoría de las remisiones expresas, entre otras, aquellas que se realizan utilizando otras expresiones indirectas al carácter “legal” o “ilegal” de un deber, de una conducta o de un objeto, en *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 91-92.

considerar que se satisface la exigencia de reserva de ley⁵¹⁴, cabe sostener que hay razones para cuestionar que ello sea así con toda claridad.

Concretamente, si se analiza el proceso de elaboración de la lista se observa que esta es fruto de una serie de remisiones que, a mi juicio, son difícilmente compatibles con el respeto al principio de legalidad. Y es que, la resolución del CSD tiene su origen en un listado que, en definitiva, elabora una entidad de Derecho privado como es la AMA (compuesta, ente otros, por organismos privados, el COI, Federaciones internacionales y Comités Olímpicos Nacionales)⁵¹⁵, que ciertamente no parece la instancia competente para complementar una ley penal que afecta a derechos fundamentales del individuo⁵¹⁶. En efecto, aunque la citada resolución anual incorpora al ordenamiento español la modificación del Anexo I aprobada en el seno de la Convención de la UNESCO, la realidad es que tal modificación no es más que una mera confirmación del elenco que redacta la AMA que, según se explica en el comentario al artículo 4.1 del CMA, relativo a la publicación y revisión de la lista de prohibiciones por aquella, “forma parte de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte”⁵¹⁷. Así pues, puede

⁵¹⁴ CADENA SERRANO así lo mantiene, dado que el Tribunal Constitucional ha declarado que la Constitución ni impone ni prohíbe que el complemento extrapenal deba estar previsto en una norma con rango de Ley Orgánica. Además, explica que en este caso concreto la remisión extrapenal se realiza a una norma con este rango, refiriéndose a la entonces vigente Ley Orgánica 7/2006, en “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., págs. 133-134. En esta línea, COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO señalan que la delegación de competencias para la elaboración de la lista de sustancias y métodos prohibidos que llevaba a cabo el anterior artículo 56.1 de la Ley 10/1990 era suficiente para considerar la resolución del CSD como una disposición administrativa de desarrollo de la citada Ley. Además, afirman que tal resolución cumple con los requisitos que viene exigiendo la doctrina con carácter general para la consideración de reglamento, en “El tipo penal”, cit., págs. 436-437.

⁵¹⁵ A efectos de mostrar la estructura y el *modus operandi* de esta entidad de Derecho privado, resulta de interés el desglose que ofrece DE LA PLATA CABALLERO acerca de cómo se financia la AMA, reflejando el reparto de poder que hay en su seno y la existencia de donaciones por países antidemocráticos que podrían influir en sus decisiones, en “La Agencia Mundial Antidopaje como actor global en la lucha contra el dopaje: un nuevo Código Mundial Antidopaje”, cit., págs. 15-17. En esta línea, LÓPEZ FRÍAS acusa el excesivo poder de la AMA, que a su juicio promueve una política antidopaje innecesaria y desproporcionada, en la que el fin justifica los medios, en *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, cit., págs. 82-90 y 234-235.

⁵¹⁶ Especialmente crítico en este punto se muestra QUERALT JIMÉNEZ, que insiste en que ni las Federaciones deportivas, ni el COI, ni la AMA son órganos de Derecho público, y menos con capacidad normativa autónoma *erga omnes* con potestad sancionadora delegada, ni penal ni disciplinaria. Indica que sus normas carecen de eficacia alguna para integrar preceptos penales y propone revisar su vigencia en el deporte profesional, del que se nutren sin control los Estados, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1080.

⁵¹⁷ El artículo 4.1 del CMA establece: “Tan a menudo como sea necesario, y como mínimo anualmente, la AMA publicará la Lista de Prohibiciones así como un Estándar Internacional. El contenido propuesto en la Lista de Prohibiciones y todas sus revisiones se proporcionarán inmediatamente por escrito a todos los Signatarios para que éstos los comenten y consulten. La AMA se ocupará de transmitir inmediatamente cada versión anual actualizada de la Lista de Prohibiciones y todas las modificaciones a cada uno de los Signatarios, laboratorios acreditados o aprobados por la AMA y gobiernos, y de difundirlas en su página de Internet. Corresponderá a partir de entonces a cada uno de los Signatarios tomar las medidas necesarias para distribuir la Lista a sus miembros y afiliados. El reglamento de cada una de las Organizaciones Antidopaje deberá precisar que, salvo disposición en contrario incluida en la Lista de Prohibiciones o en una de sus revisiones, la Lista de Prohibiciones y sus revisiones entrarán en vigor para esa Organización Antidopaje tres meses después de su publicación por la AMA, sin que la Organización Antidopaje tenga que hacer ningún otro trámite.[Comentario al Artículo 4.1: La Lista de Prohibiciones será revisada y publicada lo más rápidamente posible en caso necesario. No obstante, a efectos prácticos, se publicará una nueva Lista de Prohibiciones todos los años, tanto si se han producido cambios como si no. La AMA siempre tendrá publicada en su sitio web la Lista de Prohibiciones en vigor. La Lista de Prohibiciones *forma parte* de la Convención

decirse que el papel que juegan los Estados parte del Tratado internacional y el CSD en la confección de la relación de sustancias y métodos prohibidos es puramente formal, y más bien es la AMA la que se erige en la fuente normativa que completa el artículo 362 quinquies del Código penal. Por ello, creo que es complicado admitir que el reenvío legal a una resolución administrativa que es el último eslabón de una cadena de remisiones cuyo origen no es un órgano de Derecho público (a la LO 3/2013, a la Convención de la UNESCO y al CMA) pueda cumplir adecuadamente con las obligaciones que dimanen del principio constitucional de legalidad de las leyes penales⁵¹⁸.

2. ESTRUCTURA DE LA LISTA DE SUSTANCIAS Y MÉTODOS PROHIBIDOS EN EL DEPORTE

La Resolución de 17 de diciembre de 2015 deroga la lista precedente, a excepción del Anexo II (“Sustancias y métodos prohibidos en galgos”), y el Anexo III (“Sustancias y procedimientos prohibidos en competiciones hípcas”), que permanecen en vigor. Al igual que en los catálogos anteriores, y antes de enumerar las sustancias y métodos prohibidos en el Anexo I, la disposición establece que solo será de aplicación a los procedimientos de control de dopaje en el deporte que se realicen en las competiciones oficiales de ámbito estatal o, fuera de ellas, a los deportistas con licencia para participar en dichas competiciones.

Esta limitación expresa suscita un primer interrogante en el plano penal: determinar si entrarán en el ámbito del artículo 362 quinquies aquellos supuestos en que los destinatarios de los elementos dopantes descritos en el listado sean sujetos que no cuenten con licencia federativa y practiquen deporte por recreo, respecto de los que claramente no opera la prohibición en el ámbito administrativo. La respuesta, en mi opinión, debe ser afirmativa. En estos casos, entiendo que tal circunstancia no debe representar un obstáculo, pues lo determinante es que el compuesto o el procedimiento dopante sea uno de los que se enumeran en la resolución, con independencia de que su destinatario sea un deportista federado o simplemente un aficionado que carezca de

Internacional contra el Dopaje en el Deporte. La AMA *informará* al Director General de la UNESCO sobre cualquier cambio realizado en la Lista de Prohibiciones]” (la cursiva es mía).

⁵¹⁸ Ponen de relieve la cascada de remisiones normativas, difícilmente compatible con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ANARTE BORRALLA, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 116; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 274

tarjeta federativa. En particular, de un lado, la norma penal se refiere a las sustancias, grupos farmacológicos y métodos prohibidos o antirreglamentarios, pero sin entrar a distinguir en atención a la clase de deportistas a los que se vincula la interdicción administrativa⁵¹⁹; de otro lado, hay que tomar en consideración que una interpretación que llevase a entender excluidos los elementos dopantes reflejados por razón de quiénes fueran los receptores supondría una negación parcial de la vigencia del delito, siendo que la descripción del injusto típico engloba expresamente a quienes practican deporte por afición sin estar federados⁵²⁰. Con todo, esta conclusión, coherente además desde el punto de vista del bien jurídico protegido, no obsta para que haya que poner de manifiesto que la restricción administrativa de los productos y métodos dopantes no permitidos a la esfera del deporte organizado comporta una cierta distorsión y desata dudas respecto a la delimitación precisa del objeto material, cuando se supone que la remisión habría de servir para clarificar en aras de la taxatividad⁵²¹.

En cuanto al Anexo I que contiene la resolución, incorpora la lista aprobada por la AMA y ratificada por la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, como ya he explicado. En consecuencia, presenta una estructura que gira en torno a tres bloques diferenciados, tal y como establece el CMA (art. 4.2.1). El primero, engloba una serie de sustancias y métodos prohibidos en todo momento (en competición y fuera de ella), que se incluyen “debido a su potencial de mejora de rendimiento en las competiciones futuras o debido a su potencial efecto enmascarante”; el segundo, sustancias y métodos que solo se prohíben en competición; y, el tercero, sustancias prohibidas en algunos deportes, algunas solo en competición y otras también fuera de la misma.

Este modo de organizar las sustancias y los procedimientos proscritos vuelve, de nuevo, a generar incertidumbre. Por ejemplo, si la prohibición del uso de estimulantes se circunscribe a la competición, ¿reunirán el preceptivo carácter prohibido aquellos que

⁵¹⁹ De esta opinión, DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLA que consideran, en atención al carácter incondicional de la remisión, que el hecho de que algunas de las sustancias o métodos solo se prohíba administrativamente si se usa en las competiciones no constituye un inconveniente para su relevancia penal, en “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 274.

⁵²⁰ En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, que indica que la lista tiene eficacia también cuando se trata de deportistas aficionados, por ministerio del artículo 362 quinquies, que los describe como sujetos pasivos de la infracción, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 85. A la misma conclusión llegan COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO, que entienden que el tipo recoge finalmente esta interpretación cuando hace referencia a deportistas federados no competitivos y a deportistas no federados que practiquen deporte por recreo, en “El tipo penal”, cit., pág. 436.

⁵²¹ Lo que ha sido destacado por ANARTE BORRALLA y MORENO MORENO, que señalan que el valor jurídico-penal del listado está en el aire, entre otras razones porque el listado no alcanza a los deportistas por recreo, en “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 116.

se suministren a un deportista fuera de competición? Si los betabloqueantes están prohibidos expresamente para quienes compiten en la modalidad de automovilismo, ¿podremos hablar de “sustancia prohibida” a efectos penales en los casos en que estos se facilitan a quien va a participar en un campeonato de motociclismo? La reflexión en este punto creo que ha de ser la misma que se ha indicado anteriormente: puesto que la remisión penal es incondicional, cabe interpretar que es indiferente que el destinatario del producto dopante se halle integrado o no dentro del ámbito competitivo y, también, que practique una u otra modalidad deportiva. Por tanto, si se atiende al bien jurídico protegido, lo relevante en la esfera de la tipicidad penal será que el producto dopante se encuentre enumerado en el listado y que se den los otros requerimientos del objeto de la acción que preceptúa el artículo 362 quinquies. Sin embargo, he de insistir en que esta falta de uniformidad contribuye, en mi opinión, a difuminar la certeza exigible acerca del objeto material⁵²².

3. CONTENIDO DE LA LISTA DE SUSTANCIAS Y MÉTODOS PROHIBIDOS EN EL DEPORTE

Antes de detallar el contenido específico de la lista, conviene destacar que se observa un cierto desfase terminológico entre la formulación del tipo penal y la normativa de remisión. El artículo 362 quinquies del Código penal menciona, además de las sustancias, los “grupos farmacológicos” y los “métodos antirreglamentarios”. Esta nomenclatura no se corresponde con la utilizada en la resolución administrativa del

⁵²² COMPAÑY CATALÁ y BASAULI HERRERO reflexionan sobre el tema y finalmente concluyen que es indiferente que las sustancias objeto de la acción se destinen a deportistas de cualquier clase. No obstante, el alcance del catálogo a nivel administrativo les lleva a preguntarse si es aplicable en el orden penal a otros practicantes de deportes diferentes a los que recoge la citada resolución, lo que me parece indicativo de las dificultades que la estructura del listado plantea para concretar el objeto material del delito, en “El tipo penal”, cit., pág. 435. BELESTÁ SEGURA tampoco considera problemático el hecho de que se prohíban algunas sustancias en determinados deportes porque, señala, “mediante su consumo se pretende aumentar las capacidades físicas y modificar el resultado de la competición, siendo inútil su consumo para otros deportes”, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 8. A mi modo de ver, sin embargo, el argumento que utiliza este autor no es definitivo pues, como ya he señalado, hay deportes que no se contemplan en los que el empleo de estas sustancias puede tener incidencia en el rendimiento deportivo, como el motociclismo. Además, no hay que olvidar que se trata de proteger la salud, que puede verse afectada cualquiera que sea la actividad deportiva que desempeñe el sujeto. De otra opinión, TORNOS, que considera impune la conducta cuando se proporciona una sustancia a quienes practican un deporte en el que está permitida, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 30. En este sentido parece decantarse PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 77, cuando indica que “es imprescindible que el delito tenga como objeto alguna de las sustancias mencionadas en esta lista y en referencia a los concretos deportes que se mencionan en la misma. Es decir, determinadas sustancias solo están prohibidas en ciertos deportes y no en todos, por lo que su administración debe estar vinculada a deportistas que intervienen en estos deportes”. Ponen de relieve la falta de uniformidad de la prohibición, en tanto que algunas solo se prohíben con respecto a determinadas actividades deportivas, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 116.

CSD, lo que *a priori* resulta disfuncional⁵²³. No obstante, considero que es posible reconducir sin demasiados problemas la literalidad del precepto penal al contenido de la enumeración contemplada en aquella. Por una parte, los “grupos farmacológicos” equivalen a medicamentos⁵²⁴, y la relación del CSD incorpora algunas sustancias que tienen tal naturaleza, o que en combinación con otras constituyen fármacos; por otra parte, aunque cabría pensar que eventualmente la referencia a los métodos no reglamentarios vaya más allá de lo previsto en el listado⁵²⁵, se comprueba que en el marco de la Ley Orgánica 3/2013 el empleo de la expresión “método no reglamentario”, además de ser muy puntual, se realiza por equiparación a la locución “método prohibido”, que es la que predomina con claridad en el texto legislativo referido⁵²⁶. Por tanto, aunque hubiera sido conveniente un uso del lenguaje concordante con la norma de complemento⁵²⁷, parece adecuado interpretar que los métodos antirreglamentarios son aquellos procedimientos que no se permiten de acuerdo con la resolución del CSD, como sostiene la generalidad de la doctrina⁵²⁸.

⁵²³ Crítica la falta de coherencia con la normativa administrativa, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 358. Asimismo, subraya que la redacción del Código penal no es muy afortunada puesto que los métodos no reglamentarios no pueden ser dispensados o suministrados y, difícilmente, administrados, como indica el tipo.

⁵²⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 439; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 46; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 273; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 46. CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 85 (nota 150) considera que esta categoría debe entenderse integrada en el concepto de “sustancias prohibidas”.

⁵²⁵ En los primeros tiempos de la vigencia del anterior artículo 361 bis del Código penal, CORTÉS BECHIARELLI ya apuntaba el desfase terminológico y señalaba la posibilidad de interpretar la referencia a los métodos no reglamentarios como una cláusula abierta, aunque proponía la integración de los métodos prohibidos previstos en el listado del CSD, en *El delito de dopaje*, cit., págs. 89-90. Además, indicaba que parece claro que el legislador no armonizó intencionadamente la disciplina penal y la deportiva, puesto que la lista de sustancias y métodos se dictó el 21 de diciembre de 2005, antes de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006. MORENO CARRASCO, sin embargo, afirmaba que los métodos constituyen el caballo de batalla que está llamado a plantear mayores dudas a la hora de valorar la trascendencia penal de ciertos comportamientos, pues no está claro qué ha de entenderse por método ni tampoco está definido lo reglamentario o lo antirreglamentario del método. A su juicio, lo más razonable es “ligar de una u otra forma al método con la sustancia dopante o el efecto dopante, entendido bajo la consecuencia de aumentar artificial y deshonestamente el rendimiento deportivo”, en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., pág. 52. De acuerdo con él, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 439; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 46. Con todo, para VÁZQUEZ IRUZUBIETA “el método utilizado no tiene que tener como fuente de progresión física una sustancia prohibida, sino la clase de entrenamiento que se aplica al deportista”, en *Código Penal comentado*, cit., págs. 599-600.

⁵²⁶ La Ley Orgánica 3/2013 alude mayoritariamente a los métodos prohibidos (arts. 20, 21, 22, 27, 63). Solo menciona los “métodos no reglamentarios” en dos ocasiones: la primera para referirse a los tipos de controles (art. 18); y, la segunda, cuando trata las sanciones a la participación de profesionales sanitarios y cualesquiera otros en actividades de dopaje en el deporte (art. 62). En este último caso, identifica expresamente ambos términos, al hablar indistintamente de “métodos no reglamentarios o prohibidos en el deporte”.

⁵²⁷ Manifiesta que hubiera sido deseable una unificación terminológica, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 526; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español*”, cit., pág. 215; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 60-61.

⁵²⁸ Con carácter general, se acepta en la doctrina que los métodos antirreglamentarios equivalen a los métodos prohibidos. Entran expresamente a pronunciarse sobre este tema, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO,

Como he señalado previamente, la disposición integradora del tipo penal fija tres bloques diferenciados de sustancias y métodos vetados en el ámbito deportivo. Todos estos elementos no se seleccionan aleatoriamente sino que, visto que su confección corresponde en última instancia a la AMA, se incluyen en el catálogo de acuerdo con las exigencias tasadas que se establecen en el CMA. En particular, han de responder al menos a dos de los siguientes tres criterios: que la sustancia o el método, solo o combinado con otros tenga el potencial de mejorar el rendimiento deportivo; que plantee un riesgo real o potencial para la salud del deportista; o que su uso vulnere el espíritu del deporte a juicio de la propia AMA (art. 4.3). La aplicación de esta regla significa, por tanto, la posibilidad de recoger en el listado componentes o técnicas dopantes que no sean peligrosos, pues en teoría es suficiente con que puedan mejorar las capacidades del deportista y que su utilización suponga una violación de la ética deportiva. Mención aparte merecen los denominados “agentes enmascarantes”, que se incorporan si la AMA determina que conforme a una prueba médica o científica, efecto farmacológico, o experimento, tienen capacidad para encubrir la aplicación de los productos y métodos prohibidos (art. 4.4). Sobre todo ello volveré enseguida, una vez que precise el contenido de cada uno de los grupos que se contemplan.

3.1. Sustancias y métodos prohibidos en todo momento (en competición y fuera de ella)

3.1.1. Sustancias

El grupo de las sustancias prohibidas en todo momento se subdivide a su vez en cinco categorías diferenciadas. La primera (apartado S0), detalla las sustancias sin aprobación, o sea, aquellas que no estén actualmente aprobadas por alguna autoridad gubernamental reguladora de la salud para uso terapéutico humano (por ejemplo, medicamentos en desarrollo preclínico o clínico o suspendido, fármacos de síntesis y sustancias aprobadas únicamente para uso veterinario).

F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 114; FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1522; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 169; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 890 (que entiende que debe dotarse al tipo penal de un contexto de complementación normativa certero, en aras a la satisfacción del principio de taxatividad, y propugna una interpretación restrictiva del tipo).

La segunda (apartado S1), alude a los agentes anabolizantes, en concreto los esteroides anabolizantes androgénicos (endógenos y exógenos) y otros (por ejemplo, el clenbuterol). En esta relación se hace uso de una técnica que, como iremos viendo, se generaliza a lo largo de la lista y que, a mi juicio, ha recibido fundadas críticas. Me refiero a que se emplean cláusulas abiertas que estimo que chocan significativamente con la exigencia de certeza que comporta el principio de legalidad, al incorporar factores de imprecisión que dificultan seriamente concretar el objeto material⁵²⁹. Así ocurre con expresiones como “otras sustancias con estructura química similar o efecto(s) biológico(s) similar(es)”⁵³⁰, que se establece en relación con los esteroides anabolizantes androgénicos exógenos; con el uso de la locución “aunque no exclusivamente”, cuando se enumeran entre los esteroides anabolizantes androgénicos endógenos una serie de sustancias concretas; y, también, con la frase “incluyen pero no se limitan”, que se utiliza como encabezamiento antes de proceder a pormenorizar los otros agentes anabolizantes.

La tercera (apartado S2), acoge a las hormonas peptídicas, los factores de crecimiento, sustancias afines y miméticos⁵³¹. Como he anticipado, también en este

⁵²⁹ En referencia a la lista de la AMA, antes de la creación del tipo penal de dopaje, ÁLVAREZ VIZCAYA ya afirmaba que presentaba imprecisiones que daba lugar a graves problemas de seguridad jurídica, en “¿Necesita el deporte la tutela del Derecho penal?”, cit., pág. 77. Asimismo, en la línea de que la inclusión de cláusulas abiertas conlleva una imprecisión que puede ser contraria al mandato de certeza de los tipos penales derivado del principio de legalidad, véanse ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 115; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 525; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 215; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 60-61; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 274. En particular, sobre la fórmula abierta “otras sustancias con estructura química o efectos biológicos similares”, TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 28 (nota 14); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 48. También en esta dirección, pese a que admite sin reparos la lista del CSD, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 88. En otro sentido, REY HUIDOBRO quien, en relación con la versión del catálogo de sustancias y métodos que contenía la Resolución del CSD de 21 de diciembre de 2005, parece justificar las cláusulas abiertas de sustancias sobre la base de que con ello se pretenden abarcar todas las nuevas sustancias y métodos, por la dificultad de actualizar el catálogo con la rapidez que sería necesaria, en “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, cit., pág. 97. Del mismo parecer se mostraba también DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 442. Esta autora, sin embargo, expresa claramente su rechazo en un texto posterior y afirma que la previsión relativa a cualesquiera otras sustancias con estructura química similar o efectos biológicos similares puede ser calificada como rayana en la ilegalidad, al no determinar la existencia de *lex certa*, ni siquiera por vía de concreción reglamentaria de las conductas infractoras, en “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 47.

⁵³⁰ Precisamente, aunque las listas que estaban vigentes a comienzos de 2003 no incluían la tetrahidrogestrinona (THG), sustancia entonces nueva que fue desarrollada por los laboratorios Balco, este tipo de cláusulas permitió que se sancionara a deportistas que la habían utilizado, al considerarse que era una sustancia de efecto o acción farmacológica igual o similar a la gestrinona, esteroide que sí estaba expresamente vetado.

⁵³¹ Se incluyen, concretamente, agonistas de los receptores de eritropoyetina (por ejemplo, EPO), estabilizadores del factor inducible por hipoxia (HIF, entre ellos los gases xenón y argón); activadores del HIF; gonadotrofina coriónica (CG) y hormona luteinizante (LH) y sus factores de liberación; corticotrofinas y sus factores de liberación; hormona de crecimiento (GH) y sus factores de liberación, incluyendo la hormona liberadora de la hormona de crecimiento (GHRH); y, además, toda una serie de factores de crecimiento.

conjunto de elementos se recurre a la fórmula abierta “otras sustancias con estructura química similar o efecto(s) biológico(s) similar(es)”, y aún más, pues con ocasión de detallar alguna se hace referencia también a sus “análogas”, ampliando de este modo el espectro sin la concreción que sería deseable.

En la cuarta categoría (apartado S3) figuran todos los beta-2 agonistas, aunque la prohibición no es absoluta, pues se establecen excepciones en la que el uso o el consumo está permitido, si bien la permisibilidad se sujeta a condiciones relativas a la dosis, a las pautas terapéuticas o al método de administración.

La quinta (apartado S4), se circunscribe a los moduladores de hormonas y del metabolismo, recogidos en cinco subclases⁵³². Común a las cuatro primeras es, de nuevo, el giro “incluyen pero no se limitan”, con el efecto negativo para la delimitación del objeto material que he apuntado.

Por último, cierran el grupo de las sustancias prohibidas en todo momento los diuréticos y agentes enmascarantes (apartado S5). Se sigue un sistema de *numerus apertus*, pues se indican algunos específicos, pero con la posibilidad de ampliar a otras sustancias de estructura química o efectos biológicos similares, en línea con lo señalado hasta ahora. También aquí se establece alguna excepción si se trata de determinados agentes, bien por el modo en que se administren (oftalmológico) o según el uso terapéutico que se les dé (anestésias dentales). Respecto de algunas sustancias que están sujetas a niveles umbrales (por ejemplo, la efedrina o el salbutamol), se afirma la presunción de dopaje si se detectan en cualquier cantidad combinadas con algún elemento enmascarante, salvo autorización terapéutica.

3.1.2. Métodos

En lo que concierne a los métodos, se relacionan tres clases diferentes. En la primera (apartado M1), referida a procedimientos que consisten en la manipulación de la sangre y de los componentes sanguíneos, se prohíben: la administración o reintroducción de cualquier cantidad de sangre autóloga, alogénica o heteróloga, o de productos de hematíes de cualquier origen en el sistema circulatorio; cualquier forma de manipulación intravascular de la sangre o componentes sanguíneos por medios físicos o

⁵³² En particular, se enumeran: inhibidores de la aromatasa, moduladores selectivos de los receptores de estrógenos; otras sustancias antiestrogénicas; agentes que modifican la(s) función(es) de la miostatina; y, moduladores del metabolismo (entre ellos, las insulinas).

químicos; y, la mejora artificial de la captación, el transporte o la transferencia de oxígeno⁵³³. No obstante, quedan excluidas otras ayudas ergogénicas que producen los mismos efectos, que se emplean con cierta frecuencia entre los deportistas de élite y que de hecho están permitidas por la AMA, tales como el uso de cámaras hiperbáricas⁵³⁴ (someten al individuo a una concentración de oxígeno del 100% y a una presión atmosférica superior a la normal de una atmósfera de presión absoluta) o de cabinas hipobáricas (simulan estancias en altitud que aumentan el nivel de hematocrito)⁵³⁵.

En la segunda clase (apartado M2), se contemplan las técnicas de manipulación química y física, tales como la manipulación o el intento de manipulación de las muestras tomadas durante los controles de dopaje, y las perfusiones intravenosas.

Por último, se prohíbe el dopaje genético (apartado M3). En particular, se indica que quedan vetadas las siguientes actividades “con capacidad para mejorar el rendimiento deportivo”: la transferencia de polímeros de ácidos nucleicos o análogos de ácidos nucleicos; y la utilización de células normales o genéticamente modificadas. Se recoge aquí la prohibición de recurrir a la tecnología genética para usos dirigidos a optimizar las capacidades de los deportistas fuera del ámbito de la medicina⁵³⁶. Desde comienzos de siglo la AMA se ha mostrado muy preocupada por el posible empleo del avance de la genética en el mundo deportivo, entre otras, por las posibilidades que ofrece la terapia génica para promover el crecimiento muscular, ralentizar el envejecimiento, o aumentar la producción de glóbulos rojos mejorando la oxigenación de la sangre y, por tanto, el rendimiento deportivo. Esta preocupación la ha llevado a celebrar diversas conferencias sobre dopaje genético y a destinar una buena parte de su presupuesto a desarrollar un programa de investigación sobre el tema a fin de conocer mejor sus implicaciones y diseñar sistemas para su detección (que, por ahora, se desconoce si existen)⁵³⁷. Sin

⁵³³ Por lo que respecta a esta última, se enumeran, a título de ejemplo, los productos químicos perfluorados, efaproxiral (RSR13) y los productos de hemoglobina modificada, aunque se reitera que caben otros que sirvan al mismo fin, continuando con la dinámica ampliatoria que caracteriza al listado en general.

⁵³⁴ Declaran que no serán idóneas para considerarse formas del objeto material del delito de dopaje, por no figurar en la lista del CSD: CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 85; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 443; *id.*, “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 95.

⁵³⁵ El empleo de cámaras de oxígeno para mejorar la recuperación y el rendimiento es una práctica legal en el contexto deportivo, no prohibida por la AMA. Se utilizan en diversas modalidades deportivas (fútbol, tenis, ciclismo, atletismo, natación, etc.). Véase, al respecto, “El oxígeno, el oro invisible de los deportistas”, en <http://www.abc.es/deportes/20140216/abci-invisible-oxigeno-201402152010.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁵³⁶ Entre otras cuestiones, plantea las dificultades existentes para ofrecer un concepto cerrado de dopaje genético, HERNÁNDEZ SAN JUAN, I., “El dopaje genético”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, págs. 91-109. Asimismo, véase LÓPEZ FRÍAS, F. J., *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, cit., págs. 54-65.

⁵³⁷ Respecto a la labor desarrollada por la AMA en relación con el dopaje genético, véase la entrevista realizada en 2007 al Profesor Friedmann, Presidente de la Comisión de expertos de dopaje genético de la AMA, en *Play True*

embargo, la inclusión de este procedimiento en el listado tiene, por el momento, un carácter preventivo, pues no se conocen con certeza casos en los que se haya utilizado⁵³⁸ (aunque sí se tiene constancia de personas involucradas en el deporte que se han mostrado muy interesadas)⁵³⁹.

3.2. *Sustancias y métodos prohibidos en competición*

Además de las categorías descritas en el bloque anterior, en este grupo se añaden cuatro clases de sustancias: los estimulantes (apartado S6), los narcóticos (apartado S7, que abarca, entre otros, la heroína o la morfina), los cannabinoides (apartado S8, que recoge naturales, como el hachís o la marihuana, y sintéticos) y los glucocorticoides (apartado S9). Entre los primeros se comprenden los estimulantes no específicos (así, anfetamina o cocaína, entre otros) y los específicos. Estos últimos, “incluyen pero no se limitan a” diversos elementos, algunos de los cuales solo se prohíben si se superan ciertos límites (por ejemplo, efedrina y catina), así como “otras sustancias con estructura química similar o efecto(s) biológico(s) similar(es)”. Se establece alguna excepción en función del uso que se realice de algún estimulante específico, y se indican expresamente algunos que no se consideran prohibidos, como la cafeína. En lo que atiene a los glucocorticoides, la prohibición les alcanza solo cuando se administren por vía oral, intravenosa, intramuscular o rectal, con lo que su uso tópico, por ejemplo, está permitido.

3.3. *Sustancias prohibidas en ciertos deportes*

El catálogo termina con la mención a dos clases de elementos que solo se proscriben en determinados deportes. De una parte, el alcohol (apartado P1), que se prohíbe en competición, y para el que se fija un umbral de infracción equivalente a una concentración en sangre de 0,10 gramos por litro. Las actividades deportivas a las que

Magazine-Science: honing in on doping, núm. 2, 2007, disponible en https://wada-main-prod.s3.amazonaws.com/resources/files/PlayTrue_2007_2_Science_Honing_In_On_Doping_SP.pdf [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁵³⁸ En 2006 se extendió la sospecha de que un entrenador de atletismo alemán había utilizado con atletas femeninas reboxygen, una versión genética de la EPO, aunque no logró probarse.

⁵³⁹ Sobre ello, recogiendo además opiniones de reconocidos investigadores en terapias génicas y del director de la AMA, véase “Dopaje genético, la tormenta que se avecina en el deporte”, en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/01/140113_salud_deporte_doping_genetico_gtg [última consulta: 31 de marzo 2016].

afecta la restricción son la aeronáutica, el automovilismo, la motonáutica y el tiro con arco. De otra parte, los betabloqueantes (apartado P2), que no se permiten dentro ni fuera de competición cuando se trate de modalidades como el tiro olímpico y el tiro con arco, y que se vetan solo para competir en otros deportes como automovilismo, billar, dardos, golf y algunas modalidades específicas de esquí, snowboard y actividades subacuáticas.

4. ALGUNAS CONSIDERACIONES CRÍTICAS SOBRE LA LISTA DE SUSTANCIAS Y MÉTODOS PROHIBIDOS

Una vez examinado el contenido que presenta el catálogo de sustancias y métodos prohibidos, es preciso detenerse a exponer una serie de reflexiones que se desprenden de su análisis y que han de tomarse en cuenta en orden a determinar el alcance de la norma de complemento en la esfera penal.

En primer lugar, he de insistir en que la utilización sistemática de cláusulas como “otras sustancias con estructura química similar o efecto(s) biológico(s) similar(es)”, “incluyen pero no se limitan a” o “aunque no exclusivamente”, pone en evidencia que se trata de un listado que no es cerrado y conlleva, a mi juicio, una importante inconcreción que no parece compatible con el principio de legalidad, y no solo en la esfera penal, sino también en el ámbito del Derecho administrativo sancionador⁵⁴⁰. Efectivamente, la seguridad jurídica puede verse afectada a resultas de la imprecisión en un doble sentido pues, por una parte, puede conducir a complejas situaciones en las que se traslada al juzgador el problema, al tener que tomar la decisión acerca de la relevancia penal de una sustancia no prevista específicamente, lo que supone dejar al

⁵⁴⁰ Puntualizan que la incompatibilidad con el principio de legalidad se produce tanto en su dimensión administrativo-disciplinaria como jurídico-penal, DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 274. Por lo que concierne a la quiebra de este principio en el ámbito del Derecho administrativo, PALOMAR OLMEDA señala que en la elaboración de la lista se ha utilizado, además de un criterio identificativo, un criterio analógico que resulta difícilmente compatible con un esquema sancionador público mínimamente seguro, en “La problemática actual de la represión del dopaje: problemas jurídicos”, DE ASÍS ROIG, A. /HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 47-49. Al respecto, como relata RODRÍGUEZ GARCÍA, el propio Tribunal Arbitral del Deporte ha reconocido que de manera general y abstracta la aplicación de la fórmula que se utiliza en el listado de la AMA para incluir sustancias similares a las prohibidas entraña ciertas dificultades y cuestiones sobre la delimitación. Por ello, ha llegado a afirmar que las sustancias que no estén expresamente prohibidas o no puedan considerarse similares a estas no pueden dar lugar a sanciones disciplinarias (decisión CAS 2005/C/841 y laudo TAS 2005/A/922), en “La AMA y su reglamentación”, cit., pág. 90. También el mismo autor, aunque en relación con los listados que fueron aprobados sucesivamente en el año 2007, alude a la indeterminación, contraria a los principios de tipicidad y seguridad jurídica, refiriéndose al ya habitual giro que incluye entre las sustancias prohibidas otras que tengan una estructura química o efectos biológicos similares, en “Los problemas derivados de la entrada en vigor de las distintas listas de sustancias y métodos prohibidos en el deporte”, *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, pág. 57. En igual sentido, en referencia a las listas anteriores a 2005, NARANJO ORELLANA, J., “La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, pág. 186.

arbitrio judicial la determinación de los límites del injusto típico⁵⁴¹; y, por otra parte, dificulta que los ciudadanos puedan prever las consecuencias de sus actos, al no contar con la posibilidad de conocer fehacientemente cuáles son las sustancias específicamente prohibidas por la norma administrativa.

En segundo lugar, y al hilo de lo anterior, es conveniente señalar que, dada la extensa casuística que recoge la lista y el nivel técnico que presenta⁵⁴², parece que en muchas ocasiones resultará complejo que el sujeto activo pueda llegar a tomar conocimiento de que la sustancia que proporciona es una de las que prohíbe la resolución del CSD, con lo que queda expedita la posibilidad de invocar la concurrencia de error sobre este elemento típico⁵⁴³. Si el dolo implica que el sujeto tenga, entre otros extremos, consciencia de que aquello que proporciona es una sustancia prohibida, creo que no siempre será fácil acreditarlo, salvo que se trate de un profesional con la formación técnica adecuada o de medicamentos de curso legal que indiquen en su prospecto el riesgo de dar positivo por dopaje⁵⁴⁴. Asimismo, entiendo que, según el caso, ni siquiera estar en posesión de los conocimientos apropiados será una garantía suficiente, porque el carácter abierto del listado deja margen a la posibilidad de considerar prohibida cualquier sustancia de nueva creación que pueda ser análoga a otras, o tener efectos similares, y que podría ser desconocida por el sujeto precisamente por su carácter novedoso. En este último sentido, la indefinición referida puede determinar también la presencia de errores relacionados con el objeto material que habrán de resolverse por la vía del artículo 14 del Código penal o, simplemente, la ausencia de dolo.

En tercer y último lugar, he de poner de manifiesto el carácter heterogéneo del listado y sus consecuencias en la conformación del objeto material del delito de dopaje.

⁵⁴¹ Así, por lo que atañe a la prohibición de indeterminación o imprecisión, señala LUZÓN PEÑA que la conculcación del aspecto de seguridad jurídica del principio de legalidad acaba significando dejar en manos del juez la precisión de los límites, vulnerando así la exclusividad del legislativo en la materia, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 5/18.

⁵⁴² Aluden a que el listado presenta un contenido y una casuística “absolutamente ininteligible”, salvo que se cuente con asistencia técnica de alto nivel, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 52; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 28.

⁵⁴³ TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 28. PRATS WESTERLINDH considera que la cuestión más problemática se refiere a la necesidad de conocer la normativa administrativa y que lo facilitado al deportista está prohibido en la legislación deportiva. Al respecto, entiende que lo procedente será determinar el grado de conocimiento en función de las condiciones personales, particulares y circunstanciales del autor, estableciendo distinciones según el sujeto activo sea un médico, otro deportista o una persona desvinculada del deporte, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 78. Para CORTÉS BECHIARELLI será difícil invocar supuestos de error en el ámbito del entorno de los deportistas no recreacionales, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 94.

⁵⁴⁴ Sobre el papel del médico de atención primaria en relación con las sustancias dopantes y su responsabilidad en los positivos por dopaje, véase CASAJÚS MALLÉN, J. A., “Dopaje, salud y deporte”, en *Información Terapéutica del Sistema Nacional de Salud*, vol. 29, núm. 1, 2005.

Con carácter previo a exponer el contenido del catálogo explicaba que, de acuerdo con el CMA, basta con que concurran dos de los tres criterios que se enumeran en el artículo 4.3. para determinar la prohibición de una sustancia o de un método; esto es, que tenga la capacidad de mejorar el rendimiento deportivo; que plantee un riesgo real o potencial para la salud del deportista; o que su uso vulnere el espíritu del deporte. Asimismo, ponía de relieve que esta flexibilidad a la hora de combinar los criterios posibilita que se incluyan componentes o procedimientos que no sean peligrosos para la salud o que lo sean mínimamente, pues es suficiente con que el elemento de que se trate favorezca el rendimiento deportivo y suponga una quiebra del espíritu deportivo, concepto este que se describe en la introducción del Código de un modo bastante vago⁵⁴⁵. Pues bien, justamente, un análisis más exhaustivo muestra que la lista que aprueba el CSD no es uniforme, sino que describe sustancias y técnicas que no responden a un mismo patrón, de manera que cabe encontrar elementos de variada naturaleza, según las pautas que se hayan aplicado para incorporarlos al elenco.

Así, por lo que se refiere a las primeras, se aprecia que, por un lado, aparecen sustancias que podrían considerarse inocuas (por ejemplo, el gas xenón⁵⁴⁶); algunas que presentan una nocividad real (la cocaína, la estricnina); y otras que no son nocivas en sí mismas, sino que pueden serlo por un uso abusivo, por ejemplo si se administran en dosis elevadas, o como consecuencia de un consumo continuado (los anabolizantes esteroides, la EPO o la insulina)⁵⁴⁷. Es más, muchas de las que figuran son

⁵⁴⁵ En la introducción al CMA se declara que “el espíritu deportivo es la celebración del espíritu humano, el cuerpo y la mente, reflejados en valores que hallamos en el deporte, como: ética, juego limpio y honestidad; salud; excelencia en el rendimiento; carácter y educación; alegría y diversión; trabajo en equipo; dedicación y compromiso; respeto de las normas y de las leyes; respeto hacia uno mismo y hacia los otros; participantes; valentía; espíritu de grupo y solidaridad”. Subraya que estos elementos provocan sensación de vaguedad y a su vez se solapan entre sí, señalando además que estas características no son exclusivas del deporte, sino que pueden pertenecer a muy diversas disciplinas, LÓPEZ FRÍAS, F. J., *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, cit., págs. 106-107.

⁵⁴⁶ La incorporación de este gas noble a la lista tuvo lugar el 1 de septiembre de 2014, por la alarma que desencadenó la noticia de que los atletas rusos los habían utilizado durante muchos años con la idea de mejorar su rendimiento antes de las competiciones internacionales. El xenón se aplica en usos industriales y como anestésico en el campo médico. Su prohibición obedece a que incrementa la producción de una proteína conocida como “factor de hipoxia inducible 1” o HIF1, que a su vez estimula la producción natural de eritropoyetina (EPO), hormona que regula el número de glóbulos rojos en la sangre, los encargados de transportar oxígeno a los músculos, con la consecuencia de aumentar la resistencia. Aunque la AMA considera que si se usan en grandes cantidades pueden dañar la salud, existen opiniones en la literatura científica que lo desmienten y que declaran que es bastante seguro, más que las cámaras de hipoxia que, sin embargo, no están prohibidas. Así pues, no está claro que sean razones de protección de la salud las que están detrás de la prohibición, sino que más bien parece que se trata de preservar la pureza de la competición frente a una práctica que puede desembocar en una mayor capacidad física. Al respecto, véase, “Xenon y argón: cómo los deportistas se dopan con los gases de las lámparas”, disponible en http://www.bbc.com/mundo/noticias/2014/09/140831_deportes_dopaje_xenon_argon_az [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁵⁴⁷ Ponen de relieve que el listado recoge sustancias muy diferentes en cuanto a su nocividad, entre otros, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “¿Necesita el deporte la tutela del Derecho penal?”, cit., págs. 77-79; *id.*, “La protección penal”, cit., pág. 573; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 14; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 438; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 46 (que lo califica de caprichoso y resalta que se incluyen incluso

medicamentos cuyo uso es legítimo con fines terapéuticos y que consumidos de acuerdo a las prescripciones de su preparación y empleo no son perjudiciales para la salud⁵⁴⁸. Sin embargo, su detección, sea cual sea la cantidad aplicada (salvo las excepciones que fijan umbrales mínimos), determina la correspondiente sanción disciplinaria, aun cuando no haya existido peligro alguno para el deportista. Por añadidura, en lo que atiene a las sustancias potencialmente tóxicas, se observa también un desequilibrio en cuanto al riesgo que pueden comportar, pues se incluyen algunos productos cuyos efectos para la salud en caso de abuso podrían ser verdaderamente perniciosos y otros cuyas consecuencias negativas tienen poca relevancia (así, los broncodilatadores, que son considerados entre los deportistas como una “alternativa segura” a los esteroides anabólicos androgénicos, por su bajo nivel de riesgo⁵⁴⁹)⁵⁵⁰.

productos para curar un resfriado); RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 5; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 72. Cuestiona la peligrosidad de los elementos prohibidos, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 5, que señala que en muchos casos se trata de medicamentos y que precisamente esta naturaleza de las sustancias es la que lleva a que no ocurra como en drogas y se adelanta la punibilidad de la conducta a momentos antes de la puesta en peligro. Asimismo, ESER, A., “Deporte y Justicia penal”, cit., pág. 65, que declara que aunque en la bibliografía especializada se parte de que casi todas las sustancias tienen repercusiones negativas en la salud, lo cierto es que se incluyen tranquilizantes que se pueden encontrar sin receta. En la misma línea, QUERALT JIMÉNEZ recalca que las sustancias o los métodos no parecen demasiado peligrosos, aludiendo específicamente a los elementos que se prohíben en determinados deportes o en determinadas competiciones, cuya peligrosidad considera que debe ser nula si su uso está permitido fuera de estos casos, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., págs. 1080-1081. Para MUÑOZ CONDE, sin embargo, el fundamento de la incriminación de las conductas tipificadas reside en la “nocividad intrínseca” de las sustancias y métodos dopantes, cuyo consumo en la práctica de actividades deportivas pone realmente en peligro la salud de quienes los consumen, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 563. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, se admite que hay sustancias o métodos dopantes que presentan una nocividad intrínseca y, también, otras que comportan una peligrosidad relativa, como derivación de la repetición de la ingesta o de las circunstancias del sujeto pasivo (SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre).

⁵⁴⁸ PALOMAR OLMEDA advierte de que el esquema esencial del dopaje no proviene en sí mismo de las sustancias y su ilicitud, sino de su utilización o suministro indebido. Se trata, en su opinión, de productos válidos (medicamentos legales o productos de consumo públicamente controlados), por lo que considera que el esquema que hay que manejar al hablar de dopaje es el de “productos válidos y utilización inválida”, en “Las alternativas en la represión del dopaje deportivo”, cit., pág. 55. Estoy de acuerdo con este autor en que muchos casos de dopaje derivan de un uso abusivo de productos legales y controlados, pero no hay que desconocer que, además de medicamentos, la norma recoge algunas drogas y, por añadidura, existe un mercado negro en el que es posible obtener todo tipo de preparados fabricados clandestinamente, sin control alguno en cuanto a su composición, y que pueden presentar concentraciones peligrosas por sí mismas de sustancias dopantes.

⁵⁴⁹ La Universidad Técnica de Munich proporciona información pormenorizada acerca de cómo actúan en el organismo las sustancias enumeradas en la lista y cuáles son los riesgos para la salud a ellas asociados. Puede consultarse en <http://www.doping-prevention.sp.tum.de/es/substances-and-methods/beta-2-agonists/beta-2-agonists.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁵⁵⁰ En relación con la nocividad potencial de las sustancias prohibidas, se cuestiona hasta qué punto son dañinas para la salud. Así, LÓPEZ FRÍAS reflexiona sobre ello y se pregunta si puede considerarse tóxica aquella que se aplica bajo supervisión médica. Del mismo modo, plantea el carácter relativo de la nocividad, pues cualquier cosa llevada al extremo es negativa, incluso la que pueda parecer más inocua. Entre los autores que consideran exagerado el argumento del daño físico que se utiliza para justificar la represión del dopaje, cita a varios que se muestran claramente escépticos. En particular, BUTCHER y SCHEIDER, que expresan la necesidad de mejorar los estudios sobre los efectos de las técnicas de dopaje en el cuerpo humano pues, a su juicio, no queda del todo probado que determinadas sustancias, como los anabolizantes, sean tan perjudiciales para la salud como reclaman las principales campañas antidopaje. En igual sentido, da cuenta del trabajo realizado por BERNAT LÓPEZ, quien indica que ha comprobado que el rechazo de ciertas sustancias como la EPO o la hormona del crecimiento “está basado en una mentira”, pues los estudios empíricos no acreditan fehacientemente que provoquen los efectos dañinos que se les

De otro lado, en la lista se incluyen elementos que carecen directamente de efectos sobre el rendimiento deportivo, como es el caso de los antagonistas hormonales y moduladores, algunos de los cuales se utilizan para enmascarar los efectos secundarios del abuso de esteroides, o los diuréticos, que sirven para “apantallar” el consumo de sustancias prohibidas y evitar su detección en los controles de dopaje. Junto a estos, se describen otros cuya acción ergogénica no se acepta unánimemente en la comunidad científica como, por ejemplo, los glucocorticoides, respecto de los que algunos estudios afirman rotundamente que no mejoran el rendimiento deportivo (ni, tampoco, perjudican la salud)⁵⁵¹. En estos casos, la prohibición se realiza con carácter preventivo, ante el riesgo de que eventualmente sí actúen positivamente en las condiciones del deportista. En cuanto a los que sí inciden en el rendimiento, se relacionan sustancias que mejoran las capacidades físicas; algunas que no lo hacen en absoluto, más bien al contrario, y tienen consecuencias, si acaso, tan solo de tipo psicológico (por ejemplo, el alcohol, cuyo abuso puede coadyuvar a reducir la tensión y la ansiedad, o a aumentar la confianza en sí mismo y promover la agresividad, o los cannabinoides, que básicamente generan un estado de relajación y bienestar, eufórico o disfórico); y, en fin, otras que simultáneamente producen un doble efecto mejorador, físico y psíquico (por ejemplo, las anfetaminas o los narcóticos analgésicos). En este punto, llama la atención que no se haya previsto la introducción de productos farmacológicos que se utilizan en el denominado “dopaje emocional”, como el conocido antidepresivo “Prozac”, que pueden potenciar el rendimiento deportivo, afectar negativamente a la salud y a los valores del deporte⁵⁵².

Así pues, se constata la referida heterogeneidad, que se produce como consecuencia de la unificación de las prohibiciones bajo criterios diversos, equiparando en el orden administrativo sustancias dispares en cuanto a su peligrosidad y a sus efectos en el organismo.

achacan como, por ejemplo, que la EPO vuelva más viscosa la sangre, en *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, cit., pág. 155.

⁵⁵¹ Así, CÓRDOVA MARTÍNEZ, A., “Los glucocorticoides y el rendimiento deportivo”, en *Revista Clínica Española*, vol. 206, núm. 8, 2006, disponible en <http://www.revclinesp.es/en/los-glucocorticoides-el-rendimiento-deportivo/articulo/13090505/> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁵⁵² Realiza un estudio del dopaje emocional y sus repercusiones para la salud, para el rendimiento deportivo y la ética deportiva, declarándose a favor de prohibir los denominados *mood enhancers* como el Prozac, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “La lista interminable: la lista de sustancias dopantes prohibidas y el dopaje emocional en el deporte”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 129-155. Apuntan la ausencia del “doping psicológico”, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 115.

Por lo que se refiere a los métodos, se reproduce parcialmente el esquema. Qué duda cabe de que la manipulación de muestras tomadas durante los controles de dopaje para alterar su integridad y validez carece de repercusión alguna para la salud del deportista⁵⁵³. Asimismo, se cuestiona hasta qué punto el dopaje sanguíneo puede suponer un menoscabo para la salud, especialmente cuando se trata de sangre autóloga y se realiza bajo control médico y con las debidas garantías higiénico-sanitarias⁵⁵⁴. Y, también, que en un afán de ir por delante de los que la AMA denomina “tramposos”, se opere sobre especulaciones y se incluya el dopaje genético, cuando aún no se han detectado casos y las tecnologías de transferencia genética se encuentran todavía en fase experimental. En cuanto a la eficacia sobre el rendimiento, salvo la manipulación de muestras, el resto de técnicas parece que conllevan una mejora de la capacidad física del deportista, fundamentalmente en deportes de resistencia.

Ante este estado de cosas, puede afirmarse que esta conformación de la lista, que abarca desde drogas a medicamentos, pasando por sustancias inocuas, pone en evidencia que los componentes y los métodos que engloba no presentan como nota común la de ser nocivos en sí mismos para la salud, pues el eventual perjuicio para la salud dependerá en muchos casos de que se haga un uso desviado y sin control médico. En este momento, no está de más recordar que todo exceso puede terminar siendo dañino para la salud, aunque se trate de sustancias absolutamente inofensivas.

Más bien el factor aglutinante parece ser que todos ellos se caracterizan porque su utilización o su consumo deriva o puede derivar (cuando se trata de productos cuya acción ergogénica es incierta) en una práctica deportiva fraudulenta, contraria al juego

⁵⁵³ En el entendimiento de que la manipulación se realiza sobre la muestra biológica obtenida, y sin considerar como “manipulación” el consumo de agentes enmascarantes, a los que se dedica específicamente uno de los apartados sobre sustancias prohibidas (S5). Por ejemplo, impregnando el recipiente de orina con un polvo de proteasas, enzimas que degradan los elementos ilegales de naturaleza proteica como la EPO; o utilizando artilugios que reproducen el órgano genital masculino y que están adosados a un depósito de orina “limpia” que es la que se deposita como muestra en lugar de la original. Sobre estos métodos, véase “Nuevos «trucos» que enmascaran los métodos para mejorar el rendimiento de forma artificial”, en <http://www.elmundo.es/salud/2005/642/1134169203.html> [última consulta: 31 de marzo 2016]. Expone otros métodos para atacar el proceso de control de dopaje, MORENO CARRASCO, F., “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, cit., pág. 75.

⁵⁵⁴ ÁLVAREZ VIZCAYA destaca que el método de las transfusiones consigue mejorar el rendimiento físico debido al incremento de hematías, pero que el perjuicio para la salud solo puede concretarse en la posibilidad de transmisión de enfermedades infecciosas (sida, hepatitis), que no existe cuando, como es frecuente, se trata de autotransfusiones, en “La protección penal”, cit., pág. 573; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 14. También BELESTÁ SEGURA, que declara que si se lleva a cabo con las debidas garantías higiénico-sanitarias no parece que *a priori* suponga un menoscabo para la salud del que ha recibido la transfusión de su propia sangre, en “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 6-8; SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “Evaluación de las directrices de política criminal a las que responde el nuevo delito de dopaje (art. 361 bis Cp)”, cit., pág. 60. Asimismo, véase la SJP nº 21 de Madrid 144/2013, de 29 de abril, que resolvió sobre la “Operación Puerto”, y en la que se ponen de manifiesto opiniones discordantes entre los peritos respecto al peligro de las autotransfusiones.

limpio⁵⁵⁵. Esto sucede con todos los elementos que llevan –o pueden llevar– aparejado un incremento de las capacidades físicas o psicológicas de los consumidores que les permita competir con ventaja⁵⁵⁶; en los supuestos de manipulación de muestras, en los que el fraude no se produce a través de la persona del deportista, sino actuando directamente sobre la prueba biológica; y, asimismo, cuando se trata de productos enmascarantes, que directamente no afectan a las condiciones psicofísicas, pero ocultan la ingestión fraudulenta. Sin embargo, si esta es la verdadera razón de fondo, como parece, resulta incoherente que no se recojan procedimientos mejoradores como las terapias de oxígeno de las que, además, se afirma que comportan riesgos para la salud⁵⁵⁷. Asimismo, se aprecia que al focalizar la selección de los elementos dopantes en su capacidad para afectar a la pureza de la competición se produce alguna incongruencia con las exigencias que requiere el CMA para la elaboración del listado, como ocurre con la inclusión de los casos en los que simplemente se actúa artificialmente sobre una muestra para ocultar un “positivo” por dopaje, en los que no concurren los dos criterios mínimos que marca el Código. Esto no significa que la protección de la salud no sea un parámetro a tener en cuenta por la AMA a la hora de confeccionar la lista de sustancias prohibidas pero, a la vista de su contenido, da la impresión de que se otorga primacía a la ética deportiva y los valores a ella ligados cuando se trata de “luchar” contra el dopaje.

Sentado lo anterior, no es de extrañar que las deficiencias que presenta el catálogo de componentes y procedimientos vetados, por su imprecisión y por su falta de uniformidad, hayan suscitado importantes críticas, no solo en la doctrina penal, sino también en la esfera del Derecho administrativo. Precisamente, en esta última, se subraya que el argumento del juego limpio no debería ser suficiente para confeccionar la lista y se insiste en la necesidad de reducir su extensión y dar primacía a la peligrosidad para la salud a la hora de clasificar una sustancia o un método como prohibido⁵⁵⁸.

⁵⁵⁵ En este sentido, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “¿Necesita el deporte la tutela del Derecho penal?”, cit., págs. 77-79.

⁵⁵⁶ Con todo, es preciso matizar, por lo que se refiere a las sustancias que son drogas, que si bien objetivamente pueden favorecer determinadas capacidades, puede ocurrir con frecuencia que su consumo no responda a la intención de aumentar el rendimiento y obtener una ventaja competitiva, sino que se trate de una ingestión que obedezca a motivaciones de tipo recreativo o social, lo que parece alejado del fenómeno de dopaje en sentido estricto. Al respecto, véase NARANJO ORELLANA, J., “La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista”, cit., págs. 181-182.

⁵⁵⁷ Sobre ello, véase el artículo de salud para el consumidor de la Agencia del Medicamento de Estados Unidos, “No se deje engañar por la terapia de oxígeno hiperbárico”, en <http://www.fda.gov/ForConsumers/ConsumerUpdates/ucm367567.htm> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁵⁵⁸ Así, NARANJO ORELLANA, J., “La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista”, cit., págs. 184-186. Este autor considera que el argumento del juego limpio no basta para que una

Con todo, llegados a este punto, es importante reseñar que una cosa es el ámbito administrativo, en el que cabría admitir que la sola protección del juego limpio justifique la prohibición y la correlativa sanción; y otra cosa es el ámbito penal. El hecho de que se proporcionen sustancias o se apliquen procedimientos no permitidos de acuerdo con la resolución del CSD, en principio, no constituye más que una infracción administrativa. Sin embargo, ello no significa que la ilicitud del elemento concreto en ese sector del ordenamiento jurídico deba equipararse con la ilicitud penal⁵⁵⁹. Aquí, el injusto típico requiere para que el objeto de la acción sea relevante penalmente, además de que figure en la lista de prohibiciones, que esté destinado alternativamente a aumentar las capacidades físicas del deportista o a modificar los resultados de las competiciones. Además, se exige que ponga en peligro la vida o la salud del deportista, lo que marca definitivamente los contornos de la tipicidad de este elemento. De este modo, conforme he indicado más arriba, en cada caso concreto habrá de verificarse que el componente o el método dopante que se haya transmitido o utilizado cumple también con tales prescripciones, de las que me ocuparé a continuación.

sustancia figure en el listado. A su juicio, este criterio solo adquiere entidad si se pone en conexión con la exigencia de que represente un peligro para la salud del deportista lo que, sin embargo, no sucede en la práctica, pues la lista está plagada de ejemplos contradictorios. Por ello, afirma que solo debería comprender aquellos grupos de sustancias que suponen una clara ventaja para el consumidor y representan un grave riesgo para la salud, como la hormona del crecimiento o los anabolizantes, y sugiere realizar una revisión crítica de la relación. LÓPEZ FRÍAS recuerda que el que fuera presidente del COI, José Antonio Samaranch, instó en su momento al Comité a definir claramente en qué consiste el dopaje, con el fin de reducir la enorme lista de productos y métodos prohibidos y en la línea de que el daño físico al deportista sea el único criterio para excluir una sustancia o intervención médica del deporte, en *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, cit., pág. 114. MILLÁN GARRIDO pone de relieve los principales aspectos de la lista que se cuestionan y que llevan a la doctrina a proponer una lista cerrada, sin imprecisiones y con criterios uniformes y exactos. En concreto, menciona críticamente que se hayan incluido sustancias cuyas consecuencias sobre el rendimiento deportivo se desconoce, sustancias con dificultades para su detección o evaluación, sustancias con condicionantes de positividad extraanalíticos, sustancias enmascarantes con imprecisa determinación, etc. Asimismo, subraya que desde sectores médicos se valora negativamente que el listado abarque sustancias no perjudiciales para la salud y otras que no lo son a dosis terapéuticas, impidiendo en muchos supuestos el adecuado tratamiento de determinadas patologías sufridas por el deportista, en “La lista de prohibiciones”, MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 130-131. GÓMARA HERNÁNDEZ, sin embargo, está de acuerdo en que se apliquen dos de los tres criterios que establece el CMA para añadir una sustancia o un método a la lista, aun cuando no sea perjudicial para la salud, en *Dopping. El régimen jurídico del dopaje*, cit., pág. 56.

⁵⁵⁹ Insiste particularmente en este extremo ÁLVAREZ VIZCAYA, “La protección penal”, cit., págs. 572-573; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 14. En su opinión, los términos ilicitud y nocividad no van de la mano, pues la ilicitud en el ámbito deportivo no viene dada por la nocividad de la sustancia, ni por el peligro que pueda causar a la salud de quien la ingiere, sino que su ilegitimidad va asociada básicamente al fraude en la competición. Por ello, concluye que cuando se habla de sustancia prohibida no puede hacerse coincidir su significado con el de sustancia nociva, pues alguna devienen nocivas no *per se*, sino por la reiteración o por las dosis abusivas de su ingesta, y otras no presentan nocividad alguna, sino que simplemente son capaces de aumentar el rendimiento físico sin causar perjuicio alguno a la salud.

II. EL DESTINO DE LAS SUSTANCIAS Y MÉTODOS PROHIBIDOS

1. LA NATURALEZA DEL REQUISITO

El estudio individualizado de cada una de las exigencias alternativas en la configuración típica del objeto material precisa, con carácter previo, detenerse a analizar la naturaleza de este requisito teleológico cuya formulación resulta excesivamente ambigua⁵⁶⁰.

La doctrina dominante considera que la expresión “destinadas a aumentar las capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones” se refiere a una finalidad de la conducta típica. De acuerdo con ello, se sostiene que constituye un elemento subjetivo del injusto, adicional al dolo, formulado en dos hipótesis alternativas (o dos elementos subjetivos del injusto), en el sentido de que la actuación del autor ha de estar guiada por la intención de que las sustancias que suministra o los métodos que aplica sirvan para mejorar las condiciones físicas del deportista o para alterar los resultados de los eventos deportivos. También, sobre esta base, se afirma por algunos autores que estamos ante un delito de resultado cortado, que no demanda para su consumación que efectivamente se hayan logrado tales fines⁵⁶¹. A mi juicio, sin

⁵⁶⁰ En este sentido, PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, cit., pág. 52. En su opinión, esta característica del artículo 362 quinquies del Código penal resulta excesivamente ambigua e indeterminada, lo que concede un cierto margen de discrecionalidad al juzgador.

⁵⁶¹ Sostienen que el tipo exige la concurrencia de uno o dos elementos subjetivos del injusto: CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250 (en referencia expresa a que la conducta se realice con la finalidad de aumentar las capacidades físicas); DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1238; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 96; MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., págs. 50-51; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 564. Sustentan en el elemento subjetivo la caracterización del delito como de resultado cortado, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 92 (calificándolo expresamente como un delito “de tendencia interna trascendente”); DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 54; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 891 (que afirma que la conducta típica se endereza a la consecución de un resultado ulterior, cifrado en alguno de los dos fines que señala el precepto, otorgando al elemento subjetivo la función de adelantar el momento de la consumación típica). Para CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., pág. 136, la utilización del participio pasado “destinados”, “configura la presencia de un elemento subjetivo del injusto, que acompaña al dolo en el tipo subjetivo, o bien de un elemento de tendencia interna intensificada, dado el matiz y significados del verbo destinar”. A su juicio, las sustancias, grupos o métodos tienen que haber sido administrados, ofrecidos o facilitados, en suma, con el propósito de aumentar las capacidades físicas del deportista o de modificar los resultados de las competiciones. En este sentido, se apoya en la legislación italiana, a la que se ha seguido en parte. Por su parte, ÁLVAREZ VIZCAYA considera, por lo que respecta al destino a aumentar la capacidad física, que es la finalidad o tendencia de la conducta. En lo que se refiere a “modificar el resultado de las competiciones”, señala que “simplemente se nos indica que la ingesta va encaminada a conseguir un buen resultado deportivo, independientemente de que este se alcance o no”, pero no especifica si el comportamiento típico ha de orientarse también en esta dirección, en “La protección penal”, cit., págs. 573-574; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 15. De la misma opinión, VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. págs. 72-73. RÍOS CORBACHO no se refiere expresamente a un elemento subjetivo del injusto, pero alude a un elemento finalístico y afirma que “si las sustancias

embargo, es discutible que estemos ante un especial elemento de carácter subjetivo; más bien creo que, en realidad, la referencia al destino no constituye más que la exigencia de una aptitud concreta de la sustancia o el método sobre la que ha de proyectarse el dolo del autor que, además, cumple la función principal de acotar el objeto de la acción, ubicándolo en el concreto contexto deportivo al que se refiere el precepto⁵⁶².

En efecto, desde un punto de vista objetivo, ya he referido que parece que el papel que desempeña este condicionamiento en el tipo, conectado sintácticamente al objeto material, no es otro que delimitar la clase concreta de sustancias y de métodos sobre los que ha de recaer la conducta típica. Justamente para ello, el enunciado normativo señala dos notas que los caracterizan como elementos dopantes, de modo que con la referencia a esas cualidades que potencialmente deben reunirse se fija el ámbito de la remisión normativa y se determina cuál es la disposición de complemento que ha de integrar el injusto. Y es que, si no se aludiera a la idoneidad de los elementos para incrementar el rendimiento deportivo u obtener una ventaja competitiva, fines estos que podrían considerarse inherentes al fenómeno del dopaje, cabría dudar respecto a cuál es el alcance del envío legislativo, pues podría recurrirse a otra clase de catálogos distintos a

se ofrecen o suministran con otros fines no habrá delito”, en *Palabra de fútbol y Derecho penal*, cit., pág. 25. En la misma línea, aunque tampoco menciona expresamente a los elementos subjetivos, FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, cit., pág. 1523, que declara que la conducta debe estar dirigida a incrementar la capacidad o a modificar los resultados competitivos, “bastando con la persecución de uno de ambos objetivos para la apreciación del tipo”. Del mismo modo, GARCÍA ARÁN insiste en que sea cual sea el comportamiento, debe tener como finalidad aumentar la capacidad física o alterar el resultado de la competición, de modo que si los productos suministrados ponen en peligro la vida o la salud del deportista pero no se pretende con ello alguno de estos fines, los hechos deberían llevarse, en su caso, al artículo 360 del Código penal, que impone una pena menor, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 209 y 212. En la jurisprudencia puntualizan que las dos específicas finalidades descritas en el tipo penal conforman sendos elementos subjetivos del injusto, las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre. También parece entenderlo así el AJI nº 24 Madrid de 4 de julio de 2011, que acuerda el sobreseimiento, entre otras razones, porque no cabe sostener razonablemente que la conducta de los imputados “tuviese como finalidad aumentar la capacidad física [...] o modificar sus resultados en competición”. Sin embargo, no parece alinearse con esta postura la SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio, que cuando se refiere al destino alternativo de las sustancias que prescribe el tipo, alude a que la “ingesta” puede tener una de las dos finalidades. Por lo tanto, se infiere que interpreta esta cláusula en referencia al comportamiento del deportista destinatario de la sustancia, y no a la acción del sujeto activo.

⁵⁶² Mantienen que no se trata de un elemento subjetivo del injusto, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., págs. 117 y 121-122. Estos autores consideran que este requisito tiene cierta objetividad y que más que definir un elemento subjetivo del injusto, constituye una propiedad de la sustancia o del método dopante, que se une a su prohibición y su peligrosidad, aspectos todos ellos sobre los que debe proyectarse el dolo del sujeto. Asimismo, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 535; *id.*, “*Doping* e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de *doping* do art. 361 bis do Código penal español”, cit., págs. 224-225; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 71 (considera que es discutible, pero cree que no); DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 278; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359 (que descarta una interpretación subjetivizante y sostiene que lo decisivo será la objetiva capacidad del método o de la sustancia y no la intencionalidad del sujeto); PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 78 (que opina que son elementos objetivos del tipo que explican la prohibición reglamentaria o legal del uso de la sustancia o del método empleado); ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 53 (a quien le parece acertado, a diferencia de lo que sucede en otros países donde se exige que las conductas se realicen con determinados fines).

la lista que publica el CSD para determinar los componentes y los procedimientos prohibidos en el deporte, que también recogen productos que pueden ser peligrosos para la salud de los deportistas. Al respecto, nótese que la descripción de los comportamientos típicos no contempla específicamente el verbo “dopar” que, pese a los inconvenientes que conllevaría dotarlo de contenido⁵⁶³, serviría para clarificar la clase de sustancias y métodos singulares a los que se refiere la norma. En consecuencia, en el plano objetivo, entiendo que la fórmula legal constituye un herramienta que contribuye a especificar cuál es la norma extrapenal a la que hay que acudir para establecer el contenido del objeto material, circunscribiéndola a la normativa antidopaje en el ámbito de la actividad deportiva.

Adicionalmente, esta referencia estimo que tiene la virtualidad de restringir el radio de acción del tipo, limitando la intervención penal a aquellos supuestos en que, además de concurrir el resto de elementos del delito, se verifique que objetivamente los productos o métodos dopantes implicados eran adecuados para conseguir los fines expresados. Para acreditar este extremo, en mi opinión, no será suficiente con que se pueda afirmar que en abstracto la sustancia o el método eran apropiados para ello, sino que habrá de comprobarse mediante la prueba pericial⁵⁶⁴ correspondiente la aptitud en el caso concreto para mejorar las condiciones físicas o llegar a determinar un cambio en la marca o en los resultados del deportista, atendiendo a las circunstancias concurrentes⁵⁶⁵.

⁵⁶³ Considera acertado que el legislador no haya utilizado el verbo “dopar” para delimitar la conducta típica, al tratarse de un concepto indefinido y en continua evolución, ÁLVAREZ VIZCAYA, M. “La protección penal”, cit., págs. 571-572; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 13.

⁵⁶⁴ Señala GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Dopping. El régimen jurídico del dopaje*, pág. 52, que en el orden contencioso-administrativo los tribunales han aceptado la posibilidad de probar, mediante la correspondiente prueba pericial, que determinada sustancia no aumenta el rendimiento deportivo. Así, la STSJ Madrid 320/2000, de 29 de marzo, en la que no se aceptó la alegación de que la sustancia en cuestión no aumentaba el rendimiento deportivo y no se anuló la sanción porque no vino acompañada de la correspondiente prueba pericial. En esta ocasión, el tribunal consideró que, al encontrarse prohibida, cabía presumir que la razón de la prohibición no era otra que la de que servía para mejorar artificialmente el rendimiento deportivo. No obstante, hay que señalar que la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 18 de junio de 2008, ha tratado un supuesto similar en el que ha declarado no haber lugar al recurso de casación presentado contra la sentencia de la Sala de instancia. En este se alegó indefensión de parte porque no se permitió la práctica de una prueba pericial que explicase si la dosis ingerida podía producir efectos estimulantes y, por tanto, incrementar la capacidad física del deportista. A juicio del Tribunal, el derecho de prueba no es ilimitado y la prueba propuesta era improcedente, dado que para imponer la sanción disciplinaria basta con la presencia de una sustancia prohibida por la Resolución del CSD, con independencia de la dosis. Con todo, aun cuando esta decisión parece adecuada en el orden contencioso administrativo, entiendo que en el orden penal la exigencia legal de que el elemento dopante reúna unas determinadas características comporta la necesaria verificación de este extremo.

⁵⁶⁵ En relación con ello, TORNOS afirma que la indefinición respecto a estas exigencias del tipo es manifiesta y expresa su preocupación ante la posibilidad de que se presuma que cualquier sustancia o método de los que figuran en la lista está “destinado” por definición a aumentar la capacidad del deportista o a alterar el resultado, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., págs. 29-30. En opinión de DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLO la aptitud de la sustancia no debe medirse en abstracto, sino que debe evaluarse en concreto, dadas las características del bien jurídico protegido y de las acciones típicas, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 278. Mantiene una posición distinta PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., págs. 77-78. Este autor afirma que la inclusión del producto o método en la lista parece suficiente para considerarlo como producto o método destinado a aumentar las capacidades físicas o alterar los resultados de las

De este modo, cabe afirmar que el requisito del destino habilitará para excluir la aplicación del delito de dopaje en las hipótesis en las que la conducta haya consistido en proporcionar al deportista un producto prohibido cuya ingesta no es susceptible de desencadenar una mejoría física o conducir a una hipotética alteración de resultados en una prueba deportiva, aun cuando sea peligrosa para su salud⁵⁶⁶. Así las cosas, en este punto hay que llamar la atención sobre la incidencia que a efectos de prueba puede tener el hecho de que en la lista del CSD se hayan incluido sustancias sobre las que no existe certeza científica respecto a cómo pueden afectar al rendimiento deportivo y que han sido incorporadas con carácter preventivo, ante la “sospecha” de que sean susceptibles de mejorar la forma física de los deportistas⁵⁶⁷.

Desde un punto de vista subjetivo, sin embargo, considero que el dolo del sujeto no ha de abarcar más que el conocimiento de que los productos o los métodos son idóneos para tales objetivos. A mi modo de ver, esta es la interpretación más correcta desde la perspectiva del bien jurídico que se protege en la figura penal. En este sentido, he de recordar brevemente el *iter* que siguió el artículo 361 bis hasta su introducción en el Código penal y la relevancia que la alternativa relativa al destino a alterar los resultados de la competiciones puede tener para determinar el valor tutelado.

En el Anteproyecto de la Ley Orgánica 7/2006, la versión que se presentó recogía esta referencia y, a su vez, acotaba el círculo de los sujetos pasivos exclusivamente a los deportistas competitivos. Con esta estructura, la doctrina y el propio CGPJ subrayaron críticamente que se estaba haciendo un uso inapropiado del *ius puniendi*, pues el precepto reflejaba un interés en salvaguardar la pureza de la competición, configurando así un bien jurídico indigno de merecer la intervención del Derecho penal en su defensa. Verdaderamente, aquella redacción reflejaba un olvido del deporte practicado por

competiciones, por lo que sostiene que esta mención típica sobra. A su modo de ver, el hecho de que el legislador haya recogido expresamente esta característica parece que quiere decir que los productos o métodos difundidos tienen en sí mismos una de esas finalidades. No obstante, admite la no aplicación del tipo si en el caso concreto existe una investigación científica, probada en el acto del juicio, que demuestre que la sustancia no presenta esas características. En sentido parecido, ROCA concluye que para que las conductas típicas sean punibles las sustancias dopantes tienen que alcanzar una entidad cuantitativa lo bastante elevada para afectar a la igualdad competitiva. Esta idoneidad, declara, está fijada en función de unas tasas que son las que se recogen en la lista del CSD, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 49.

⁵⁶⁶ DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 275; GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 212.

⁵⁶⁷ Tal podría ser el caso de los glucocorticoides, cuya acción ergogénica no se acepta unánimemente en la comunidad científica, o el del dopaje genético, que plantea muchos interrogantes en este sentido, dado que aun no se tiene constancia de que se haya recurrido a las terapias génicas con este objetivo. Considera que el consumo de broncodilatadores no puede tener relevancia penal en tanto es difícil que produzcan mejora alguna en el rendimiento del deportista, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 8.

simple afición, ajeno a la competición, lo que fue modificado posteriormente con la ampliación de los sujetos pasivos. Pero en esa fase inicial del proceso de gestación, puede decirse que estaba claro que una pretensión fundamental era prevenir el fraude deportivo, tanto por la fijación del sujeto pasivo, como por la referencia al destino de las sustancias a modificar los resultados competitivos.

Pues bien, en ese contexto, parecería lógico interpretar que con tal alusión el legislador estaba imponiendo la concurrencia de un especial ánimo en el autor, que actuase con la voluntad de conseguir que el deportista, a través de la sustancia o el método, mejorase su marca en el ámbito de la competición (o, también, sus capacidades físicas, lo que parece que podría ser el paso previo al éxito deportivo), dado que con la creación del ilícito se buscaba preservar el juego limpio.

Sin embargo, con la ampliación de los sujetos pasivos y la inclusión de los deportistas por recreo, cabe sostener que es ilógico que se exija tal estado subjetivo en el autor. Desde mi punto de vista, cuando se añadieron en sede parlamentaria las otras dos categorías de deportistas, no se midieron las consecuencias que podían derivar de conjugar la nueva conformación del sujeto pasivo y mantener intacta la mencionada referencia al destino, lo que ciertamente ha supuesto una distorsión que afecta inevitablemente a la delimitación de los elementos del delito. Con todo, ello no impide que la formulación legal finalmente adoptada permita una interpretación que excluya la presencia de un elemento subjetivo del injusto. Si con el delito de dopaje se trata de proteger la salud individual de los deportistas (por recreo, federados no competitivos y competitivos), no parece justificado que se la deje desprotegida recortando el alcance del tipo a través de la exigencia de que el autor actúe con la finalidad de que el deportista al que proporciona el elemento dopante incremente su rendimiento físico o logre resultados que no alcanzaría de no mediar la ingestión o el uso de sustancias prohibidas. Aunque es posible que en ocasiones la voluntad del sujeto activo se oriente en esa dirección, esto no siempre es así. Y es que, de aceptar que sea preciso que concurra ese ánimo específico, se estaría reforzando la idea de que se protege la ética deportiva, y no la salud⁵⁶⁸. Además, ello podría llevar a tener que declarar la atipicidad

⁵⁶⁸ Creo que CORTÉS BECHIARELLI es consciente del efecto que produce afirmar la exigencia de estos elementos subjetivos, como él defiende, aunque lo resuelve insistiendo en que ello no se traduce en que se trate de tutelar la pureza deportiva, pues la necesidad de que se ponga en peligro la vida o la integridad física del deportista es el dato típico esencial para acoger, a su juicio, la salud pública como objeto de protección específico, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 92. Por su parte, GARCÍA ARÁN ya apuntaba que la interpretación de este inciso conduciría inevitablemente a la discusión acerca de si lo protegido es exclusivamente la salud pública, o bien se trata de un delito pluriofensivo en el que, además de la salud, se protege la ética deportiva, incluso de aquellos que practican deporte por recreo, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su

de todos aquellos casos en que el suministro de productos dopantes responde exclusivamente, por ejemplo, a un puro interés lucrativo, como sucede prácticamente siempre que se trata de conductas que conciernen a deportistas aficionados, no integrados en el mundo de la competición⁵⁶⁹. Justamente, en apoyo de este entendimiento, se observa que en gran parte de los supuestos que han sido enjuiciados se trataba de individuos que básicamente perseguían un beneficio económico, sin que las resoluciones judiciales reflejen la constatación en cada caso de pretensiones específicas relativas a la condición física de los deportistas o a sus resultados competitivos⁵⁷⁰. Así pues, y en definitiva, estimo que el componente volitivo relativo a estas características del objeto material quedará satisfecho en la medida en que se conozca esa aptitud o idoneidad para producir alguno de los efectos que la norma menciona, sin que adicionalmente se requiera nada más.

2. SUSTANCIAS Y MÉTODOS DESTINADOS A AUMENTAR LAS CAPACIDADES FÍSICAS

De las dos exigencias legales alternativas que se refieren al objeto de la acción, la primera se concreta en que la conducta recaiga sobre sustancias o métodos prohibidos destinados a aumentar las capacidades físicas de los deportistas⁵⁷¹. Conforme he adelantado, se trata de que, objetivamente, los elementos dopantes presenten una

tratamiento mediático)”, cit., pág. 209. En igual sentido, considerando que con esta cláusula queda al descubierto una de las intenciones del legislador, aunque opina que ni el método elegido ni el lugar es el correcto, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081. Expresa su acuerdo en que la exigencia relativa al destino revela que la salud no es la única preocupación del legislador y que pone de manifiesto lo forzada que resulta su ubicación sistemática, SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 371.

⁵⁶⁹ Al respecto, CORTÉS BECHIARELLI declara que si se suministra el producto con cualquier otro empeño distinto a los señalados por el legislador, la conducta sería atípica penalmente por insuficiencia probatoria del específico elemento intencional, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 92. También DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 50, que excluye la aplicación del artículo 362 quinquies del Código penal (aludiendo a su numeración anterior) si los productos ponen en peligro la vida pero no se pretende con ellos incrementar las capacidades o afectar a la limpieza de las competiciones. Para CORCOY BIDASOLO, si se utilizan con una finalidad diferente y concurre riesgo, podría aplicarse el artículo 367 del Código penal, que sanciona la imprudencia grave, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250. A su vez, ROCA AGAPITO, remitiendo a la doctrina alemana, y en relación con las normativas italiana y alemana, que prevén un elemento subjetivo del injusto, resalta que la inclusión de finalidades específicas en estas legislaciones comporta que no sea típica la conducta de quien solamente actúe con intención de lucrarse, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 53.

⁵⁷⁰ Así, a título de ejemplo: SAP Madrid 145/2011, de 2 de diciembre; SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril; SJP nº1 Huelva 217/12, de 15 de junio; SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre; SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre; SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero; SAP Madrid 483/2014, de 8 de septiembre.

⁵⁷¹ Aunque tras la referencia a los métodos se indica “destinados a...”, hay que entender que esa doble finalidad se refiere también a las sustancias y los grupos farmacológicos. Lo confirman GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., pág. 209; y MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, cit., pág. 917.

idoneidad o una aptitud para producir ese efecto en el sujeto pasivo en el caso concreto; esto es, que sean susceptibles de mejorar la condición física del destinatario, por ejemplo, la resistencia, la velocidad o la fuerza⁵⁷².

No es preciso, sin embargo, que efectivamente el deportista vea incrementado su rendimiento físico, pues la mejora de las capacidades no constituye obviamente un resultado típico ni, tampoco, una condición para la punibilidad⁵⁷³. Es más, ya he explicado con anterioridad que la perfección del delito ni siquiera reclama que el deportista haya llegado a ingerir el producto dopante o a utilizar el procedimiento antirreglamentario. Siendo una figura de peligro concreto, la consumación tendrá lugar cuando se produzca el resultado de peligro para la salud conectado causalmente con la acción típica y objetivamente imputable, lo que, a mi juicio, no depende del comportamiento ulterior del sujeto pasivo ni, en consecuencia, de los eventuales beneficios del dopaje para sus condiciones físicas⁵⁷⁴.

Son varias las cuestiones conflictivas que suscita este requisito. Por una parte, puede resultar controvertido determinar si cabría aceptar que constituyen objeto material del ilícito los productos o procedimientos cuya eficacia se centra en elevar las facultades psíquicas del deportista, como la agresividad, la tenacidad o la concentración. En este grupo podrían entrar el alcohol o el cannabis, si se conviene en que son susceptibles de producir algún efecto psicológico positivo, así como algunos tranquilizantes. Aunque a mi juicio resulta criticable que el legislador no se haya referido a que las sustancias o los métodos estén destinados a acrecentar las capacidades psicofísicas, englobando así a todos aquellos que estén prohibidos y que puedan ser peligrosos en el contexto deportivo a que alcanza el precepto, lo cierto es que la referencia a las “capacidades físicas” parece difícil de salvar si se respeta el principio de legalidad⁵⁷⁵. Aun así, hay

⁵⁷² En el sentido de que las capacidades físicas se refieren a aquellas que conforman la condición física de cada individuo, como la fuerza, la velocidad o la resistencia, véanse DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1238; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., págs. 452-453; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 50; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 48.

⁵⁷³ En esta línea, ÁLVAREZ VIZCAYA, M. “La protección penal”, cit., págs. 573-574; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 15; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1238; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 891; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit., págs. 72-73. Declara expresamente que no es necesario para la consumación del delito que efectivamente se haya producido tal resultado, esto es, el aumento de la capacidad o la modificación del resultado de las competiciones, el ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) de 10 de mayo de 2012.

⁵⁷⁴ Véanse *supra* págs. 117 y ss.

⁵⁷⁵ En la línea de que el precepto no alcanza a las sustancias destinadas solo a aumentar las capacidades psíquicas, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 526; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal espanhol”, cit., pág. 216; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una

que considerar la posibilidad de que quepa incluirlos al amparo de la imprecisa referencia a la alteración de los resultados competitivos.

Por otra parte, surge con fuerza la duda de si con el requisito del destino a incrementar las capacidades físicas se está aludiendo a que los componentes prohibidos puedan cumplir esta función directamente o si cabría acoger los supuestos en que la actuación sobre el organismo es indirecta. La discusión se plantea, básicamente, en relación con las sustancias enmascarantes, como los diuréticos, que impiden la detección de productos dopantes en los controles de dopaje. Algún autor considera que deberían admitirse⁵⁷⁶, pues si bien no incrementan directamente las condiciones físicas del deportista, sí lo hacen indirectamente, al encubrir productos que efectivamente pueden ser apropiados para tal objetivo. Sin embargo, desde mi punto de vista, tal interpretación es excesivamente amplia y debe ser rechazada, dado que estos agentes carecen por sí solos de aptitud para producir una mejora física del deportista⁵⁷⁷. Cuestión diversa es la de si el criterio relativo a la modificación de los resultados en la competición podría constituir una vía para castigar en estos supuestos, posibilidad que en realidad depende de la interpretación que se mantenga de este elemento y sobre la que me pronunciaré seguidamente.

3. SUSTANCIAS Y MÉTODOS DESTINADOS A MODIFICAR LOS RESULTADOS DE LAS COMPETICIONES

El segundo requerimiento del objeto de la acción atañe a otra característica objetiva

relación y una regulación discutibles”, cit., pág. 61 (le parece cuestionable); DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1238. ROCA AGAPITO admite aquellas sustancias que comportan simultáneamente una mejora de las capacidades físicas y psicológicas del deportista, y pone de relieve que hay algunas que no necesariamente mejoran la condición física en sentido estricto, sino solo la psicológica. Por este motivo, subraya que lo más correcto hubiese sido utilizar la expresión “capacidades psicofísicas” u otra similar, como sucede en la legislación italiana, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 48. De la misma opinión, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 453; *id.*, “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 50.

⁵⁷⁶ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 45; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 890.

⁵⁷⁷ Excluyen del tipo a los agentes enmascarantes, entre otros, BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 6; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 527; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 216 ; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 61-62; DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 276; ESCRHUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1708; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 49.

que alternativamente han de reunir las sustancias o los métodos prohibidos a efectos de tipicidad: que sean adecuados para modificar los resultados de las competiciones. Al igual que ocurre con el otro posible destino previsto en la norma, no es preciso que se produzca la alteración efectiva en el evento deportivo, pues el tipo penal no lo exige⁵⁷⁸.

Sin duda este es el elemento más impreciso de los dos que se contemplan, por la dificultad que conlleva determinar con certeza la aptitud del elemento dopante para alcanzar un fin semejante⁵⁷⁹. A su vez, constituye el indicador más relevante del interés en preservar el juego limpio que subyace en el precepto, con el efecto distorsionador que ya he puesto de manifiesto. En una primera aproximación, podría asumirse que todo producto o procedimiento capaz de mejorar las aptitudes físicas del deportista es asimismo idóneo para desencadenar un resultado diverso del que se obtendría sin acudir a ellos en el ámbito de la competición⁵⁸⁰. Sin embargo, no hay que descartar la posibilidad de que, eventualmente, la alteración de los resultados pueda derivar de sustancias o métodos que no tengan incidencia positiva en las aptitudes físicas en sentido estricto, pues a ello aboca la conjunción “o” que se emplea en la descripción del injusto⁵⁸¹. Así pues, en mi opinión, la locución ofrece cobertura también a aquellos que son apropiados para incidir positivamente en las facultades psicológicas del destinatario, que pueden desempeñar un papel fundamental en algunas modalidades deportivas que requieren un especial estado mental para su práctica y determinar un desenlace ventajoso cuando se participa en una prueba deportiva⁵⁸².

Sentado lo anterior, una de las principales cuestiones interpretativas que origina esta expresión es la utilización del verbo “modificar” en relación con los resultados competitivos. Nótese que el precepto no determina el sentido positivo o negativo de tal modificación, lo que conduce a la duda de si quedarían abarcados los supuestos en que

⁵⁷⁸ De esta opinión, ÁLVAREZ VIZCAYA, M. “La protección penal”, cit., pág. 574; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 15; DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1238; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo: la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, cit., pág. 51; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 169, nota 9; MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 891; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 73. Para ROCA AGAPITO, sin embargo, las sustancias y los métodos han de producir un efecto en la competición deportiva, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 48.

⁵⁷⁹ Así lo pone de relieve TORNOS, que se pregunta, entre otras cuestiones, cómo pueden llegar a determinarse unas cuestiones tan subjetivas con el grado de certeza que exige el Derecho penal, en “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 28.

⁵⁸⁰ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081; TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 28.

⁵⁸¹ Precisamente, la SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio, alude al empleo de la conjunción disyuntiva “o” para sustentar que no resulta ajena al tipo la finalidad de aumentar las capacidades físicas desvinculada de una competición oficial.

⁵⁸² Los acoge expresamente GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359.

la sustancia o el método tuviese capacidad para impedir el triunfo del deportista. Por esta razón, y pese a que parece que el dopaje se dirige consustancialmente a la búsqueda de la victoria, creo que cabría aceptar que si el fin de la norma es proteger la salud, y puesto que la ley no distingue, queden incluidos los casos en que el uso de la sustancia dopante peligrosa pueda comportar la obtención de un resultado negativo para el sujeto pasivo y una correlativa ventaja para otro competidor. Por tanto, no es descabellado considerar, desde esta perspectiva y en principio, que podrían ser objetos admisibles al efecto de aplicar el ilícito de dopaje, por ejemplo, el alcohol o los cannabinoides, en tanto en ocasiones pueden disminuir las condiciones físicas del deportista y propiciar directamente unos resultados negativos, contribuyendo indirectamente a que otro se beneficie en su lugar⁵⁸³. Aun cuando entiendo que sería un contrasentido y un exceso admitir como objeto de la acción en el delito de dopaje el alcohol⁵⁸⁴, cuya venta y consumo son lícitas, opino que en estos casos la literalidad de la norma permitiría sostener que eran aptos para “modificar los resultados de la competición”, aunque obviamente ello no sería suficiente para apreciar el delito, pues habrían de concurrir el peligro típico y el resto de elementos del injusto.

Por último, es conveniente reseñar, de acuerdo con un sector doctrinal, que los agentes enmascarantes quizás deberían quedar fuera, tanto porque por sí solos carecen de aptitud para mejorar el estado de forma del deportista, como porque tampoco son idóneos, directamente y por sí mismos, para alterar los resultados de las pruebas deportivas. Su función no es otra que ocultar en los controles de dopaje el consumo de otras sustancias dopantes que sí pueden provocar ese efecto y, además, ser peligrosos para la salud, pero extender a ellos el alcance del artículo 362 quinquies del Código penal puede resultar excesivo. Por ello, soy partidaria de una interpretación restrictiva en el sentido de excluir del ámbito de lo punible los supuestos de administración o

⁵⁸³ En este sentido, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250 (que señala que podría ser típico suministrar sustancias o aplicar métodos que disminuyan la condición física de un deportista para beneficiar los resultados de otro, en cuyo caso podría darse un concurso con el delito del art. 286 bis 4 Cp); DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1238; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 359. Específicamente, por lo que respecta al alcohol, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO admite la posibilidad de que quede incluido en el tipo si se destina a modificar los resultados de las competiciones, aun cuando pueda mermar las capacidades físicas del sujeto, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 526; *id.*, “*Doping* e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de *doping* do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 216; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 61-62. En cuanto al cannabis, DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLA son de la opinión de que lo supuestos que ellos denominan de “dopaje inverso”, en los que está implicada esta sustancia, que enerva las capacidades físicas pero puede estar destinada a provocar cierta modificación del resultado, en principio, deben quedar al margen del precepto penal, aunque reconocen que son particularmente problemáticos, tanto en cuanto al fondo como en lo sistemático, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 278.

⁵⁸⁴ Lo considera ilícito BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 8.

suministro de este tipo de productos enmascarantes⁵⁸⁵. En cualquier caso, hay que insistir en que la indefinición de este requisito es notoria y admite márgenes interpretativos verdaderamente amplios, de modo que, en última instancia, la fijación de los contornos de este elemento quedará sujeta a la discrecionalidad del juzgador.

III. LA PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA O LA SALUD DE LOS DEPORTISTAS

La descripción del objeto material finaliza con una última exigencia que es decisiva: que las sustancias o los métodos prohibidos “pongan en peligro la vida o la salud de los deportistas”. Esta cláusula cierra la caracterización del objeto material y marca definitivamente sus límites al imponer, desde la óptica que se defiende en este trabajo, una necesaria ofensividad para el bien jurídico protegido que ha de ser constatada fehacientemente. De este modo, para aplicar el tipo penal no será suficiente con que el producto o el procedimiento dopante figure en la lista de prohibiciones del CSD y sea apto para aumentar las capacidades físicas o modificar los resultados de las competiciones, sino que será preciso, además, que suponga un riesgo para la vida o la salud del deportista⁵⁸⁶. Caso de no ser así, la conducta no constituirá más que una infracción administrativa, según la ocasión.

⁵⁸⁵ En referencia a la posibilidad de admitir a los enmascarantes bajo la cláusula del destino a modificar los resultados, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO lo considera discutible, pues por sí solos no alteran los resultados, solo los del control. Por ello, propone una interpretación restrictiva, porque en otro caso se estaría dando un valor a la pureza de la competición que no se justifica, en “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 527; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 216 ; *id.*, “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, cit., págs. 61-62. En esta misma línea ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 49. Este autor pone de manifiesto que si se quisiese haber incriminado las conductas relativas a diuréticos y otros enmascarantes el tipo se tendría que haber referido a la capacidad de modificar los resultados de los controles antidopaje, y no los resultados de las competiciones. Asimismo, véanse DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 276, que los excluyen porque en sí mismos ni son idóneos para aumentar las capacidades, ni para modificar los resultados de las competiciones y además tampoco tienen por sí mismos la peligrosidad típica requerida.

⁵⁸⁶ Insisten particularmente en que a efectos penales solo tendrán relevancia las sustancias o los métodos que sean peligrosos para la salud, entre otros, ÁLVAREZ VIZCAYA, M. “La protección penal”, cit., págs. 573-574; *id.*, “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, cit., pág. 15; BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 6; CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 87 (que indica que la lista sirve para fijar un *numerus clausus*, pero hay que atender al bien jurídico, de manera teleológica, refiriéndose al peligro); CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1250 (que remarca que no es suficiente que estén en la lista, es preciso para la relevancia penal que, en el caso concreto, atendiendo al sujeto pasivo y a las circunstancias concurrentes, sean efectivamente nocivos); ESCRIBUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, cit., pág. 1708; JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, cit., pág. 176 (que señala que no todo método que aumente las capacidades físicas o que, incluso, pueda modificar el resultado de la competición, aunque sea antirreglamentario, caería bajo el ámbito de aplicación del tipo penal, pues han de suponer un peligro para la vida o la salud del deportista); MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., págs. 889-890; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho*

Para perfilar el riesgo tipificado, el precepto establece tres parámetros que, a mi modo de ver, cumplen una función importante en la configuración del ilícito de dopaje, aun cuando es criticable la vaguedad e imprecisión de alguno de ellos⁵⁸⁷. En particular, el enunciado normativo hace referencia al “contenido”, a la “reiteración de la ingesta” y a “otras circunstancias concurrentes”.

A lo largo de este trabajo he tenido ocasión de analizar extensamente la incidencia que cabe atribuir a estos criterios legales en la interpretación de la infracción penal y he tratado de acotar su contenido en la medida de lo posible, por lo que en este momento no me detendré especialmente en ellos⁵⁸⁸. Sucintamente recordaré que, por lo que concierne a su repercusión en la conformación del delito, de un lado, he puesto de relieve que algunos de ellos pueden contribuir en la tarea de concretar el interés tutelado por la norma, apuntando al interés individual vida o salud; de otro lado, he remarcado que también pueden desempeñar un papel digno de consideración, junto con las conductas típicas, en orden a calificar la clase de peligro que demanda la figura, pues en la medida en que aparecen ligados estrechamente al específico titular de la salud que se pone en riesgo, coadyuvan a defender que se sancionan supuestos de peligro concreto. Asimismo, he señalado a las “otras circunstancias concurrentes” como uno de los indicios de que el contenido de injusto del artículo 362 quinquies del Código penal es de peligro individual. Aunque he matizado que esta referencia tampoco es decisiva por sí sola, pues podrían concurrir otras circunstancias ajenas a la situación personal del deportista y que podrían ser aptas para desencadenar un peligro general, creo que una interpretación integradora de la figura posibilita atribuir cierto valor a esta alusión típica.

Pues bien, debido a lo anterior, opino que estas pautas tienen el efecto positivo de restringir el alcance del precepto y evitar un hipotético automatismo en su aplicación basado en presunciones de peligrosidad de las sustancias y métodos relacionados en la

penal español. Parte especial, 7ª ed., cit., pág. 1080; VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, cit. pág. 73.

⁵⁸⁷ Sin embargo, CORTÉS BECHIARELLI entiende que estos parámetros eran innecesarios. A su juicio, sobran todos, pues “lo verdaderamente trascendente es, primero, el uso de productos o métodos [...] y, segundo, la verificación de una situación de peligro cierto para la vida o la salud del deportista originada por alguna de las acciones típicas propuestas”, en *El delito de dopaje*, cit., pág. 100. Estoy de acuerdo en que la aplicación del precepto depende de que verdaderamente se genere un riesgo para el bien jurídico protegido. Sin embargo, creo que la precisión de los criterios para valorar la puesta en peligro no constituye un simple ejercicio dialéctico que haya que considerar superfluo pues, como he expresado, cumplen un papel importante para la interpretación del alcance del delito y permiten clarificar algunos de sus elementos.

⁵⁸⁸ Véanse *supra* págs. 97, 117, 143 y ss.

lista prohibida⁵⁸⁹. En efecto, estos criterios reflejan que el legislador reconoce que muchos de los elementos dopantes, como hemos visto más arriba, no son nocivos en sí mismos, sino que su toxicidad deriva de factores externos que han de estar presentes en los hechos para que puedan considerarse penalmente relevantes. Por ello, su virtualidad radica en que constituyen una condición necesaria para apreciar el injusto pues, de no concurrir, si la sustancia que se proporciona carece de la lesividad requerida por sí sola, no podrá afirmarse el peligro típico ni, por tanto, la idoneidad del objeto de la acción. En estos casos, quedará excluido el tipo objetivo y el comportamiento no será subsumible bajo el delito de dopaje.

En lo que concierne al aspecto negativo de estos parámetros específicos a los que remite el artículo 362 quinquies del Código penal, viene dado por la falta de concreción legislativa a la hora de determinar su contenido. Así, resulta verdaderamente complejo fijar qué ha de entenderse por “reiteración de la ingesta” y cuáles son esas “otras circunstancias concurrentes”, lo que complica sin duda la labor del intérprete y plantea problemas para la seguridad jurídica, que se suman a los que se derivan de la formulación de otros elementos del tipo⁵⁹⁰. Brevemente, indicaré, en primer lugar, que la alusión al contenido obliga a tomar en consideración la composición o la dosis del producto dopante que se facilite o se administre.

En segundo lugar, en cuanto a la mención a “la reiteración de la ingesta”, se refiere a la creación de un peligro por acumulación de las dosis. Sin embargo, he de matizar que, en mi opinión, no es preciso esperar a que el deportista ingiera repetidamente el producto que se le proporcionó, sino que lo que hay que acreditar es que el comportamiento concreto llevado a cabo por el sujeto activo se orientó conscientemente a conseguir un consumo continuado y peligroso del preparado prohibido por el deportista específico al que se dirigió la acción, para lo que habrán de valorarse todas

⁵⁸⁹ Consideran que estas pautas constituyen unos obstáculos adicionales para que pueda desplegarse una práctica similar a la que se da en los delitos alimentarios, conforme a la cual la caracterización administrativa como prohibida, unida al recurso al principio de precaución, se bastan para configurar el objeto de la acción, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 118; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., págs. 275-276.

⁵⁹⁰ Específicamente, subrayan que el criterio de las “otras circunstancias concurrentes” choca con las exigencias garantistas ligadas a la seguridad jurídica en el ámbito penal, ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 117; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 529 (nota 95); DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 275. También en esta línea, criticando que se emplee una cláusula tan abierta, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 100. De acuerdo con él, SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, cit., pág. 373. Más taxativos se muestran GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 360, que considera que resultan incompatibles con las más mínimas exigencias del principio de taxatividad; y QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081, para quien supone una nueva vulneración del principio de legalidad.

las variables concurrentes en los hechos. En este punto, he de poner de relieve que disiento de la interpretación que sostiene un sector de la doctrina y alguna jurisprudencia, que consideran que cuando el peligro típico no deriva de la nocividad intrínseca del producto y se vincula a la reiteración de la ingesta hay que probar en cada caso que se ha producido en efecto esa habitualidad en el empleo⁵⁹¹. Como ya he explicado previamente, creo que para la perfección delictiva no es necesario que el deportista llegue a consumir la sustancia o hacer uso del método dopante. No se trata de inferir el peligro a partir de la mera aptitud lesiva del producto en abstracto, pero tampoco de aguardar a que el sujeto pasivo se dope repetidamente a fin de ver las consecuencias que produce en su salud pues, de ser así, parece que los eventuales efectos perjudiciales constituirían propiamente resultados lesivos que desplazarían al delito de dopaje. Es más, parece que con tal interpretación se vendría a negar la posibilidad de aplicar el artículo 362 quinquies del Código penal sobre la base del criterio de la reiteración de la ingesta, pues se estaría identificando el resultado de peligro con el de lesión, lo que resulta contradictorio con la finalidad de la intervención penal, que ha querido adelantarse a momentos previos a la efectiva lesión de la salud o la vida del deportista.

En tercer lugar, la última cláusula que se contempla para medir el peligro, “las otras circunstancias concurrentes”, presenta un censurable carácter abierto que deja margen, a mi parecer, para tomar en cuenta cualquier contingencia que haya podido desencadenar la nocividad de la sustancia o el método y amenazar la salud del deportista. En consecuencia, para apreciar el peligro típico cabrá examinar aspectos tales como las condiciones personales del deportista, las patologías que pueda padecer o la intensidad de los esfuerzos a que se ve sometido, así como otros que no se refieran al concreto destinatario de los elementos dopantes y que puedan convertirlos en una amenaza para la salud como, por ejemplo, el modo en que se conserven⁵⁹².

⁵⁹¹ Así, comparten la necesidad de verificar en cada ocasión, para la perfección delictiva, que se ha producido un empleo continuado del producto dopante, las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre; SAP Valencia 385/2013, de 31 de mayo; SAP La Rioja 87/2015, de 26 de mayo. No obstante, hay que destacar que se advierte una cierta incoherencia en los razonamientos judiciales, pues en algunas resoluciones primero se afirma que no es necesaria la introducción de la sustancia en el organismo del deportista, para después exigir la habitualidad en el empleo para la consumación del delito (concretamente, en las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre). Por lo que respecta a la doctrina, secundan esta interpretación DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, cit., pág. 97; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 600. Parece entenderlo también de este modo PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, cit., pág. 75. Igualmente en este sentido, véase el Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje, de 10 de noviembre de 2005, pág. 46.

⁵⁹² Las propuestas para precisar su contenido corresponden a algunas de las señaladas, entre otros, por MORALES PRATS, F., “Artículo 361 bis”, cit., pág. 891; y TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje

En definitiva, la exigencia de la puesta en peligro de la vida o la salud del deportista unida a la enumeración de las pautas que se ofrecen para evaluarlo, se erigen en elementos clave para determinar cuándo una sustancia o un método prohibido constituye objeto material del delito a los efectos de aplicar el artículo 362 quinquies del Código penal. En particular, entiendo que su valor reside en que pueden contribuir especialmente a resolver aquellos supuestos dudosos en los que la conducta recaiga sobre algunos de los elementos dopantes controvertidos a los que me he referido más arriba. Por consiguiente, en relación con los productos y procedimientos que se considera discutible que puedan constituir objeto de la acción, será crucial evaluar si en el caso concreto, atendiendo al contenido, la reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, se ha generado el peligro para la vida o la salud del deportista que reclama el tipo. A mi juicio, ello puede propiciar que se valore en sede judicial la exclusión de productos acerca de los que existe incertidumbre científica acerca de su carácter perjudicial para la salud, como el gas xenón, los glucocorticoides o, también, los diuréticos, que adolecen por sí mismos de la peligrosidad requerida. De igual modo, podría declararse la irrelevancia penal, por ejemplo, de las hipótesis en que, aun tratándose de sustancias potencialmente peligrosas, lo transmitido sea una cantidad no excesiva, por su incapacidad para dañar eventualmente al bien jurídico protegido, salvo que existan otras circunstancias que reflejen lo contrario⁵⁹³; y, asimismo, de aquellas en que las que se realicen prácticas de dopaje sanguíneo con sangre autóloga en condiciones higiénico-sanitarias adecuadas. Si, efectivamente, comportan una vulneración del juego limpio o de la igualdad en la competición, puede tener sentido que, en su caso, las conductas se sancionen a través del Derecho administrativo sancionador, pero difícilmente será justificable la actuación del Derecho penal si no existe la certeza de que la salud del deportista se vio comprometida. En todo caso, la

del art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 29. En relación con las condiciones vinculadas a los deportistas que pueden transformar en peligroso el producto dopante, cabe mencionar que MORENO CARRASCO argumenta que la administración al deportista se hace sobre la base de un organismo sano que no necesita solución alguna y que, a su juicio, difícilmente podrá pretenderse que la sustancia es inocua cuando interactúa con actividades en las que el cuerpo ha de prepararse para lo extremo, en “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, cit., pág. 73. Por su parte, PRAT WESTERLINDH especifica que no se trata de un estudio personalizado de la salud del deportista a consecuencia del consumo o del uso, ya que en general los efectos nocivos se presentan a largo plazo. En su opinión, a efectos de estudiar la nocividad de la sustancia, hay que tener en cuenta, entre otras, variables como el tipo de deporte desarrollado, pues el riesgo puede ser distinto según la modalidad deportiva que se practique; y, también, el grado de intensidad en la práctica deportiva, poniéndolo en relación con el grado o la importancia del consumo de la sustancia a efectos de determinar su nocividad, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 75.

⁵⁹³ En este sentido, el ya citado AJI nº 24 Madrid de 4 de julio de 2011, que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones en un supuesto en el que se consideró que la cantidad de sustancia dopante administrada no era suficiente para poner en riesgo el bien jurídico protegido.

ponderación del riesgo para la salud con arreglo a las pautas establecidas será concluyente para apreciar cometido el delito.

Para finalizar, considero de interés realizar una última observación relativa al objeto material tal y como ha quedado definido. Como se ha visto, entre las sustancias que son susceptibles de integrar el objeto material de la infracción de dopaje, algunas de ellas son medicamentos de curso legal, otras son drogas y, en fin, todas pueden aparecer incorporadas en preparados de cualquier índole que se pongan a disposición de los deportistas. Concretamente, este último escenario se presenta con frecuencia en relación con una serie de compuestos fronterizos entre el alimento y el medicamento, los denominados suplementos alimenticios. Estos productos, que se distribuyen con una teórica finalidad nutricional y que forman parte de un sector de negocio que alcanza prácticamente a toda la población (deportistas y no deportistas), se tiene constancia de que con frecuencia camuflan una composición en la que están presentes algunos de los elementos dopantes que recoge la lista de prohibiciones del CSD.

Pues bien, esta versatilidad del objeto de la acción previsto en el artículo 362 quinquies, genera asimismo la cuestión adicional de determinar cuál es la figura penal que ha de entrar en juego cuando se origine una situación de peligro para la salud que precise la actuación del Derecho penal, dado el inevitable solapamiento de objetos materiales que se puede producir con los delitos contra la salud pública relativos a sustancias nocivas, a medicamentos, a productos alimentarios y a drogas⁵⁹⁴. El problema no es menor, y requiere un examen detenido que realizaré con ocasión del estudio específico sobre los suplementos nutricionales, a los que dedicaré la siguiente parte de este trabajo. No obstante, partiendo del análisis del tipo objetivo efectuado y de las conclusiones alcanzadas, puede adelantarse ya que la solución de los eventuales concursos que puedan plantearse vendrá de la mano del interés individual vida o salud que constituye el bien jurídico protegido y de la naturaleza de peligro individual concreto que caracteriza a la figura de dopaje.

⁵⁹⁴ Este solapamiento de objetos materiales fue ya puesto de manifiesto antes de la aprobación de la Ley Orgánica 7/2006 por RUEDA GARCÍA, que señaló que el tipo de dopaje proyectado podía compartir objeto material con casi todos los demás relacionados en el capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, en “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, cit., pág. 6. Asimismo, entre otros muchos autores, MORENO CARRASCO ha subrayado que, con carácter previo a la incorporación del anterior artículo 361 bis, la amplitud del Código penal podía entenderse lo suficientemente amplia como para comprender a las sustancias y grupos farmacológicos, refiriéndose concretamente a las infracciones sobre medicamentos y sobre sustancias nocivas, en “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, cit., págs. 51-52. Este mismo autor consideraba en otro trabajo las posibilidades que ofrecían los delitos de fraude alimentario en relación con los “superalimentos” o “pseudosalimentos” que tanto proliferan en los gimnasios, en “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, cit., págs. 65-66.

**PARTE TERCERA: SUPLEMENTOS DEPORTIVOS
NUTRICIONALES Y DOPAJE**



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

INTRODUCCIÓN

En la sociedad contemporánea el valor salud aparece indiscutiblemente vinculado a la práctica del deporte y a una alimentación sana y equilibrada. En torno a estos referentes básicos para llevar una vida saludable se ha desarrollado un lucrativo mercado, en continua expansión, que ofrece una gran variedad de productos nutricionales para complementar la dieta y satisfacer necesidades asociadas al ejercicio físico.

Dentro de esta amplia gama de preparados alimenticios, en este trabajo me voy a centrar en algunos de los problemas que plantean aquellos que se introducen en el mercado para mejorar el rendimiento de quienes practican deporte, por su gran incidencia práctica.

El reclamo publicitario que se utiliza suele ser muy variado: unas veces se ofrecen como el suplemento ideal para retrasar la fatiga o acelerar la recuperación del organismo; otras, se presentan como potenciadores de la fuerza, la velocidad o la coordinación; y, en fin, muchos de ellos prometen coadyuvar al control del peso o aumentar la masa muscular. En cualquier caso, la finalidad común de ayudar a obtener un mejor estado de forma es la que determina que en el lenguaje comercial adopten muy a menudo la denominación de “suplementos deportivos”, aunque también se ofrecen a los deportistas como “complementos alimenticios”, “suplementos nutricionales”, “productos dietéticos” o “compuestos naturales”. También los canales de distribución empleados son muy diversos: es posible obtenerlos en supermercados, herboristerías, tiendas de productos dietéticos y “naturales”, establecimientos especializados en suplementos y nutrición deportiva y, principalmente, por Internet. De este modo, se puede afirmar que se trata de un sector bastante abierto, pues pese a que el destinatario natural sea el deportista⁵⁹⁵, lo cierto es que el acceso a estos suplementos es libre, tal y como se configura su puesta en circulación.

⁵⁹⁵ Los datos disponibles indican que el 40-70% de los atletas utilizan suplementos nutricionales. Al respecto, véase “Dopaje”, en *Panorama actual del medicamento*, núm. 382, 2015, págs. 247-257, disponible en <https://www.google.com/search?q=Dopaje+panorama+actual+del+medicamento+382&ie=utf-8&oe=utf-8> [última consulta: 31 de marzo 2016].

El debate que se suscita respecto a estos productos gira en torno a dos aspectos principales: de un lado, existe incertidumbre respecto a su naturaleza, constatada por su caracterización como “productos frontera” entre el medicamento y el alimento; de otro, se ha puesto de manifiesto que algunos pueden ser peligrosos para la salud, además de provocar resultados positivos en los controles antidopaje. Todo ello, como veremos, puede conllevar consecuencias importantes, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el penal.

El primer problema que concierne a estos suplementos es el de determinar cuál sea su naturaleza, pues en función de la misma la normativa administrativa aplicable es distinta y, además, puede tener repercusiones en el orden penal. Si bien es posible adquirir en farmacias medicamentos homeopáticos controlados o medicamentos tradicionales a base de plantas que pueden cumplir algunos de estos fines⁵⁹⁶, lo cierto es que una gran mayoría se comercializa como suplementos de carácter alimenticio, mayoritariamente como complementos alimenticios y, en menor medida, como productos dietéticos, dentro del marco alimentario⁵⁹⁷. Esta adscripción formal al ámbito del alimento supone que su puesta en el mercado siga los cauces menos restrictivos que se prevén en la normativa específica que regula los complementos alimenticios y los productos dietéticos, en lugar de sujetarse a los requisitos mucho más estrictos a los que se someten la elaboración y la venta de medicamentos.

Sin embargo, estos suplementos alimenticios, destinados –en teoría– a aportar un extra de nutrientes para evitar carencias en la dieta o complementarla, pueden tener una naturaleza ambivalente ya que, aunque no se ofertan generalmente con el objetivo de

⁵⁹⁶ Así, por ejemplo, las sales de Shüssler, preparado homeopático que ayuda a tratar el agotamiento mental y físico; o el ginseng, medicamento tradicional a base de plantas utilizado también en estados de fatiga, agotamiento físico o intelectual y debilidad. Los medicamentos homeopáticos y los medicamentos a base de plantas medicinales son medicamentos legalmente reconocidos en el Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios, a los que se aplica también el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente. Conforme al artículo 50.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015, “se considera medicamento homeopático, de uso humano o veterinario, el obtenido a partir de sustancias denominadas cepas homeopáticas con arreglo a un procedimiento de fabricación homeopático descrito en la Farmacopea Europea o en la Real Farmacopea Española o, en su defecto, en una farmacopea utilizada de forma oficial en un país de la Unión Europea. Un medicamento homeopático podrá contener varios principios activos”. Por su parte, el artículo 51.1 establece que “las plantas y sus mezclas, así como los preparados obtenidos de plantas en forma de extractos, liofilizados, destilados, tinturas, cocimientos o cualquier otra preparación galénica que se presente con utilidad terapéutica, diagnóstica o preventiva seguirán el régimen de las fórmulas magistrales, preparados oficiales o medicamentos industriales, según proceda y con las especificidades que reglamentariamente se establezcan”.

⁵⁹⁷ Una mirada a las numerosas páginas webs especializadas en suplementos deportivos permite constatar esto. Por ejemplo, en el etiquetado puede apreciarse muy frecuentemente, cuando se trata de productos importados, la leyenda *dietary supplement*, y en la presentación y publicidad de gran parte de ellos se les denomina complemento alimenticio o suplemento nutricional. Incluso, a menudo, aparecen avisos indicando expresamente que el suplemento en cuestión no es un medicamento, sino un complemento alimenticio sujeto a la Directiva 2002/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de junio de 2002, que ha sido traspuesta al ordenamiento español a través del RD 1487/2009. También algunos de ellos se venden como productos o suplementos dietéticos para deportistas.

tratar, prevenir o curar enfermedades, en ocasiones presentan una composición más propia de los medicamentos⁵⁹⁸. Además, puede ocurrir que el suplemento cumpla simultáneamente tanto una función nutritiva como una función farmacológica, lo que dificulta su encuadre en una u otra categoría. De este modo, será tarea esencial aclarar el carácter (medicamentoso o alimenticio) de aquellos cuya condición sea dudosa, lo que no es sencillo, pues la frontera entre los conceptos de alimento y medicamento es bastante difusa. De ello va a depender, no solo la determinación de cuál sea la vía administrativa adecuada para regular su puesta en circulación, con las consecuencias que ello implica en materia de control de la fabricación y distribución de estos preparados, sino también, en parte, la eventual actuación del Derecho penal en aquellos casos que puedan comportar un peligro para la salud que justifique la actuación más allá del ámbito administrativo.

El segundo problema que pueden ocasionar los suplementos deportivos se refiere a la posibilidad de que generen riesgos para la salud y a la conveniencia de valorar la necesidad de la intervención penal, así como a la oportunidad de determinar a través de qué figuras penales podrían perseguirse las conductas ilícitas relacionadas con estos productos. Desde hace años, diversos organismos e instituciones vienen avisando sobre los riesgos asociados al uso de estos suplementos. Esta preocupación es doble pues, por un lado, se ha puesto de manifiesto que algunos incorporan en su composición ingredientes que pueden producir efectos secundarios adversos o peligrosos para la salud; y, por otro lado, ha quedado demostrado que tales ingredientes son a menudo sustancias incluidas en la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte⁵⁹⁹, cuya detección conlleva importantes sanciones por dopaje.

Así, el primer –y principal– aspecto preocupante es el de la incidencia que la fabricación y comercialización de suplementos puede tener para la salud de los ciudadanos, pues bajo su aparente inocuidad esconden en ocasiones efectos perniciosos derivados de su composición. Por ejemplo, los anabolizantes hormonales, dependiendo

⁵⁹⁸ Señala VIDA FERNÁNDEZ en relación con algunos complementos alimenticios que se venden en establecimientos relacionados con el deporte con supuestas propiedades nutricionales, que el problema es que bajo esa apariencia se esconden verdaderos medicamentos por razón de las sustancias que contienen y de sus propiedades, que son medicamentos clandestinos al no haber sido previamente autorizados y registrados, en “Una nueva ordenación de los medicamentos para el control del dopaje”, DE ASÍS ROIG, A./ HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 198-199.

⁵⁹⁹ Al respecto, es significativo el dato de que el 80% de los productos dopantes que se comercializan ilegalmente aparecen diluidos o mezclados con otras sustancias, en MORENO CARRASCO, F., “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, cit., pág. 72. Respecto de las sustancias dopantes más frecuentemente contenidas en estos suplementos, la Fundación Indurain informaba en 2011 de que la Agencia Mundial Antidopaje (AMA) señalaba a la dehidroepiandrosterona (DHEA), la androstenediona y el androstenediol y sus derivados (incluyendo el "19" y el "nor"), el Ma huang, la efedrina y las anfetaminas.

de la dosis, de la combinación con otras sustancias y de las propias condiciones del usuario, pueden tener efectos hepatotóxicos; pueden producir reacciones adversas de diversa gravedad como vómitos, depresión, ginecomastia, esterilidad; o pueden comportar alteraciones de la coagulación sanguínea y de la glándula tiroides⁶⁰⁰. Por su parte, los estimulantes como la efedrina, se asocian a efectos perjudiciales como la hipertensión, taquicardias, alteraciones renales o trastornos psiquiátricos, que pueden derivar de su consumo reiterado o en dosis tóxicas. La detección de tales riesgos por parte de las autoridades españolas ha dado lugar a la retirada del mercado de algunos de estos suplementos ordenada por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (en adelante, AEMPS)⁶⁰¹; a operaciones policiales de dismantelamiento de redes que elaboraban clandestinamente y distribuían indiscriminadamente productos nutricionales adulterados a través de la Red –a cualquiera, sin necesidad de acreditar la condición de deportista– y en gimnasios⁶⁰²; así como a condenas en los tribunales nacionales, unas por el ilícito de dopaje, al tratarse de suplementos alimenticios que contenían sustancias dopantes⁶⁰³; y, otras, por alguna figura de las recogidas en el

⁶⁰⁰ A título de ejemplo, se pueden citar las graves consecuencias para la salud derivadas del consumo masivo de anabolizantes entre los deportistas de la República Democrática de Alemania (RDA) entre los años 70 y 80, que salieron a la luz en la investigación desarrollada por el Profesor Dr. GISELHER SPITZER de la Universidad Humboldt de Berlín, en 2007. En su estudio señala que una cuarta parte de los atletas entrevistados desarrollaron algún tipo de cáncer y un tercio manifestó tendencias suicidas. También destaca que los descendientes de estos deportistas han sufrido secuelas en su propia salud. Pueden consultarse los resultados de esta investigación en http://www2.hu-berlin.de/translating-doping/en/SPITZER_Children-Barcelona.pdf [última consulta: 31 de marzo 2016]. Asimismo, la AEPSAD informa de que la hepatotoxicidad relacionada con suplementos está aumentando en Estados Unidos, y los suplementos para culturistas son la causa más común, tal como refleja un nuevo estudio basado en los datos del Observatorio de Enfermedades Hepáticas por Consumo de Medicamentos (DILIN, <https://diln.dcri.duke.edu/>) creado por el Instituto Nacional para la Diabetes y Enfermedades Digestivas y del Riñón, en <http://www.mecd.gob.es/aepsad/educacion/divulgacion-cientifica/salud/2013/20131113-hepatotoxicidad-suplementos-alimenticios.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁶⁰¹ Gracias a la función de control de la AEMPS se han retirado del mercado algunos suplementos deportivos considerados peligrosos que contenían prohormonas anabolizantes relacionadas con la testosterona (Ultra-Sten, Halo-Plex Xtrem, Mega-Sten Extreme, Dymethaberry steel crushers comprimidos, Phreak, Nasty Mass InSLINsified, Prohormonal E-Pol InSLINsified). Estos productos se vendían en Internet y prometían un aumento de la musculatura sin efectos secundarios. También se ha ordenado la retirada de complementos alimenticios que contenían estimulantes como la sibutramina (Zero Xtrem), sustancia recogida en la Lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. Información disponible en www.aemps.gob.es, y en <http://www.aecosan.mssi.gob.es> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁶⁰² Por ejemplo, en junio de 2010 fueron intervenidos cientos de miles de anabolizantes y suplementos nutricionales que eran adulterados en laboratorios clandestinos y vendidos a través de Internet y de gimnasios, a culturistas fundamentalmente. Los miembros de la organización, que operaba en todo el territorio nacional, se dedicaban también a “labores de asesoramiento deportivo y nutricional”. Disponible en <http://www.elmundo.es/elmundo/2010/06/08/andalucia/1275984490.html>. Asimismo, es conocida la “Operación Burn”, llevada a cabo por la Policía municipal de Madrid, motivada por la proliferación de distintos locales y establecimientos donde se comercializan productos y artículos catalogados como complementos alimenticios, destinados mayoritariamente al consumo por parte de deportistas o personas que practican la cultura del culto al cuerpo o “body building”, en <http://www.elmundo.es/elmundo/2013/06/04/madrid/1370345336.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁶⁰³ En la mayoría de las resoluciones que han condenado por un delito de dopaje se aprecia que entre los productos dopantes intervenidos figuraban preparados que se comercializan habitualmente como suplementos nutricionales a través de Internet y que presentaban en su composición sustancias prohibidas en el deporte potencialmente peligrosas para la salud. Así, entre otras: SJP Valencia 29/2011, de 31 de enero (G-tropin); SAP Huelva 217/12, de 15 de junio (Ala 200); SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril (Stanabol); SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre (Anabol);

capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, en las que el objeto de la acción eran productos “naturales” para adelgazar que incorporaban sustancias estimulantes peligrosas y que, aunque no estaban diseñados para ser específicamente usados en el entorno deportivo, podían ser obtenidos también por individuos que practicasen deporte y quisieran controlar su peso⁶⁰⁴.

Por lo que respecta al segundo aspecto preocupante, son numerosas las actuaciones que se han desarrollado para denunciar públicamente la posible función dopante de estos preparados nutricionales. Así, en el año 2001, el COI patrocinó un estudio en el que se analizaron 634 suplementos nutritivos y se confirmó que el 15% contenía sustancias incluidas en la lista de Prohibiciones de la AMA que no estaban indicadas en la etiqueta, principalmente esteroides anabolizantes. Lo preocupante es que en este trabajo se demostró que, si bien en algunos productos se trataba de un problema de contaminación accidental, un porcentaje significativo de ellos provenían de compañías que no vendían anabolizantes, lo que permitía inferir una fabricación intencionada con elementos dopantes enmascarados bajo la apariencia de inofensivos preparados alimenticios⁶⁰⁵. En España, el Proyecto del Plan de lucha contra el dopaje en el deporte, aprobado por el Consejo de Ministros en 2005 también alertaba sobre el tráfico ilegal de sustancias como esteroides, péptidos, hormonas del crecimiento y complementos nutricionales de todo tipo que incluyen elementos prohibidos por su función dopante y dañina para la salud. En particular, se destacaba que este lucrativo negocio (más de 16.000 millones de dólares solo en 2003) se realizaba principalmente a través de Internet, tras la aparente fachada legal de vender en la Red vitaminas y suplementos

SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre (Ala, Anabolón); SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero (No-Explode, Cell-Tech, Tight RTD); SAP Sevilla 517/2014, de 23 de septiembre (LIV 52).

⁶⁰⁴ Así, y además de las condenas que se han producido a partir de la entrada en vigor del artículo 361 bis del Código penal, se pueden señalar otras anteriores relativas a productos nutricionales peligrosos en las que se han apreciado algunos de los ilícitos contra la salud pública. En concreto, la SAP Córdoba 34/2002, de 30 de septiembre y la STS 1207/2004, de 11 de octubre, referidas ambas a un producto aparentemente nutricional que contenía estimulantes y bumetanida, una sustancia que actualmente se prohíbe en el deporte (se aplicó un delito del art. 359 Cp, relativo a sustancias nocivas). Asimismo, en la SAP Badajoz 8/2006, de 14 de febrero se reconoció la comisión de un delito de fraude alimentario por la presencia en un complemento alimenticio de un anorexígeno prohibido (concretamente del art. 364.1. Cp, en relación con el artículo 367 Cp), aunque no se condenó porque no se dirigió la imputación contra el sujeto responsable.

⁶⁰⁵ Los resultados del Estudio del COI han venido corroborados por investigaciones posteriores. Así lo indican BURKE LOUISE M./LINDY M. CASTELL/SAMANTHA J. STEAR, BJSM reviews: A-Z of supplements: dietary supplements, sports nutrition foods and ergogenic aids for health and performance Part 1 and 2. Br.J Sports Med 43: 728-729; 807-810, 2009. Señalan estos autores que en 2007, el HFL *Sport Science* (un laboratorio especializado de WADA, integrante del Grupo *Quotient Bioscience*) en el Reino Unido analizó 58 suplementos comprados a través de puntos de ventas minoristas estándares en Estados Unidos. En el estudio se observó que el 25% incorporaba esteroides prohibidos y el 11% estaba contaminado con estimulantes prohibidos. En 2008, el HFL continuó con el análisis de 152 productos comprados en los puntos de venta minoristas estándares en el Reino Unido y observó que más del 10% presentaban en su composición esteroides y/o estimulantes. Disponible en <http://g-se.com/es/journals/public-premium/articulos/revisiones-del-bjsm-suplementos-de-la-a-a-la-z-suplementos-dietarios-alimentos-para-la-nutricion-deportiva-y-ayudas-ergogenicas-para-la-salud-y-el-rendimiento-parte-1-y-2-1346>, [última consulta: 31 de marzo 2016].

alimenticios. El reflejo de esta alarma quedó plasmado tanto en la Ley Orgánica 7/2006, que dedicaba el Título II (arts. 37 a 43) a establecer medidas de control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales que contengan sustancias prohibidas en la actividad deportiva⁶⁰⁶, como en la nueva Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva (arts. 55 a 63, Título III), que repite el esquema previsto en la anterior con algunas novedades⁶⁰⁷. Más recientemente, el Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención Internacional contra el dopaje en el Deporte, celebrada en París en 2011, indica que en varios estudios se ha comprobado que entre un 10 y un 20 por ciento de los suplementos corrientes, disponibles en un amplio número de países, contiene sustancias prohibidas como estimulantes, hormonas, prohormonas y esteroides anabolizantes androgénicos⁶⁰⁸. Asimismo, desde instancias jurisdiccionales se han corroborado casos positivos por dopaje a través de compuestos nutricionales. En este sentido, no está de más recordar la sanción impuesta por el Tribunal de Arbitraje Deportivo (TAS) a un conocido ciclista español, por la detección de clenbuterol en orina atribuido a la ingestión de estos suplementos alimenticios,⁶⁰⁹ o los casos de dos

⁶⁰⁶ Entre otras medidas, se imponía la obligación de llevar un libro registro de los productos dispensados o recetados a los deportistas; se facultaba a la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje para solicitar de la AEMPS, así como de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria (AESAs), la adopción de medidas que permitiesen la trazabilidad de los productos susceptibles de producir dopaje en el deporte; se recogía que el Ministerio de Sanidad y Consumo, de acuerdo con el CSD y las Comunidades Autónomas, establecería mecanismos de información y de publicidad específicos de los productos nutricionales que, sin ser medicamentos, puedan producir en el ámbito del deporte un resultado positivo de dopaje; y, también, se prohibía el depósito, comercialización o distribución en establecimientos dedicados a actividades deportivas de aquellos productos que contuviesen sustancias dopantes prohibidas. Ofrecen un comentario a estas disposiciones RECUERDA GIRELA, M. A., “El control de los productos susceptibles de producir dopaje en el deporte” y “Condiciones de utilización de productos nutricionales susceptibles de producir dopaje en el deporte”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 389-416; VIDA FERNÁNDEZ, J., “De las medidas de control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales, que contengan sustancias prohibidas en la actividad deportiva”, cit., págs. 477-510.

⁶⁰⁷ Por ejemplo, se introducen disposiciones relativas a la publicidad y venta a través de sistemas electrónicos de productos susceptibles de producir dopaje (art. 61), y se establece un sistema de información que permitirá conocer las sustancias que pueden ser dopantes y los métodos prohibidos en el deporte, así como, entre otros, los datos de los expedientes disciplinarios invocados y sancionados (art. 63).

⁶⁰⁸ El Informe ICDS/3CP/Inf.3, relativo a la aplicación del artículo 10 de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte, se refiere a estos estudios en el apartado 2 de la Introducción, remitiéndose específicamente a los dos siguientes: SCHANZER, W., *Analysis of Non-Hormonal Nutritional Supplements for Anabolic-Androgenic Steroids: An International Study*, 2002; y GEYER, H. et. al., “Analysis of non-hormonal nutritional supplements for anabolicandrogenicsteroids: Results of an international study”, *International Journal of Sport Medicine*, núm.25, 2004, págs. 124-129. Con todo, hay estudios más recientes referidos a suplementos nutricionales que también confirman en líneas generales estos datos. Así, señalan que entre un 10-15% de los suplementos nutricionales presentan en su composición elementos dopantes, OUTRAM, S./STEWART, B., “Doping through supplement use: a review of the available empirical data”, en *Internacional Journal of Sport Nutrition and Exercise Metabolism*, núm. 25(1), febrero 2015, págs. 54-59.

⁶⁰⁹ STAS de 6 de febrero de 2012, asuntos acumulados CAS 2011/A/2384 y CAS 2011/A/2386.

velocistas jamaicanos suspendidos por dopaje derivado también de un preparado nutricional⁶¹⁰.

Vistos los riesgos vinculados a estos productos, puede afirmarse que existen razones político-criminales que podrían, llegado el caso, justificar la intervención penal en este ámbito. Si aceptamos que la ingestión de suplementos o complementos nocivos que se ofrecen en el mercado para aumentar la potencia física, la masa muscular, o la recuperación tras un esfuerzo físico puede conllevar peligros importantes para la salud, individual o colectiva, se hace necesario prevenir y evitar las conductas de quienes se enriquecen a riesgo de lesionar la vida o la salud de otros. Tal tarea corresponde en el contexto de las medidas de orden jurídico inicialmente al Derecho administrativo y, en última instancia, al Derecho penal.

En esta parte del trabajo voy a estudiar, de un lado, la normativa administrativa aplicable a –y a la que se sujetan– los suplementos deportivos que se vienen comercializando como productos dietéticos o como complementos alimenticios; de otro lado, expondré las posibilidades de subsumir las conductas ilícitas relativas a aquellos suplementos deportivos que sean peligrosos para la salud en alguna de las infracciones comprendidas en el Capítulo III del Título XVII del Libro II del Código penal, bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁶¹⁰Información disponible en <http://www.eltiempo.com/deportes/atletismo/asafa-powell-creo-que-el-tas-hizo-justicia-al-reducir-su-sancion/14251979> [última consulta: 31 de marzo 2016]. Advierten de que entre un 6,4% y un 8,8% de los positivos por dopaje podrían ser debidos a su consumo, OUTRAM, S./STEWART, B., “Doping through supplement use: a review of the available empirical data”, cit. La AEPSAD alerta asimismo de que un gran porcentaje de resultados positivos en controles de dopaje son debidos a la presencia o contaminación de complementos alimenticios con sustancias incluidas en la Lista de Sustancias Prohibidas en el Deporte, en <http://www.mecd.gob.es/aepsad/informed-sport.html> [última consulta: 31 de marzo 2016]. Precisamente, para evitar que los deportistas consuman accidentalmente suplementos que puedan contener sustancias dopantes, la empresa británica LGC ha desarrollado un programa de prueba y certificación de complementos alimenticios denominado *Informed Sport*, que avalado y desarrollado junto con Organizaciones Nacionales Antidopaje como UKAD del Reino Unido o NADA de Alemania, permite al deportista acceder a una compra segura de complementos.

CAPÍTULO PRIMERO: SUPLEMENTOS DEPORTIVOS, COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS Y PRODUCTOS DIETÉTICOS. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA LEGISLACIÓN ESPECÍFICA

I. EL MARCO NORMATIVO APLICABLE A LOS PRODUCTOS DIETÉTICOS Y A LOS COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS

Los suplementos deportivos son compuestos que, por lo común, se dirigen a mejorar el rendimiento deportivo. Aunque, como he apuntado, existen medicamentos legales susceptibles de coadyuvar a tal fin, la realidad es que la mayoría de estos productos se ofrecen a los consumidores como suplementos nutricionales, generalmente catalogados como “dietéticos” o como complementos alimenticios, dentro del campo de la alimentación. Incluyen una amplia gama de preparados no farmacéuticos – teóricamente– que cumplen una función nutritiva, como por ejemplo vitaminas y minerales, proteínas, ayudas ergogénicas⁶¹¹, aminoácidos, extractos de hierbas⁶¹², ácidos grasos esenciales, carbohidratos, prebióticos, taurina, creatina o L-carnitina. No obstante, es posible que en su composición estén presentes sustancias medicamentosas que no se indican y que, caso de ser declaradas o conocidas, podrían llevar a la aplicación de la legislación sobre medicamentos, más rigurosa y estricta que las disposiciones alimentarias. Por ello, la opción de lanzar al mercado estos suplementos como productos dietéticos o como complementos alimenticios puede comportar la sujeción a una normativa que no garantice suficientemente el control y la seguridad de estos productos, que examinaré a continuación.

Como punto de partida, y con carácter previo al análisis de la normativa específica que regula cada categoría de productos, hay que hacer referencia a la naturaleza alimenticia que presentan y al entramado de disposiciones que les afectan. El Reglamento (CE) 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2002, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación

⁶¹¹ Las ayudas ergogénicas consisten en el empleo de sustancias (y/o técnicas) para mejorar la utilización de energía, así como su producción, control y eficiencia. Básicamente con ellas se persigue potenciar alguna cualidad física, como la fuerza, la velocidad, la coordinación, disminuir la ansiedad y los temblores, coadyuvar al control del peso, mejorar la actitud competitiva, y retrasar la fatiga o acelerar la recuperación del organismo.

⁶¹² Si bien los extractos de hierbas podrían abarcar algunas de las categorías que se mencionan, la razón de indicarlos expresamente responde a que el Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, sobre complementos alimenticios, los recoge entre los elementos que pueden estar presentes en su composición.

alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, entiende por “alimento o producto alimenticio”: “cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no. “Alimento” incluye las bebidas, la goma de mascar y cualquier sustancia, incluida el agua, incorporada voluntariamente al alimento durante su fabricación, preparación o tratamiento”. Esta definición amplia se complementa con una lista negativa que excluye determinadas sustancias, entre ellas, los medicamentos (art. 2). Su ámbito de aplicación alcanza a todo el territorio de la Unión Europea, intentando armonizar un concepto que se venía configurando de modo diferente según los Estados⁶¹³. Así pues, de acuerdo con esta extensa noción que se ofrece, se puede afirmar que quedan englobados dentro de los alimentos tanto los comúnmente denominados productos dietéticos como los complementos alimenticios, pues son preparados (sean líquidos o sólidos) destinados a ser ingeridos por los seres humanos (sea su finalidad nutritiva, frutiva o de otro tipo).

Confirmado su carácter alimentario, veamos cuál es la legislación aplicable a cada uno de ellos. En primer lugar, conforme he referido, algunos suplementos nutricionales para deportistas se han venido comercializando dentro de la categoría general de los productos dietéticos o alimentos destinados a una alimentación especial. La Directiva 2009/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo, relativa a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial, los define como aquellos que, “por su composición particular o por el particular proceso de fabricación, se distinguen claramente de los productos alimenticios de consumo corriente, que son apropiados para el objetivo nutritivo indicado y que se comercializan indicando que responden a dicho objetivo” (art. 2). Este concepto se recoge asimismo en el artículo 2 del Real Decreto 1809/1991, de 13 de diciembre, por el que se modifica la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, aprobada por el Real Decreto 2685/1976. Por consiguiente, estamos ante *preparados alimenticios* o *productos alimenticios* que se destinan a satisfacer necesidades nutritivas particulares de determinados grupos de individuos a los que se refiere la norma.

⁶¹³ Queda así superado el concepto de alimento que proporcionaba el Código Alimentario Español (CAE), aprobado por el Real Decreto 2484/1967, de 21 de septiembre.

Estos alimentos dietéticos abarcan un amplio número de productos, algunos de los cuales han sido objeto de una regulación específica en el ámbito comunitario y en el nacional, que en este momento atraviesa una fase de transición como consecuencia de la aprobación del Reglamento (UE) 609/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de junio de 2013, relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad, los alimentos para usos médicos especiales y los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso. Concretamente, cuentan con una normativa propia los preparados para lactantes y de continuación⁶¹⁴; los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad⁶¹⁵; los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso⁶¹⁶; los alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales⁶¹⁷; y, los productos alimenticios apropiados para personas con intolerancia al gluten⁶¹⁸. De acuerdo con el nuevo marco legislativo que se está implantando en virtud del Reglamento (UE) 609/2013, sobre el que me detendré en breve, las cuatro primeras clases mencionadas pasarán en un futuro próximo a estar reguladas mediante los actos delegados que adopte la Comisión (art. 18). Una vez que tales actos sean de aplicación, quedarán derogados las Directivas y Reales Decretos por los que se rigen en la actualidad este tipo de compuestos. En lo que se refiere a los alimentos sin gluten, quedarán sometidos a una serie de disposiciones de la Unión Europea que indica el Reglamento a partir del 20 de julio de 2016, fecha en la que dejará de estar vigente la norma comunitaria a la que se sujetan hoy en día.

Junto a los alimentos mencionados, existen otras clases de productos dietéticos para los que no se ha desarrollado una normativa propia, tales como los alimentos pobres en

⁶¹⁴ Recogidos en el Real Decreto 867/2008, de 23 de mayo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los preparados para lactantes y de los preparados de continuación; modificado por el Real Decreto 165/2014, con el fin de incorporar a nuestro ordenamiento la Directiva 2013/46/UE de la Comisión, de 28 de agosto, por la que se modifica la Directiva 2006/141/CE con respecto a los requisitos sobre proteínas de los preparados para lactantes y preparados de continuación.

⁶¹⁵ Regulados por el Real Decreto 490/1998, de 27 de marzo, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad y sus modificaciones posteriores; así como por la Directiva 2006/125/CE de la Comisión, de 5 de diciembre, relativa a los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad.

⁶¹⁶ Contemplados en el Real Decreto 1430/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los productos alimenticios destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso; modificado por el Real Decreto 868/2008, de 23 de mayo, que traspone la Directiva 96/8/CE de la Comisión, de 26 de febrero de 1996, relativa a los alimentos destinados a ser utilizados en dietas de bajo valor energético para reducción de peso y que ha sido modificada a su vez por la Directiva 2007/29/CE de la Comisión, de 30 de mayo.

⁶¹⁷ Sujetos al Real Decreto 1091/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba la Reglamentación Técnico-Sanitaria específica de los alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales, que traspone la Directiva 1999/21/CE de la Comisión, de 25 de marzo, sobre alimentos dietéticos destinados a usos médicos especiales.

⁶¹⁸ Que se rigen por la versión consolidada del Reglamento (CE) 41/2009 de la Comisión, de 20 de enero, sobre la composición y etiquetado de los productos alimenticios apropiados para personas con intolerancia al gluten.

sodio; los alimentos para diabéticos; los alimentos para prematuros; las dietas de muy bajo valor energético para control de peso y; en lo que interesa a este trabajo, los alimentos destinados a un intenso desgaste muscular, sobre todo destinados a deportistas. A estos últimos se refiere el texto consolidado del Real Decreto 2685/1976, que alude a los “alimentos complementarios o para situaciones de esfuerzo y desgaste” y, entre ellos, a los alimentos que proporcionan nutrientes complementarios a aquellas personas que realizan esfuerzos físicos extraordinarios (art. 3.1.2 y 3.1.2.2). A falta de una legislación específica, estos preparados alimenticios para deportistas han de cumplir de momento con las condiciones generales que en él se establecen para los productos destinados a una alimentación especial, así como cualquier otra disposición que pueda resultar de aplicación. En este punto, es preciso poner de manifiesto que, pese a que tanto la Directiva 2009/39/CE como el propio Real Decreto 1809/1991 y el Real Decreto 144/2000 que modificaron sucesivamente el Real Decreto 2685/1976 preveían que se regulasen de forma particular⁶¹⁹, lo cierto es que la Comisión no ha presentado ninguna propuesta legislativa, de modo que siguen siendo de aplicación las disposiciones generales.

Sentado lo anterior, y por añadidura, hay que poner de relieve que los suplementos deportivos que se ofertan en el mercado como productos dietéticos se hallan también en una etapa de renovación en cuanto a la legislación que les afecta, por la situación normativa que se ha planteado con la aprobación del Reglamento (UE) 609/2013. Dos informes elaborados en los años 2008 y 2009 respectivamente⁶²⁰, pusieron de relieve que la vasta definición de alimentos destinados a una alimentación especial estaba originando, entre otros, problemas de inseguridad jurídica, no solo para las autoridades nacionales, sino también para los explotadores de empresas alimentarias y para los consumidores. La amplitud del concepto estaba propiciando interpretaciones divergentes por parte de las autoridades nacionales que llevaba a que se produjesen situaciones en las que un mismo alimento fuese comercializado como especial o como alimento de consumo normal. Ante esta situación, el Parlamento Europeo y el Consejo procedieron a aprobar el citado Reglamento (UE) 609/2013, por el que se derogan la

⁶¹⁹ El Real Decreto 1809/1991 introdujo un anexo en que se relacionaban los productos alimenticios que habrían de ser objeto de legislación específica, a establecer mediante Reglamentaciones Técnico-Sanitarias. En esta lista figuraban los “alimentos adaptados a un intenso desgaste muscular, sobre todo para deportistas”. El Real Decreto 144/2000 modificó este anexo, si bien mantuvo la referencia a esta clase de alimentos.

⁶²⁰ El Informe de 27 de junio de 2008 de la Comisión, relativo a la aplicación del procedimiento general (establecido por la Directiva 2009/39/CE) de notificación a nivel nacional de los alimentos que los explotadores de empresas alimentarias presentan como incluidos en la definición de “productos alimenticios destinados a una alimentación especial” para los que el Derecho de la Unión no prevé disposiciones específicas; y el Informe de 29 de abril de 2009 realizado por Agra CEAS Consulting, relativo a la revisión de la Directiva 2009/39/CE.

Directiva 92/52/CEE del Consejo, las Directivas 96/8/CE, 1999/21/CE, 2006/125/CE y 2006/141/CE de la Comisión, la Directiva 2009/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y los Reglamentos (CE) N° 41/2009 y (CE) N° 953/2009 de la Comisión, y con el que se pretende reforzar la protección de los consumidores y facilitar la distinción entre los alimentos de consumo generalizado y aquellos para grupos específicos.

Los cambios más trascendentales que incorpora esta disposición son, de un lado, el establecimiento de un nuevo estatus jurídico para los alimentos particulares que contempla; y, de otro lado, la abolición del concepto de “alimentos destinados a una alimentación especial” (dietéticos), entre los que se encuentran los alimentos adaptados a un intenso desgaste muscular, sobre todo para los deportistas, que tendrá efecto a partir del 20 de julio de 2016. En relación con ellos, el Reglamento advierte de que no ha sido posible alcanzar una conclusión respecto al desarrollo de una legislación específica, por la divergencia de opiniones entre los Estados miembros y las partes interesadas en cuanto al ámbito de aplicación de una normativa propia, el número de subcategorías de alimentos que debían incluirse, los criterios para el establecimiento de requisitos de composición y el impacto potencial en la innovación para el desarrollo de productos (Considerando 32). No obstante, ante la evidencia de que hay posiciones a favor de establecer normas adicionales para garantizar una protección adecuada de los consumidores de estos alimentos destinados a deportistas, insta a la Comisión en su artículo 13 para que presente al Parlamento Europeo y al Consejo un informe sobre la necesidad, en su caso, de disposiciones para los alimentos destinados a deportistas. El informe podrá, si fuese preciso, ir acompañado de la oportuna propuesta legislativa. Aun así, hasta la fecha la Comisión no ha producido el documento correspondiente, sobrepasando el plazo para su emisión que fijaba la norma comunitaria (20 de julio de 2015).

Así pues, ante este estado de cosas, podría decirse que el marco normativo de los alimentos especiales para deportistas es bastante complejo, pues en el mercado existen actualmente preparados para deportistas que se someten a la normativa referida a alimentos destinados a una alimentación especial pero que, a partir de julio de 2016, dejarán de incluirse en esta categoría y de sujetarse a la regulación que se deroga⁶²¹. Con el nuevo escenario legislativo, los productos que hoy se consideran como “dietéticos” a

⁶²¹ Para los productos que no son objeto del Reglamento (UE) 609/2013, entre ellos estos suplementos nutricionales deportivos, que hayan sido comercializados o etiquetados antes del 20 de julio de 2016 con arreglo a la Directiva 2009/39/CE y al Reglamento (CE) 953/2009, se prevé que puedan seguir comercializándose hasta que se agoten las existencias (art. 21).

los que no alcance el Reglamento (UE) 609/2013 quedarán sujetos a otras disposiciones ya vigentes tales como el Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, sobre declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, o el Reglamento (CE) 1925/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, sobre la adición de vitaminas, minerales y otras sustancias a los alimentos, que es aplicable también a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial⁶²². Además, la legislación comunitaria provocará, sin duda, cambios en el ámbito nacional que es previsible que afecten a diversas disposiciones.

Por ello, atendiendo a que los suplementos dietéticos para deportistas se encuentran en un periodo de transición, creo que lo más conveniente en este trabajo será analizar el entorno normativo vigente y realizar alguna observación acerca de cómo se conformará el estatuto jurídico de estos alimentos especiales para deportistas con posterioridad al 20 de julio de 2016.

En segundo lugar, he explicado que la mayoría de los suplementos nutricionales para deportistas vienen lanzándose al mercado como complementos alimenticios. Estos compuestos presentan un panorama algo más sencillo en cuanto a la determinación de su régimen jurídico, pues se regulan en el Real Decreto 1487/2009, de 26 de septiembre, que traspone al Derecho interno la Directiva 2002/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 10 de junio, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de complementos alimenticios. No obstante, la estabilidad normativa en esta materia es relativa, pues en el año 2013 se presentó un Proyecto de Real Decreto para modificarla en el sentido de ampliar la clase de ingredientes que pueden utilizarse en la fabricación de los complementos alimenticios que, de momento, no ha sido aprobado⁶²³. Al igual que ocurre con los productos dietéticos, son también alimento, si se tiene en cuenta que el Reglamento (CE) 178/2002 equipara expresamente los alimentos y los productos alimenticios en su artículo 2. En este sentido, el artículo 1 del Real decreto 1487/2009 los define como “los *productos alimenticios* cuyo fin sea complementar la dieta normal y consistentes en fuentes concentradas de nutrientes o de otras sustancias que tengan un efecto nutricional o fisiológico”.

⁶²² El Reglamento señala en su Considerando 11 que las disposiciones contenidas en estos actos legislativos de la Unión “permitirían regular adecuadamente algunas de las categorías de alimentos cubiertas por la Directiva 2009/39/CE con una reducción de la carga administrativa y mayor claridad en cuanto a su ámbito de aplicación y objetivos”.

⁶²³ Disponible en <http://www.msssi.gob.es/normativa/docs/Rdcomplementos.pdf> [última consulta: 31 de marzo 2016].

A la vista de lo expuesto, hay que puntualizar que el entramado de normas aplicables en relación con ambas clases de productos no deja de ser complejo pues, además de las disposiciones específicas de ámbito alimentario y específicas por sector o industria alimentaria que operan en este contexto tan dinámico, se extiende a ellos la normativa general sobre protección del consumidor⁶²⁴. Todas ellas están presididas por el objetivo de garantizar la seguridad alimentaria en todas sus facetas, previniendo y evitando los potenciales peligros para la salud humana que pueden derivar del consumo de alimentos que no sean seguros. Con todo, un estudio más profundo pone de manifiesto una serie de carencias y deficiencias que reflejan la problemática que existe en torno a estos compuestos alimenticios para deportistas y que paso a exponer.

II. EL CONTROL ADMINISTRATIVO PARA LA PUESTA EN EL MERCADO DE LOS PRODUCTOS DIETÉTICOS Y DE LOS COMPLEMENTOS ALIMENTICIOS

Un breve repaso por los requisitos a los que se sujeta la puesta en el mercado de los denominados productos dietéticos y los complementos alimenticios revela que el sistema de control por parte de la Administración puede no ser el más eficiente para garantizar la seguridad alimentaria.

En particular, por lo que se refiere a la comercialización de los productos dietéticos, hay que tomar en consideración, de un lado, el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, que exige la inscripción de las empresas implicadas en la cadena alimentaria; y, de otro lado, el Real Decreto 2685/1976, que en su artículo 10 (en la redacción dada por el RD 682/2014) establece la obligación de comunicar a la autoridad competente, con carácter previo o *simultáneo* a la primera puesta en el mercado, la comercialización de determinados productos alimenticios destinados a una alimentación especial. Concretamente, entre aquellos se incluyen los que no han sido objeto de una legislación específica pese a que así estaba previsto, lo que es el caso de los “alimentos adaptados a un intenso desgaste muscular, sobre todo para los deportistas” (art. 10.1.b)). La comunicación ha de realizarse mediante la transmisión de un modelo de etiquetado del producto a comercializar a las autoridades competentes, procediendo la Agencia Española de

⁶²⁴ A título ejemplificativo: Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios, modificado por la Ley 3/2014, de 27 de mayo; Ley 44/2006, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias; Real Decreto 1945/1983, de infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agroalimentaria; Ley 14/1986, general de sanidad; Ley 17/2011, de seguridad alimentaria y nutrición.

Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante, AECOSAN) a dar publicidad adecuada de los datos del producto.

En relación con los complementos alimenticios las exigencias son las mismas, pues también se requiere la inscripción registral de las empresas responsables de su producción, transformación, envasado, almacenamiento, distribución, importación y comercialización (art. 8 RD 1487/2009), y basta con notificar a la autoridad sanitaria competente su puesta en el mercado nacional mediante el envío de un ejemplar de la etiqueta (obligación que también ha de cumplimentarse con carácter previo o *simultáneo* a la comercialización)⁶²⁵.

En consecuencia, cuando los suplementos deportivos se comercializan bajo la denominación de dietéticos o bajo la de complementos alimenticios (que es lo más frecuente), quedan sujetos a unos requisitos para su puesta en circulación que, en mi opinión, son insuficientes, pues solo se exige la presentación de la etiqueta, que puede no corresponder a la realidad. Aunque la normativa prevé que la autoridad sanitaria pueda requerir, cuando lo considere necesario, la presentación de los trabajos científicos que acrediten la conformidad del producto y, por supuesto, pueda adoptar las medidas procedentes cuando compruebe que este puede suponer un peligro para la salud de las personas, lo cierto es que el ejercicio de estas competencias suele ser posterior a la puesta en circulación de los productos, con lo que las garantías de seguridad se resienten. Si a ello se suma que en ambos supuestos no se precisa autorización previa y que no existen procedimientos de evaluación de estos alimentos “de diseño” tan rigurosos como los propios del ámbito del medicamento, se puede producir el efecto indeseable de favorecer el lanzamiento al mercado de productos alimenticios que no son totalmente seguros. De hecho, en las notas informativas sobre medicamentos ilegales que publica la AEMPS se ordena con frecuencia la retirada de productos que se comercializan como complementos alimenticios y que han sido notificados como tales a la AECOSAN, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente⁶²⁶. Por ello, creo que la naturaleza un tanto especial de estos suplementos, que se elaboran y comercializan

⁶²⁵ El Real Decreto 1487/2009 impone, a efectos de controlar eficazmente este tipo de alimentos, la obligación para el responsable de la comercialización del producto en nuestro país, de notificar su puesta en el mercado nacional a las autoridades competentes, enviándoles un ejemplar de la etiqueta con carácter previo o simultáneo a la primera puesta en el mercado. Esta notificación obligatoria deberá ser realizada por el fabricante, el responsable de la primera puesta en el mercado, o el importador, en el caso de terceros países (art. 9). En el etiquetado deberán indicarse una serie de datos, tales como la denominación de las categorías de nutrientes o sustancias que caractericen el producto, o una indicación relativa a la naturaleza de dichos nutrientes o sustancias (art. 5); la dosis del producto recomendada para su consumo diario (art. 5); o también la cantidad de nutrientes o sustancias con un efecto nutricional o fisiológico contenidos en el producto, referida a dosis del producto (art. 6).

⁶²⁶ Véase *supra* la nota 601, pág. 280.

para contribuir al bienestar físico y psíquico de los consumidores, debería tomarse en consideración a los efectos de establecer un sistema de control más estricto que no deje resquicio a la ilegalidad.

Aun así, no parece que este sea el enfoque del poder legislativo. Precisamente, los productos dietéticos venían siendo objeto de inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos, por prescripción del artículo 3 del Real Decreto 191/2011, y previa resolución de las autoridades competentes sobre su adecuación al uso a que iban destinados, lo que garantizaba un control más exhaustivo⁶²⁷. Sin embargo, en agosto de 2014 se publicó el Real Decreto 682/2014, de 1 de agosto, por el que se modifica el Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, y otros cuatro reglamentos sobre esta materia, que supuso un cambio importante en este tema, pues suprimió la exigencia de inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos de las aguas minerales naturales y aguas de manantial y de los productos alimenticios destinados a una alimentación especial⁶²⁸. El propósito declarado con tal supresión era el de contribuir a la eliminación de cargas administrativas e impulsar la actividad comercial, presupuesto que “la seguridad alimentaria descansa, cada vez más, en los operadores económicos”.

III. LA REGULACIÓN EN CUANTO A SU COMPOSICIÓN

El análisis de las prescripciones relativas a la composición de alimentos dietéticos aplicables a los productos especiales destinados a deportistas y a los complementos alimenticios arroja un pobre balance que dificulta la clasificación de los productos dentro de estas categorías.

En efecto, en lo que respecta a los productos dietéticos, el estadio de transición en que se encuentran obliga a tener en cuenta, puesto que no existe una reglamentación específica para los productos nutricionales destinados a un intenso desgaste muscular,

⁶²⁷ A esta inscripción se refería también el Real Decreto 431/1999, que sustituyó el Título III del Real Decreto 2685/1976, modificado a su vez por el Real Decreto 1809/1991, y que establecía en su artículo 10, aplicable a los alimentos destinados a un intenso desgaste muscular, que su comercialización debería ser objeto de notificación, con carácter previo *o simultáneo* a la primera puesta en el mercado, mediante la transmisión a las autoridades competentes de un modelo de etiquetado del producto a comercializar. Tales órganos, indicaba el precepto, resolverían sobre su adecuación al uso al que iban destinados, procediéndose en caso de dictamen positivo a su inscripción posterior en el entonces denominado Registro General Sanitario de Alimentos.

⁶²⁸ En paralelo, dio también una nueva redacción al artículo 10 del Real Decreto 2685/1976, suprimiendo las referencias a la resolución de la autoridad competente sobre la adecuación del producto al uso al que iba destinado, de cara a su inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos.

por una parte, el Reglamento (CE) 1925/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, sobre la adición de vitaminas, minerales y otras sustancias determinadas a los alimentos, y el Reglamento (CE) 953/2009 de la Comisión, de 13 de octubre, sobre sustancias que pueden añadirse para fines de nutrición específicos en alimentos destinados a una alimentación especial⁶²⁹; y, por otra parte, el ya mencionado Reglamento (UE) 609/2013, relativo a los alimentos destinados a los lactantes y niños de corta edad, los alimentos para usos médicos especiales y los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso, que sustituye al Reglamento (CE) 953/2009, si bien con efectos a partir de la aplicación de los actos delegados que adopte sucesivamente la Comisión con respecto, entre otros, a los requisitos específicos de composición aplicables a los alimentos que son objeto de regulación (a los que se refiere el artículo 11). Por tanto, se trata de estudiar la normativa sobre composición que ha de considerarse aplicable según el momento concreto.

La primera de estas disposiciones (Reglamento (CE) 1925/2006) señala que únicamente podrán añadirse a determinados alimentos (entre los que contempla los productos alimenticios destinados a una alimentación especial) las vitaminas y/o los minerales que figuran en las listas de su Anexo I, en las formas que se enumeran en las listas de su Anexo II, y en todo caso con arreglo a las normas en él establecidas⁶³⁰. Asimismo, se crea un Anexo III para que, en los casos en que se incorpore alguna sustancia que no sea una vitamina o un mineral, la Comisión la evalúe y, si lo considera procedente, la clasifique como sustancia prohibida, como sujeta a restricción, o sometida a control comunitario⁶³¹. De este modo, aun cuando se prevea un control por el órgano comunitario, se contempla la eventualidad de que se adicione elementos diferentes a las vitaminas o los minerales. Por su parte, la segunda de estas disposiciones (Reglamento (CE) 953/2009) recoge, con carácter general, una lista no exhaustiva de sustancias nutritivas que pueden incorporarse para fines de nutrición en

⁶²⁹ Debe tenerse en cuenta que, en el ámbito nacional, está también vigente el Real Decreto 956/2002, de 13 de septiembre, por el que se aprueban las sustancias que pueden añadirse para fines de nutrición específicos en los preparados alimenticios destinados a una alimentación especial (dietéticos), con sus modificaciones posteriores.

⁶³⁰ Los Anexos I y II han sido modificados por el Reglamento (CE) 1170/2009 y por el Reglamento (UE) 1161/2011, que han añadido nuevas sustancias.

⁶³¹ Por lo que respecta al Anexo III, es interesante destacar que un Estado miembro cursó una solicitud a la Comisión para iniciar el procedimiento previsto en el art. 8 del Reglamento 1925/2006 e incluir en el Anexo III las hierbas de ephedra y el yohimbe, muy utilizadas en complementos alimenticios para deportistas que pueden obtenerse fácilmente en la Red. Tras los dictámenes correspondientes de la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria (en adelante, EFSA), el 12 de marzo de 2014 se publicó el Reglamento (UE) 2015/403 de la Comisión, por el que se añaden en la parte A del Anexo como sustancias prohibidas las hierbas de Ephedra y sus preparados procedentes del género Ephedra y se incorpora la corteza de yohimbe en la parte C del Anexo, que relaciona las sustancias sujetas a control comunitario. El Reglamento de ejecución (UE) 307/2012, de la Comisión, desarrolla el procedimiento previsto en el artículo 8 del Reglamento (CE) 1925/2006 para la inclusión de sustancias en el Anexo III.

alimentos destinados a una alimentación especial, con lo que también queda abierta la posibilidad de ingredientes diferentes⁶³². Este Reglamento no se aplica a los considerados alimentos dietéticos que cuenten con una legislación específica que regule, entre otros aspectos, los requisitos relativos a su composición y etiquetado como, por ejemplo, los alimentos elaborados a base de cereales y alimentos infantiles para lactantes y niños de corta edad ni los preparados para lactantes y preparados de continuación. Así pues, por lo que se refiere a sus componentes, puede afirmarse que, al no existir una regulación propia y hasta tanto se derogue el Reglamento (CE) 953/2009, los preparados alimenticios para deportistas están sometidos a la regulación general señalada, con los defectos derivados de la relativa indeterminación de los ingredientes que se pueden añadir, y con la consecuencia de un cierto vacío legal, pues sigue faltando una legislación específica adecuada a su especial condición, que concrete las particularidades propias relativas a su elaboración, composición, etiquetado, presentación, publicidad y a la propia comercialización.

La tercera disposición (Reglamento (UE) 609/2013) ha de ser comentada porque, como ya he indicado, determina la derogación del Reglamento (CE) 953/2009. Esta norma comunitaria recoge una lista de la Unión, en la que se relacionan las sustancias que pueden adicionarse a las distintas categorías de alimentos que contempla, entre los que no figuran los alimentos para deportistas, como hemos visto. Además, se habilita a la Comisión para incluir nuevas sustancias con efectos nutricionales o fisiológicos y se permite, con determinadas condiciones, añadir a los alimentos que constituyen su objeto sustancias pertenecientes a categorías no enumeradas en la citada lista. La consecuencia de esta nueva normativa es que se configura un panorama, a mi juicio, complejo y confuso. De un lado, los alimentos para lactantes y niños de corta edad, los alimentos para usos médicos especiales y los sustitutivos de la dieta completa para el control de peso quedarán regulados en su composición de un modo más completo, pues además de las sustancias previstas en la lista, contarán con un control más exhaustivo de la Comisión, que a través de los actos delegados podrán actualizarla y adaptarla periódicamente a los cambios y las novedades que se vayan produciendo en este sector. Pero, de otro lado, lo cierto es que el Reglamento (CE) 953/2009 quedará definitivamente derogado, con lo que estimo que persistirá el relativo vacío legal

⁶³² En el apartado 2 de su artículo 2, relativo a tales sustancias, deja abierta la posibilidad de añadir para fines de nutrición específicas sustancias no pertenecientes a las categorías enumeradas en el anexo que acompaña al Reglamento.

existente respecto a la composición de los productos alimenticios para deportistas, al no contar con una regulación propia y, tampoco, con la normativa de general aplicación a los denominados alimentos destinados a una alimentación especial (y pese a que les sea aplicable el Reglamento (CE) 1925/2006, que considero insuficiente). Aunque se avanza en el sentido de fijar una fecha límite para que la Comisión informe sobre la conveniencia de legislar específicamente estos preparados, lo cierto es este plazo ya ha transcurrido sin que se haya presentado el documento correspondiente, por lo que siguen en una especie de limbo normativo que es previsible que continúe por un tiempo, con las consecuencias que ello comporta para la seguridad jurídica y, quizás, para la seguridad alimentaria.

En materia de complementos alimenticios ocurre algo parecido. En su composición pueden incluirse las vitaminas y los minerales –para los que no se establecen límites máximos⁶³³– que se relacionan en unas listas positivas anexas⁶³⁴ al Real Decreto 1487/2009 y también otras sustancias como pueden ser los aminoácidos, los ácidos grasos esenciales, la fibra y diversas plantas y elementos vegetales⁶³⁵. No obstante, el Real Decreto 1487/2009 solo establece la regulación específica para las vitaminas y los minerales utilizados como ingredientes en los complementos alimenticios, y remite a una fase posterior, y una vez que se disponga de datos científicos adecuados, la elaboración de normas detalladas relativas a otros nutrientes e ingredientes⁶³⁶.

⁶³³ Al respecto, el Real Decreto 1487/2009 indica literalmente que “teniendo en cuenta que los consumidores pueden decidir complementar su ingesta de nutrientes mediante el consumo de estos productos, y considerando que una ingesta excesiva y continuada de los mismos puede tener efectos perjudiciales para la salud, continúa siendo necesario establecer niveles máximos para ciertos nutrientes de forma que se garantice que la utilización normal de estos productos de acuerdo con las instrucciones de uso dadas por el fabricante no presentan peligro para los consumidores”.

⁶³⁴ Anexos I y II, sustituidos por el Reglamento (CE) 1170/2009, de 30 de noviembre, que modifica la Directiva 2002/46/CE, relativa a los complementos alimenticios, y el Reglamento (CE) 1925/2006, del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de diciembre, sobre la adición de vitaminas, minerales y otras sustancias determinadas a los alimentos. Otras modificaciones posteriores se recogen en el Reglamento (UE) 1161/2011 de la Comisión, de 14 de noviembre; el Reglamento (UE) 119/2014 de la Comisión, de 7 de febrero; y el Reglamento (UE) 2015/414 de la Comisión, de 12 de marzo.

⁶³⁵ La posibilidad de elaborar complementos alimenticios compuestos por ingredientes distintos de las vitaminas y minerales que recoge el Real Decreto 1487/2009 ha sido confirmada por el Tribunal Supremo en su Sentencia 9035/2011, de 30 de noviembre, relativa a un complemento alimenticio que contenía manzanilla, hinojo y melisa.

⁶³⁶ Sin embargo, en relación con estas otras sustancias, parece que en el ámbito comunitario tal regulación especial no va a tener lugar pues la Comisión, en un Informe de 5 de diciembre de 2008, ha considerado injustificada la elaboración de un nuevo instrumento legal (Informe SEC(2008)2976, SEC(2008)2977, de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo, sobre la utilización de sustancias distintas de las vitaminas y los minerales en los complementos alimenticios). En este documento se descarta la creación de una nueva disposición normativa por considerar que tal medida carece de utilidad relevante y no es necesaria a la vista de los instrumentos jurídicos comunitarios existentes. Concretamente, cita como marco de referencia el Reglamento (CE) 1925/2006, que permite someter a control a una sustancia durante un periodo determinado, en caso de que la información científica disponible sea insuficiente; el Reglamento (CE) 258/1997, sobre nuevos alimentos y nuevos ingredientes alimentarios; y el Reglamento (CE) 1924/2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables. Además, recuerda que el reconocimiento mutuo es un instrumento útil para garantizar la libre circulación de los productos en cuestión. Por lo que respecta al ámbito nacional, ya he señalado que sigue pendiente de aprobación el Proyecto de modificación del Real Decreto 1487/2009, que incluye un anexo con las sustancias con efecto nutricional o

A este panorama se suma el problema adicional que comporta la utilización de plantas y extractos vegetales en la elaboración de los complementos alimenticios. A menudo estos compuestos incorporan, además de vitaminas y/o minerales, plantas o preparados vegetales cuya seguridad para la alimentación humana es difícil de evaluar: primero, porque de algunas de ellas no hay datos científicos consolidados; y, segundo, porque los productos a base de plantas también pueden clasificarse como medicamentos, cuando se presenten con propiedades terapéuticas, diagnósticas o preventivas, sin que exista una regulación exhaustiva al respecto⁶³⁷. Por tanto, surge la cuestión adicional de valorar si un producto que contenga sustancias vegetales debe comercializarse como medicamento o como complemento, con las consecuencias prácticas que ello conlleva: ajustarse a la más flexible normativa sobre complementos alimenticios, o someterse a la indudablemente más estricta y rigurosa legislación sobre medicamentos.

Esta indeterminación en cuanto a la composición de los productos alimenticios en estudio produce una serie de efectos negativos, entre los que cabe destacar los siguientes⁶³⁸:

a) No se ofrecen garantías suficientes de la inocuidad para los consumidores. Primero, porque solo se recogen disposiciones relativas a las vitaminas o a los minerales que pueden contener los complementos alimenticios, pero no en relación con otras sustancias distintas que pueden entrar en su composición; segundo, porque las referencias a los criterios de pureza y límites máximos de presencia de estos nutrientes u

fisiológico que podrán emplearse en la fabricación de complementos alimenticios, con indicación de las cantidades máximas diarias.

⁶³⁷ En general, hay un importante vacío legal en esta materia. Ni existe un listado armonizado de plantas de uso permitido para la fabricación de complementos alimenticios, ni tampoco una relación de plantas de venta prohibida o restringida por su toxicidad. En España se venía aplicando un listado de esta última clase, establecido por la Orden de 3 de octubre de 1973, que fue derogada por el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre. En 2004, se publicó una nueva relación a través de la Orden SCO/190/2004, que fue posteriormente anulada por la SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de junio de 2005. No obstante, sí se ha elaborado, como prevé la Directiva 2004/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, por la que se modifica, en lo que se refiere a los medicamentos tradicionales a base de plantas, la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, un listado de sustancias y preparados vegetales y de combinaciones de estos, para su uso en medicamentos tradicionales a base de plantas, aunque todavía recoge pocas entradas (Decisión de la Comisión 2008/911/CE, de 21 de noviembre de 2008, por la que se establece una lista de sustancias y preparados vegetales y de combinaciones de estos, para su uso en medicamentos tradicionales a base de plantas, modificada por la Decisión de la Comisión 2010/180/UE, de 25 de marzo). La Directiva 2004/24/CE establece un procedimiento simplificado para la inscripción registral de medicamentos tradicionales a base de plantas en el Registro. Aquellos medicamentos que no figuren en tal registro no podrán comercializarse como tales, si bien se permite la venta libre de los productos a base de plantas que no son medicamentos y siempre que cumplan con los criterios de la legislación alimentaria. Apunta la problemática que comporta el uso de plantas en complementos alimenticios AMARILLA, N., "Categorías de productos regulados por la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Frontera medicamento-alimento", en *Derecho Farmacéutico Actual*, Cizur Menor, 2009, págs. 213-214.

⁶³⁸ Algunos de estos inconvenientes se expresan en TRONCOSO, A., "Requisitos de seguridad alimentaria III", en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, Cizur Menor, 2011, págs. 618-619.

otras sustancias con efecto nutricional o fisiológico en cada clase de producto son algo abiertas e imprecisas⁶³⁹; y, por último, por la ausencia de límites claros respecto de los ingredientes que pueden utilizarse para su elaboración, tanto si se fabrican como los alimentos denominados dietéticos, como si se elaboran como complementos alimenticios⁶⁴⁰.

b) El vacío legal existente puede desembocar en valoraciones contradictorias de los preparados alimenticios por las autoridades sanitarias. Por ejemplo, puede suceder que un producto se haya autorizado como dietético y que, posteriormente, la AEMPS ordene su retirada del mercado por considerarlo un medicamento.

c) Las deficiencias detectadas en relación con el empleo de elementos vegetales y la posibilidad de un doble uso, puede llevar a que compuestos similares se clasifiquen de un modo diverso (como alimento unos, y como medicamento otros).

d) Pese a la vigencia del principio de reconocimiento mutuo (arts. 28 y 30 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE), reforzado por las propias disposiciones comunitarias y por el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (en adelante, TJCE), en aras de garantizar la libre circulación de mercancías en el mercado interior), pueden subsistir casos conflictivos. Así, en numerosas ocasiones se han retirado del mercado español productos con el argumento de que se trataba de medicamentos, sujetos a autorización especial, mientras que en otros países del ámbito europeo se comercializan como complementos alimenticios o como preparados dietéticos⁶⁴¹.

⁶³⁹ Así, por ejemplo, el Reglamento (CE) 953/2009, en su artículo 4.3 indica que “por lo que respecta a las sustancias enumeradas en el anexo cuyos criterios de pureza no estén especificados en la legislación comunitaria y hasta que se adopten dichas especificaciones, se aplicarán los criterios de pureza reconocidos y recomendados por organismos internacionales. No obstante, podrán mantenerse las normas nacionales vigentes que establezcan especificaciones más estrictas”. En el mismo sentido, respecto de las sustancias enumeradas en su Anexo II, el artículo 4.4 de la Directiva 2002/46/CE, sobre complementos alimenticios.

⁶⁴⁰ Sin perjuicio de la labor de control que desarrollan, tanto la AEMPS, como la AECOSAN.

⁶⁴¹ Así, por ejemplo, la STSJ Cataluña 310/2010, de 10 de mayo, que resolvió sobre la retirada por la AEMPS de Hydroxycut, un producto comercializado en Italia como suplemento alimenticio. El preparado contenía plantas que conforme a la Orden de 3 de octubre de 1973 tenían la consideración de medicamentos. Asimismo, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de noviembre de 2003, que confirmó la denegación de autorización para la distribución de Erectron, un producto dietético fabricado en Francia, por contener ginseng y jalea real, lo que le atribuía la condición de medicamento. Más recientemente, la STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de marzo de 2012, ha confirmado la revocación de la autorización de comercialización como dietético de Ceregumil, Ceregumil Ginseng y Ceregumil Soja, aduciendo que ninguno de ellos integra el concepto de productos dietéticos y, en cuanto al Ceregumil Ginseng, ratificando sus características medicamentosas propias. El TJCE ha llamado la atención al Estado español en varias ocasiones pues, si bien la protección de la salud constituye una excepción al principio de reconocimiento mutuo, hay razones para considerar que a veces se obstaculiza la libre circulación de mercancías. En concreto, en la STJCE de 5 de marzo de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas contra España, asunto C-88/2007, el Tribunal basó su condena, por una parte, en que los más de 200 productos afectados se venían comercializando legalmente en otros Estados miembros como complementos alimenticios o productos dietéticos; y, por otra, en la práctica administrativa consistente en retirar sistemáticamente del mercado todo producto que contenga plantas medicinales no incluidas en el Anexo de la Orden de 1973, ni en el Anexo de la Orden de 2004, sin comprobar, caso por caso, sus efectos negativos para la salud.

CAPÍTULO SEGUNDO: INTERVENCIÓN PENAL EN MATERIA DE SUPLEMENTOS DEPORTIVOS DOPANTES PELIGROSOS PARA LA SALUD

INTRODUCCIÓN

Las consideraciones realizadas en el capítulo anterior ponen de manifiesto un problema principal ya apuntado en relación con los suplementos nutricionales deportivos: su ambigua naturaleza, que en algunos casos puede poner seriamente en duda que nos encontremos ante productos alimenticios. Por ello, será especialmente importante tratar de esclarecer qué son exactamente, lo que dependerá entre otras cosas de su composición y de las indicaciones para las que se ofrezcan. Esta cuestión será tratada más adelante, a propósito del examen de los delitos farmacológicos.

Sin embargo, previamente, considero conveniente exponer cuáles serían con carácter general los instrumentos penales disponibles para proteger la salud frente a las amenazas de los suplementos deportivos dopantes. En estos casos, resulta obligado investigar las consecuencias penales de las conductas relativas a estos productos que, como ya he señalado, son objeto de consumo por un alto porcentaje de la población.

En principio, en la hipótesis de que un suplemento deportivo nutricional contuviese alguna sustancia prohibida en el deporte que conllevase un peligro para la salud, los comportamientos ilícitos relativos al mismo, de darse los demás elementos típicos, podrían subsumirse bajo los delitos de dopaje (art. 362 quinquies Cp), los farmacológicos (arts. 361 a 362 quáter Cp), los de fraude alimentario (arts. 363 a 365 Cp) y, eventualmente, bajo el ilícito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (arts. 368 a 378 Cp), o el referido a sustancias nocivas para la salud (art. 359 Cp).

En primer lugar, cabría considerar el tipo de dopaje, por tratarse de sustancias recogidas en la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte. Para ello, no bastará con que el suplemento contenga “sustancias o grupos farmacológicos prohibidos” sino que, como prescribe el precepto, estas habrán de estar destinadas a aumentar las capacidades físicas de los deportistas o a modificar los resultados de la

competición, además de poner en peligro su vida o su salud⁶⁴²; en segundo lugar, en tanto estos productos se comercializan como alimentos dietéticos o como complementos alimenticios, convendría valorar las figuras de fraude alimentario⁶⁴³; en tercer lugar, si eventualmente su carácter medicamentoso permitiese considerarlos medicamentos a efectos penales, habría que acudir al ámbito del injusto farmacológico⁶⁴⁴; en cuarto lugar, si concurren los elementos del tipo y se trata de una sustancia estupefaciente, psicotrópica o droga tóxica ilegal incluida en alguna de las listas anexas a los Tratados internacionales suscritos por España en esta materia⁶⁴⁵, habría que estudiar la posibilidad de castigar por un delito de tráfico de drogas; y, finalmente, no podría obviarse la potencial viabilidad del delito relativo a sustancias nocivas tipificado en el artículo 359 del Código penal. En este punto, he de precisar que no revisaré las posibilidades que ofrece el artículo 360⁶⁴⁶ por razón del sujeto activo y de la clase de objeto material que estoy examinando. En efecto, difícilmente podría imaginarse un supuesto en el que el sujeto que despacha o suministra un suplemento alimenticio que contuviese elementos dopantes que lo convirtieran en peligroso se encuentre autorizado para su tráfico. Cuestión diversa sería que el objeto de la acción fueran medicamentos legalmente autorizados que fuesen expedidos por un farmacéutico, lo que no es el caso, pues estamos ante productos que se ponen en circulación como elaboraciones de carácter nutricional.

En los siguientes apartados voy a proceder a analizar con más detalle la posibilidad de apreciar algunos de los tipos penales señalados en los casos en que a través de la elaboración o puesta a disposición de suplementos deportivos se pone en peligro la salud de los consumidores. Como veremos, la ubicuidad de las conductas ilícitas, incardinables en injustos de distinta índole, pone de manifiesto un cierto desenfoque de la regulación vigente pues se observan, entre otros defectos, solapamientos de comportamientos sancionables, deficiencias técnicas en la creación de algunos preceptos, lagunas de punibilidad y desajustes penológicos importantes.

⁶⁴² Sobre la acotación del objeto de la acción en el delito de dopaje, véanse *supra* págs. 235 y ss.

⁶⁴³ A la vista de la amplitud de los diversos objetos materiales de los delitos de fraude alimentario (productos alimentarios, bebidas o comestibles, géneros, objetos, alimentos, sustancias, bebidas, etc.). Sobre ello, véanse *infra* págs. 434 y ss.

⁶⁴⁴ Como se verá *infra* págs. 372 y ss., el objeto material de estos delitos resulta particularmente discutido.

⁶⁴⁵ Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972; Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971.

⁶⁴⁶ El artículo 360 del Código penal dispone: "El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años".

SECCIÓN PRIMERA: EL DELITO DE DOPAJE. SUS RELACIONES CON LAS INFRACCIONES CONTRA LA SALUD PÚBLICA

I. INTRODUCCIÓN

Para comenzar, parece conveniente tomar en consideración el delito de dopaje recogido en el artículo 362 quinquies del Código penal. El hecho de que el objeto de este estudio sean suplementos deportivos dopantes explica que por razones de especialidad primero se exponga la posibilidad de castigar por esta figura, en aquellas hipótesis en que sea precisa la intervención penal porque la gravedad de los hechos justifique una actuación más allá del ámbito administrativo.

En una primera aproximación, creo que es indudable que determinadas conductas relativas a estos suplementos podrían quedar subsumidas bajo el artículo 362 quinquies del Código penal. Si, por ejemplo, se suministra a un ciclista un preparado de este tipo, que contenga alguna sustancia dopante prohibida que esté destinada a mejorar su rendimiento deportivo y que ponga en peligro su salud (en atención a la composición del suplemento o la dosis, la reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes), la presencia del tipo subjetivo exigido permitiría aplicar el ilícito de dopaje. Por tanto, no me detendré en examinar la opción de sancionar penalmente por esta vía, pues para ello bastará constatar en cada ocasión –con las dificultades probatorias que lleva aparejadas el peligro concreto– la presencia de los elementos del delito tal y como los he interpretado en la segunda parte del trabajo.

A mi juicio, el aspecto interesante, cuando se trata de preparados nutricionales para deportistas, es el de la necesaria delimitación del alcance del artículo 362 quinquies en relación con el resto de infracciones también reguladas en el Capítulo III del Título XVII del Código penal, bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”, con el fin de abordar los conflictos concursales que puedan surgir entre ellas.

Esta necesidad deriva, por una parte, de que, como se ha expuesto, el objeto material de los delitos relativos a medicamentos, a sustancias nocivas, a alimentos y a drogas puede eventualmente coincidir con el objeto de la acción previsto en la infracción de

dopaje⁶⁴⁷; y, por otra parte, de que es posible encontrar conductas equivalentes o equiparables en todos ellos⁶⁴⁸. A ello hay que añadir que la colectividad a la que han de afectar las acciones típicas contempladas en las figuras contra la salud pública referidas engloba al círculo de los deportistas.

Consecuentemente, ante las hipótesis en que un sujeto, dolosamente, distribuyese en un establecimiento de productos dietéticos y productos naturales o a través de la Red suplementos nutricionales deportivos adulterados con sustancias, por ejemplo, anabolizantes, destinadas claramente a aumentar la masa y la fuerza muscular, y con ello expusiera a peligro la salud de los adquirentes, habría que barajar también –en principio– la aplicación de algunos de los delitos contra la salud pública referidos.

Resolver en estos casos cuál sería la calificación adecuada no es sencillo. De una parte, el intérprete puede plantearse, como veremos, la posibilidad de un concurso de normas; pero, de otra, no es descabellado considerar que se trate de un concurso de delitos. Así pues, en las páginas que siguen revisaré las posiciones que se mantienen en la doctrina para solventar los eventuales concursos que pueden plantearse y expondré mi postura al respecto.

II. POSICIONES DOCTRINALES

Como he expresado al analizar el valor que se tutela en el tipo de dopaje, la doctrina mayoritaria es de la opinión de que se trata de un ilícito de peligro con el que se salvaguarda la salud pública, al igual que el resto de los que se incluyen en el mismo capítulo del título relativo a las infracciones contra la seguridad colectiva. De acuerdo con esto, y puesto que las relaciones concursales entre los injustos de peligro que afectan a la salud colectiva no están expresamente resueltas por el legislador⁶⁴⁹, este

⁶⁴⁷ Como, por ejemplo, ocurrió en la conocida “Operación Puerto”, en la que no se apreció el ilícito de dopaje porque no estaba vigente en la fecha de los hechos y finalmente se condenó por el delito relativo a medicamentos previsto en el artículo 361 del Código penal, antes de su reforma por la Ley Orgánica 1/2015. Más recientemente, la SAP Santa Cruz de Tenerife 536/2014, de 4 de diciembre, ha apreciado, entre otros, el delito relativo a sustancias nocivas del artículo 359 del Código penal en un caso en el que a través de una organización criminal se distribuían a consumidores indeterminados sustancias anabolizantes adquiridas y comercializadas fuera de los cauces legales, excluyendo expresamente la aplicación del que ahora es el artículo 362 quinquies del Código penal.

⁶⁴⁸ Véanse *supra* págs. 138 y ss.

⁶⁴⁹ A diferencia de lo que sucede en ocasiones, en lo que se refiere a las relaciones concursales entre los delitos de peligro y los resultados que suponen la lesión efectiva del bien jurídico (por ejemplo en el artículo 382 del Código penal, que resuelve el concurso entre determinadas infracciones de la seguridad vial y los resultados lesivos a que aquellas pueden dar lugar). Apunta la carencia de una cláusula concursal explícita y sugiere la conveniencia de incorporarla al Código penal, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 56.

sector entiende mayoritariamente que la relación entre ellos es la de un concurso de leyes, y para resolver el conflicto acude a los criterios que establece el artículo 8 del Código penal⁶⁵⁰.

Sin embargo, el modo de dirimir este concurso de normas no es unánime, de modo que cabe encontrar opiniones dispares que no dejan de ser un reflejo de la distorsión que ha generado la introducción de la infracción de dopaje en el sistema, perjudicando de este modo la necesaria seguridad jurídica que deben llevar aparejadas las normas penales. En general, se observa que predominan las posiciones que otorgan prevalencia a la figura de dopaje para los casos en que el conflicto se plantea con los delitos relativos a sustancias nocivas y a medicamentos, principalmente por aplicación del principio de especialidad (art. 8.1 Cp)⁶⁵¹, aunque también se recurre en alguna ocasión

⁶⁵⁰ Muy minoritariamente se acoge el concurso de delitos. Así, para el caso de que entren en juego las infracciones contempladas en los artículos 359 y 360 del Código penal, admite el concurso de delitos con el de dopaje, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 58. Este autor considera que en principio el peligro concreto podría absorber el peligro abstracto, pero no descarta “que si el peligro abstracto abarca a una generalidad de personas (elaborar, sin estar debidamente autorizado, sustancias dopantes nocivas con destinatarios indeterminado, art. 359 Cp) se pueda aplicar un concurso de delitos, pues el peligro generado para la colectividad no quedaría comprendido por el peligro provocado a un deportista o varios deportistas concretos”. Y mantiene idéntica conclusión respecto a la figura del artículo 360 del Código penal. Por lo que se refiere a los tipos relativos a drogas tóxicas, propone acudir al concurso ideal de delitos BELESTÁ SEGURA, L., “La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 8. Declara que no cabe desechar el concurso con otros delitos contra la salud pública porque el peligro concreto no siempre podrá consumir el desvalor del peligro abstracto en alguno de estos ilícitos, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., pág. 540; *id.*, “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de *doping* do art. 361 bis do Código penal español”, cit., pág. 230.

⁶⁵¹ Hay que tener en cuenta que la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha traído consigo una regulación prácticamente nueva de los delitos relativos a medicamentos, que ha incorporado tipos novedosos e incrementado notablemente el régimen punitivo. Al ser muy reciente el cambio legislativo, no se ha desarrollado todavía una doctrina consolidada sobre el tema, por lo que las opiniones que aquí se transcriben proceden en su mayoría de textos que analizan la relación concursal en referencia a las figuras farmacológicas vigentes hasta el 1 de julio de 2015. Desglosando las opiniones doctrinales por artículos, se muestran a favor de la aplicación preferente del delito de dopaje sobre el artículo 359 (sustancias nocivas) por especialidad, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 120 (con la excepción de los supuestos de elaboración, para los que entiende que no cabría la posibilidad de apreciar concurso alguno); COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 447; CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 43. Por lo que respecta al artículo 360 (sustancias nocivas), apoyan esta solución concursal CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 120; GÓMEZ TOMILLO, “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 365. También en este sentido, aunque consideran que el bien jurídico protegido es individual, ANARTE BORRALLÓ, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, cit., pág. 129; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLÓ, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 283. Declaraban la prevalencia por especialidad de la infracción de dopaje frente al anterior delito farmacológico del artículo 361 del Código penal, GÓMEZ TOMILLO, M. “Artículo 361 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, pág. 1381; ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 58. De igual modo, y con la misma propuesta para los hipotéticos concursos de leyes con el previo artículo 362 del Código penal, también concerniente a medicamentos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., pág. 614 (que en la edición posterior, sin embargo, se decanta por la regla de la alternatividad); y CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 120. Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, defienden la regla de la especialidad para primar el artículo 362 quinquies sobre los artículos 359, 360, 361, 362, 362 bis y 362 quáter, RODRÍGUEZ NUÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 627; GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 365.

al principio de absorción (art. 8.3 Cp)⁶⁵². No obstante, algún autor se decanta por resolver estas relaciones primando la infracción que prevea penas más graves (art. 8.4), lo que significa priorizar a una figura u otra, según el caso⁶⁵³.

Distintas son las soluciones que se esgrimen cuando el concurso se plantea con los tipos referidos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. Para estos supuestos, la constatación de que aplicar el ilícito de dopaje conllevaría un privilegio injustificado lleva a la mayoría doctrinal a dar primacía a los artículos 368 y siguientes del Código penal, fundamentalmente por la regla de la alternatividad⁶⁵⁴, aunque muy minoritariamente se opta por la de la consunción⁶⁵⁵. Con todo, de nuevo, subsisten posturas diferenciadas, que se pronuncian a favor de apreciar preferentemente el delito de dopaje, bien por especialidad⁶⁵⁶, bien por consunción⁶⁵⁷.

⁶⁵² Así, por lo que se refiere a la relación con los artículos 359 y 360 del Código penal, aunque admitiendo la posibilidad del concurso de delitos, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 58.

⁶⁵³ En este sentido, MUÑOZ CONDE en la última edición de su obra, *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., pág. 565. En relación con el anterior artículo 362, aboga por apreciar una relación de alternatividad y castigar por la infracción más gravemente penada, ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 58.

⁶⁵⁴ Acude a este principio, y aun si la droga se proporciona con propósito de aumentar el rendimiento deportivo o de alterar el resultado de la competición, CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, cit., págs. 139-140. Asimismo, a favor de la regla de la alternatividad, CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, cit., pág. 43; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., pág. 468; DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del art. 361 bis del Código penal”, cit., págs. 540-541; *id.*, “*Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español*”, cit., págs. 230-231. ROCA AGAPITO aboga asimismo por el concurso de normas y se inclina, inicialmente, por la regla de la alternatividad a favor del artículo 368 del Código penal, para evitar los “privilegios absurdos” a que conduciría el empleo como ley especial del artículo 361 bis. Sin embargo, el autor reflexiona sobre la relación entre estas dos clases de delitos que, a su juicio, es la propia de la de los círculos secantes (“no todas las drogas son sustancias o métodos dopantes, ni todas las sustancias o métodos dopantes son droga”) y, finalmente, se decanta por el principio de subsidiariedad del artículo 8.2 del Código penal. Por tanto, el artículo 362 quinquies sería la opción para el caso de que no se pudiese aplicar el tipo relativo a drogas tóxicas, en “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 58. Otorga primacía a los artículos 368 y siguientes, aunque no indica la regla que considera aplicable, GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, cit., pág. 365.

⁶⁵⁵ COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, cit., pág. 447. En esta línea, aplica el artículo 368 del Código penal, por absorción del delito de dopaje, como solicitó el Ministerio fiscal, la SAP Madrid 145/2011, de 2 de diciembre, que se dictó en conformidad.

⁶⁵⁶ PRAT WESTERLINDH, C., “El delito de dopaje”, cit., pág. 79. También MUÑOZ CONDE, en la versión anterior de su obra, *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., pág. 614. Parece que se alinea en este sentido, al referirse al fin al que la sustancia haya sido destinada, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 633. Se pronuncian expresamente en contra de aplicar el artículo 362 quinquies por especialidad en los supuestos en que el riesgo no quede circunscrito, por cuanto el desvalor que el legislador atribuye al tráfico de drogas no quedaría cubierto con la sanción por el delito dopaje, DOVAL PAIS, A./ ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 283.

⁶⁵⁷ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 122-123. Este autor afirma la supremacía de la figura de dopaje sobre la base de aplicar el principio de consunción o el de especialidad. Así, respecto al primero, declara que es evidente que si la secuencia del delito es la misma, el peligro concreto propio de la infracción de dopaje, absorbe al de mera actividad (tráfico de drogas). Por lo que se refiere al segundo, señala que los elementos subjetivos del injusto que, a su juicio, demanda el tipo subjetivo, convierten al ilícito de dopaje en especial frente al más genérico del artículo 368 del Código penal.

Por lo demás, tan solo un autor contempla expresamente la eventualidad de una relación concursal con el artículo 363 del Código penal, que regula algunos de los denominados fraudes alimentarios⁶⁵⁸, lo que quizá debería ser planteado respecto a los suplementos nutricionales, por razón del objeto material, y en tanto sea posible acudir a estas figuras. Si se parte de que el bien jurídico protegido es el mismo, la salud pública, parece que, en línea con la tendencia general seguida más arriba, la alternativas para solventar la relación entre estos delitos pasaría por el principio de especialidad a favor del artículo 362 quinquies o por la regla de la alternatividad, atendiendo a la mayor pena que lleva consigo la comisión de algún hecho subsumible bajo el citado artículo 363 del Código penal.

Así las cosas, hay que destacar que los partidarios del enfoque que reconduce las relaciones entre las infracciones penales contra la salud pública al ámbito del concurso de leyes y que otorga preferencia al delito de dopaje son a la vez conscientes de los problemas que suscita esta solución, concretamente desajustes penológicos injustificados que pueden producirse. Por ejemplo, desde la perspectiva que mantiene que todas las figuras del capítulo tutelan un bien colectivo, la prevalencia del artículo 362 quinquies del Código penal sobre los artículos 361 o 362 bis conllevaría la imposición de una pena de prisión inferior (seis meses a dos años de prisión, frente a seis meses a tres años y seis meses a cuatro años, respectivamente), lo que no parece razonable si se sustenta que todos ellos requieren la producción de una misma clase de peligro⁶⁵⁹. Igualmente, si se realiza la comparación con los delitos alimentarios, la resolución del concurso a favor de la infracción de dopaje por especialidad pondría de manifiesto una desproporción punitiva al castigar el artículo 363 con una pena de prisión notablemente superior (de uno a cuatro años). Este desequilibrio penológico sería aún más acusado en el caso de que la sustancia dopante fuese una droga tóxica y se diese prioridad al delito de dopaje (sea por especialidad, subsidiariedad o consunción), pues el salto en materia de pena sería desproporcionado, al establecer el artículo 368 penas de prisión de tres a seis años si se trata de sustancias o productos que causen

⁶⁵⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1081. A su juicio, el delito de dopaje está en concurso (no especifica de qué tipo) con el tráfico de sustancias prohibidas, en referencia expresa al artículo 363 del Código penal, “cuando estas estén prohibidas para la salud pública con carácter general”.

⁶⁵⁹ Probablemente esta es la razón que llevaba a ROCA AGAPITO a apoyar la aplicación del anterior tipo de medicamentos que prevenía el artículo 362 del Código penal por alternatividad, en ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, cit., pág. 58.

grave daño a la salud⁶⁶⁰. Realmente, con esta solución pienso que se estaría propiciando un trato privilegiado única y exclusivamente en función de quién fuese el sujeto pasivo de la acción, contrariando el principio de igualdad.

III. PROPUESTA DE RESOLUCIÓN DE LOS CONCURSOS

La perspectiva que defiendo en este trabajo, sin embargo, no comparte la línea de opinión expuesta de que con la incorporación del ilícito de dopaje al Código penal queda descartada la aplicación de otras infracciones contra la salud pública por ser aquél un tipo de aplicación preferente por especialidad o, incluso, por consunción.

Así, a primera vista, podría afirmarse que no existe posibilidad concursal alguna con el artículo 362 quinquies cuando las conductas ilícitas, aun recayendo sobre los mismos objetos, sean algunas de las que no recoge expresamente este artículo⁶⁶¹. En consecuencia, quedarán excluidos del alcance de este precepto comportamientos que sí se sancionan en otros, como la elaboración (arts. 359, 362.1 y 368 Cp); la producción (art. 362.1 Cp); la alteración (art. 362.2 Cp); la fabricación (arts. 361 y 363.2 Cp); la adulteración (arts. 364 y 365 Cp); el tráfico, salvo que se pueda reconducir a alguno de los comportamientos típicos (arts. 362 bis, 363.3 y 368 Cp); la publicidad o el anuncio, la exhibición o el envasado (art. 362 bis Cp); y la mera tenencia o posesión (que se sanciona en el art. 368 Cp, relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas).

Ahora bien, esta atipicidad con respecto al artículo 362 quinquies del Código penal no será obstáculo para sancionar penalmente con arreglo a alguno de los delitos contra la salud pública señalados, en tanto se constate que la acción comporta la creación de un peligro general para la colectividad y se den el resto de exigencias típicas que establezca la figura susceptible de aplicación⁶⁶². Hay que recalcar que entre las sustancias y grupos farmacológicos prohibidos que constituyen el objeto material del delito de dopaje, muchas de ellas son medicamentos o drogas, o son susceptibles de ser consideradas sustancias nocivas en el sentido del artículo 359 del Código penal, o pueden aparecer

⁶⁶⁰ Y aun para el caso de que el juzgador, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, optase por imponer la pena atenuada que prescribe el segundo párrafo del artículo 368 del Código penal, que iría de un año y seis meses a tres años menos un día. Este desajuste lo pone de relieve, entre otros, CORTÉS BECHIARELLI E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 122-123.

⁶⁶¹ En este sentido, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., págs. 119-120, si bien este autor sostiene que no se produce el concurso aparente de normas solo en relación con los artículos 359 y a los anteriores 362.1.1º y 362.1.2º del Código penal, o sea, en los supuestos de elaboración o fabricación de las sustancias.

⁶⁶² CORTÉS BECHIARELLI E., *El delito de dopaje*, cit., pág.120.

incorporadas a suplementos alimenticios. Por tanto, parece claro que si, por ejemplo, se fabrica en un laboratorio clandestino un suplemento nutricional deportivo que contenga una sustancia prohibida en el deporte como la cocaína –con destino a una pluralidad indeterminada de sujetos–, tal comportamiento constituirá un delito del artículo 368 del Código penal, que castiga los actos de elaboración de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En relación con este tema conviene reseñar que, pese a las críticas que ha recibido por algún autor el hecho de que no se recojan en el artículo 362 quinquies comportamientos como la elaboración o el tráfico⁶⁶³, entiendo que el hecho de que no se hayan tipificado tales modalidades de conducta, junto con las otras indicadas más arriba, podría interpretarse en el sentido de que el legislador no ha querido crear un tipo específico de aplicación prevalente por especialidad (o consunción) frente a los delitos contra la salud pública. De ser así, parece que habría debido comprenderse en el precepto todo el espectro de acciones peligrosas relativas a las sustancias dopantes, en paralelo a lo que sucede en las infracciones sobre sustancias nocivas, medicamentos, alimentos o drogas, que sí abarcan por completo el ciclo de vida del producto de que se trate, desde su elaboración a su entrega al consumidor. Podría considerarse que se ha tratado de una correcta aplicación del principio de fragmentariedad (porque se ha limitado la intervención a tan solo aquellas conductas que impliquen una relación directa con el deportista), aunque ello conlleve una cierta disfunción respecto de las restantes infracciones del capítulo, en las que es evidente que se pretende evitar cualquier laguna de punición en la protección de la salud de los ciudadanos. A mi modo de ver, no obstante, más bien parece que su intención ha sido recoger conductas peligrosas para la salud desarrolladas en el ámbito concreto del deporte cuya incardinación entre los delitos contra la salud pública podía ser problemática⁶⁶⁴, sin que ello signifique, como se verá, excluir automáticamente el juego de esos otros artículos a través de los que también se tutela la salud.

De hecho, en mi opinión, aún hay espacio para llegar a una conclusión que permita un más amplio margen de aplicación de los delitos contra la salud pública. Esta conclusión se basa en cómo se configura el bien jurídico protegido en cada uno de estos delitos y en el tipo de peligro exigido. A su vez, las propias exigencias contempladas en

⁶⁶³ Véanse *supra* notas 462, pág. 219 y 469, pág. 221.

⁶⁶⁴ En apoyo de esta opinión cabe mencionar que el Plan de lucha contra el dopaje, aprobado por el Gobierno el 11 de febrero de 2005, que culminó con la aprobación de la LO 7/2006, señalaba expresamente la necesidad de “incorporar al ordenamiento penal tipos delictivos que castiguen conductas no previstas en este momento, o que son de dudosa inclusión”.

la regulación penal del dopaje constituyen un importante límite en detrimento de la calificación por el artículo 362 quinquies y a favor de la apreciación en ciertos casos de alguno de los restantes tipos que se recogen bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”. Me refiero concretamente, al tipo subjetivo y al –relativamente restringido– círculo de sujetos pasivos.

En particular, el primer elemento que habría que considerar con carácter previo es el objeto de protección de estas figuras. Como he explicado detalladamente al analizar el tipo objetivo del delito de dopaje, la práctica totalidad de la doctrina defiende que todos los contenidos en el citado capítulo se destinan a preservar un mismo valor, la salud pública como bien jurídico autónomo –en mayor o menor medida– de la salud individual⁶⁶⁵.

No obstante, he señalado que, a mi juicio, tal identidad viene dada porque en todos ellos se protege la salud individual, si bien frente a ataques que comportan un peligro diferente. Esta diversa naturaleza de los injustos determina que el peligro típico se erija, precisamente, en el segundo elemento que va a ser fundamental para dilucidar cuál sea el tipo aplicable y perfilar los ámbitos de intervención abarcados por los distintos artículos que se analizan. Siendo el ilícito de dopaje una figura de peligro individual, esta caracterización particular del riesgo será la que permita resolver los supuestos conflictivos con las infracciones contra la salud pública, en las que el peligro se caracteriza por ser general⁶⁶⁶. Por tanto, habrá que verificar si, en el caso concreto, se está ante un peligro de esta última clase (propio de los delitos sobre sustancias nocivas, los farmacológicos, los de fraude alimentario y los de drogas), o ante un peligro individual (propio del delito de dopaje). En este sentido, cabe recordar que el peligro general es un peligro con proyección sobre una pluralidad indeterminada de sujetos no escogidos especialmente, en tanto que el peligro individual que caracteriza al injusto de dopaje es un peligro que para ser penalmente relevante ha de afectar a un solo deportista, sea determinado o no.

Y justamente aquí reside la novedad que ha supuesto la introducción del artículo 362 quinquies en el Código penal pues, si bien se recoge entre los delitos contra la seguridad colectiva, lo que llevaría a pensar que comparte la nota común a todos ellos de castigar supuestos de creación de un peligro general para la colectividad, la realidad es que difícilmente puede equipararse su estructura a la propia de los restantes tipos que

⁶⁶⁵ Véanse *supra* págs. 79 y ss.

⁶⁶⁶ Ampliamente, sobre el peligro en el delito de dopaje, véase *supra* pág. 109 .

protegen la salud frente a un riesgo de extensión general. Si bien a través de las restantes figuras del capítulo se ha dado cabida a comportamientos peligrosos para la salud de una generalidad indeterminada de personas, con la regulación de la infracción de dopaje se ha abierto una nueva vía que extiende la intervención penal a supuestos en los que no se exige que se genere un peligro general pues, como ya he explicado en su momento, lo que se demanda a efectos de tipicidad es que la actuación del autor ponga en peligro tan solo a un deportista, sin que concurra un dolo de lesionar.

Indudablemente, el peligro que puede ocasionarse a través de las sustancias dopantes cabe que se circunscriba al deportista específico al que se dirija la acción típica; pero también es posible que tenga una extensión imprecisa y que se proyecte, no solo en un deportista, sino en una pluralidad indeterminada de sujetos. En el primer caso, ya he anticipado que la calificación adecuada, de darse las exigencias típicas, será la de un delito de dopaje (o tantos delitos de dopaje como sujetos titulares del bien jurídico salud hayan sido expuestos al peligro individual, en concurso real o ideal⁶⁶⁷), quedando excluida toda posibilidad de subsunción bajo alguna de las infracciones contra la salud pública referidas; pero en el supuesto de que la conducta también amenace a terceros, será preciso resolver qué figura es la aplicable, acudiendo al concurso de normas o valorando la posibilidad del concurso de delitos.

Pues bien, retomando el objeto de este estudio, no se puede olvidar que los suplementos deportivos pueden adquirirse a través de canales de distribución muy variados, tanto en tiendas de dietética o nutrición, como en establecimientos ecológicos –donde además de productos de cosmética y alimentación corriente pueden obtenerse complementos nutricionales–, en herbolarios y, por supuesto, en Internet.

En estos casos, si los suplementos en cuestión cumpliesen una función dopante y comportasen un peligro para la vida o la salud, habría que tener en cuenta dos aspectos importantes. El primero, que cuando se hace uso de tales circuitos es claro que los destinatarios constituyen una pluralidad de sujetos indeterminados que pueden acceder libremente al producto y a los que no se les exige que acrediten su condición de deportistas. Prueba de ello es que, en muchos casos, los consumidores no son individuos que busquen incrementar su rendimiento deportivo, sino jóvenes que los adquieren fundamentalmente por razones estéticas, para mejorar su aspecto físico, como ocurre

⁶⁶⁷ La calificación del concurso de delitos como real o ideal dependerá de la interpretación que se sostenga de la “unidad de hecho”. Sobre ello, véanse COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 772-773; JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, 3ª ed., Madrid, 2016, pág. 43; y MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 27/2-14.

con los anabolizantes, que aumentan la masa muscular y proporcionan una imagen acorde con cánones de belleza imperantes en la sociedad actual⁶⁶⁸. El segundo, que el peligro que representan las conductas de distribución en estos establecimientos o en la Red, además de cernirse sobre los deportistas individualizados a los que eventualmente se entreguen los productos nocivos, es un peligro general, pues alcanza a un círculo impreciso de personas, lo que plantea, como he señalado, problemas de calificación. Veamos si en estos casos la solución pasa por apreciar un concurso de delitos o un concurso de normas.

Existe concurso de delitos cuando un hecho constituye dos o más ilícitos (concurso ideal) o cuando varios hechos de un mismo sujeto conforman otros tantos delitos (concurso real o, en su caso, concurso medial)⁶⁶⁹. Se trata de supuestos de concurrencia de tipos penales realizados *sin que ninguno excluya al otro*⁶⁷⁰, de manera que han de estimarse conjuntamente para aprehender todo el desvalor del hecho o de los hechos cometidos. Pues bien, si se parte de esta premisa, entiendo que esta primera opción podría descartarse. Por ejemplo, si el autor se dedica a la venta por Internet de suplementos dopantes nocivos a través de una página web de acceso libre (deportistas y no deportistas), creo que la prohibición de *bis in idem* haría posible sostener que el tipo de peligro general excluiría al de peligro individual, por ser capaz de englobar el total desvalor del hecho. Igualmente, este argumento sería válido para el caso de que el autor fuese el propietario de un negocio dedicado a la venta habitual de estos productos a cualquier sujeto que decidiera adquirirlos. Si bien el delito de dopaje no excluye al de peligro general, en el sentido de que carece de capacidad para comprender el desvalor que representan hechos que desencadenan un riesgo general para la salud, entiendo que ello no sería suficiente para apreciar la concurrencia delictiva⁶⁷¹.

Desde este planteamiento estimo que la segunda opción, la del concurso de normas, es la más adecuada. El concurso de normas surge cuando un hecho es susceptible de ser

⁶⁶⁸ En un estudio de campo realizado sobre estudiantes universitarios estadounidenses no vinculados al deporte más que de un modo recreacional, en el que se denuncia precisamente el uso de esteroides para fines cosméticos, se alcanzó la conclusión de que si bien un 48% los utilizaban para aumentar su rendimiento deportivo, un porcentaje significativo del 45% acudían a ellos para mejorar su aspecto físico. Todos los datos de esta investigación pueden consultarse en BERNING, J. M./ADAMS, K. J./DEBELISO, M./STAMFORD, B. A.&NEWMAN, I. M., "Anabolic androgenic steroids: use and perceived use in nonathlete college students", *Journal of American College Health*, vol. 56, núm. 5, marzo-abril, 2008, págs. 499-503.

⁶⁶⁹ Sobre el concurso de delitos véase, por todos, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 27/36-64.

⁶⁷⁰ QUINTERO OLIVARES, G., *Parte general del Derecho penal*, 4ª ed., cit., pág. 810.

⁶⁷¹ Como ya indiqué en el capítulo correspondiente, no parece que tenga sentido pensar que el artículo 362 quinquies del Código penal contemple cualquier peligro, sea para uno o para la generalidad. Si fuese un delito de peligro general para la salud de la colectividad, como los restantes del capítulo, habría de comprobarse que en todos los casos se creó un peligro para una pluralidad indeterminada, lo que no siempre es así. A este razonamiento se suma el de la proporcionalidad, pues establecer la misma sanción para todo tipo de peligro llevaría a una solución punitiva incoherente con la distinta lesividad de cada conducta.

incluido en diversos preceptos penales de los que solo uno debe aplicarse, pues de lo contrario se produciría una vulneración del principio *non bis in idem*. Se trata de seleccionar, entre varias normas concurrentes, aquella que abarque completamente el desvalor del hecho, de modo que el resto quedan desplazadas⁶⁷². Su resolución va a depender de la interpretación de las disposiciones penales en juego y, concretamente, de la aplicación de las reglas que recoge el Código penal en su artículo 8. La enumeración legal ofrece una serie de criterios que son sucesivos y no alternativos, de modo que la aplicación de cada uno depende de que no sea posible acudir al anterior⁶⁷³. Por tanto, ante la posibilidad de que el hecho descrito se encuadre en el artículo 362 quinquies y en alguno de los otros preceptos que contempla el Capítulo III del Título XVII del Código penal, corresponde analizarlos para determinar cuál debe prevalecer en atención a las reglas de la especialidad, la subsidiariedad, la consunción o la alternatividad.

En este punto, a mi modo de ver, la regla aplicable para resolver el conflicto no será la especialidad⁶⁷⁴ a favor del delito de dopaje, pues no puede sostenerse que todos los supuestos de hecho previstos en esta figura penal constituyan una subclase de los previstos en las normas de peligro general de referencia (como sucedería en la hipótesis en que se “administra” una sustancia dopante al fichaje “estrella” de un equipo ciclista). En tales situaciones entiendo que no podría recurrirse a este principio, pues una comparación de los preceptos implicados pone en evidencia que no se da una relación de esta clase. En efecto, no cabe sostener que exista subordinación de uno al otro, sino más bien una coincidencia parcial que se expresa gráficamente a través de la imagen de dos círculos secantes⁶⁷⁵. De este modo, esta estructura de los tipos, a mi juicio, hace muy difícil resolver el concurso con arreglo a la regla de la especialidad pues, de acuerdo con un análisis en abstracto de las infracciones en juego, creo que no se daría el

⁶⁷² COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 173; ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada, 2004, pág. 262; en referencia a la “unidad de ley”, JESCHECK, H-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Granada, 2002, págs. 788-789; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 27/65; QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., cit., págs. 525-526.

⁶⁷³ Señala QUINTERO OLIVARES que se trata de criterios sucesivos, de manera que ninguno puede ser invocado más que después de descartarse por inviable el anterior. Las razones que aduce para ello son dos: que así lo impone la expresión con que comienza el número 4º del artículo 8 del Código penal (“en defecto de los criterios anteriores...”), y que el sentido lógico de las normas conduce a esa conclusión, en *Parte General del Derecho Penal*, 4ª ed., cit., pág. 820. Considera dudoso que exista un orden respecto a las tres primeras reglas del artículo 8 del Código Penal, Díez RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2016, pág. 581.

⁶⁷⁴ Sobre esta regla, véase GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, cit., págs. 321-333.

⁶⁷⁵ En la doctrina se subraya que es característico de la especialidad que la relación entre las normas sea la propia de los círculos concéntricos. Así, entre otros, utilizan esta imagen QUINTERO OLIVARES G., *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., cit., pág. 526; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 330, 1998.

requisito de que toda acción que cumpliera con el tipo del delito especial habría de realizar necesariamente, de forma simultánea, el tipo de la infracción general⁶⁷⁶.

Más bien, opino que el principio aplicable debería ser el de consunción⁶⁷⁷, con la consecuencia de que el hecho se subsumiese definitivamente bajo el delito de peligro general de que se trate y quedase desplazado el tipo de dopaje. El recurso a esta regla se explica porque, de un lado, ninguna de las fórmulas legales para la resolución del concurso de leyes que se enumeran previamente me parece viable⁶⁷⁸; y, de otro lado, porque considero que el precepto de peligro general sería suficiente para valorar de forma exhaustiva el hecho⁶⁷⁹. Si se afirma que el interés tutelado es el mismo, y se aprecia identidad de objetos materiales y de conductas típicas, el peligro generado para la colectividad no quedaría abarcado por el peligro individual creado para la salud del deportista al que se haya proporcionado el preparado dopante. Por el contrario, creo que el contenido de injusto (y de culpabilidad) propio del ilícito de dopaje quedaría, en su caso, consumido por la infracción de peligro general.

Con esta interpretación que se propone, creo que la respuesta penal sería más proporcionada y razonable, aunque no deja de plantear inconvenientes derivados, a mi modo de ver, de una cierta irreflexión del legislador al crear los delitos contra la salud pública y al incorporar posteriormente entre ellos el ilícito de dopaje.

De un lado, en los casos de creación de un peligro general con especial acercamiento de un deportista al foco de peligro, el encuadre en los delitos farmacológicos, de fraude alimentario, drogas o sustancias nocivas, conduciría a una solución punitiva que me parece más adecuada. Así se impondría una pena mayor, con carácter general, por razones de una mayor lesividad de la conducta, derivada de la extensión del peligro para la colectividad. El único caso que se desviaría de esta regla sería el previsto en el artículo 360 del Código penal⁶⁸⁰, que considero que no alcanzaría a los suplementos

⁶⁷⁶ GARCÍA ALBERO, R., "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, cit., págs. 321-322; JESCHECK, H-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit. pág. 790; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L.27/71.

⁶⁷⁷ Sobre este criterio, remarcando que existe un déficit en cuanto a su fijación conceptual que lo convierte en una categoría residual, a definir negativamente, véase por todos GARCÍA ALBERO, R., "Non bis in idem" material y concurso de leyes penales, cit., págs. 382-399.

⁶⁷⁸ No creo que la relación entre el artículo 362 quinquies del Código penal y los preceptos relativos a la salud pública sea de subsidiariedad tácita, pues no alcanzo a ver que uno de ellos constituya una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico. En todos ellos se protege la salud, pero a mi modo de ver la clase de ataques que constituyen el tipo de injusto es diversa. En relación con este principio, señala que la subsidiariedad tácita debe admitirse cuando la interpretación del sentido de un precepto pone de manifiesto que no pretende ser aplicado cuando concurre otra posible calificación más grave del hecho por constituir éste una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L.27/73-75.

⁶⁷⁹ En este sentido, MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L.27/76.

⁶⁸⁰ GARCÍA ARAN afirma que los supuestos de dopaje podían castigarse perfectamente antes de la introducción del artículo 361 bis en el Código penal a través del artículo 360, que sanciona el suministro de sustancias nocivas por

nutricionales dopantes en los que se centra este capítulo, y que castiga con pena de multa e inhabilitación para la profesión u oficio, con lo que se produciría un desfase punitivo que llevaría a sancionar de un modo más benigno⁶⁸¹. Con todo, nótese la incongruencia penológica a que conduciría, por una parte, el hecho de dispensar medicamentos anabolizantes a un deportista sin cumplir las formalidades reglamentarias; y, por otra, realizar la misma conducta para destinatarios indeterminados. En el primer caso, de concurrir el peligro individual concreto que demanda el tipo, sería de aplicación el artículo 362 quinquies. Sin embargo, en el segundo, la creación de un peligro general para sujetos indeterminados se sancionaría menos severamente a través del artículo 360 del Código penal. De esta suerte, resulta que la sola condición de deportista del sujeto pasivo se configura en estas hipótesis como un elemento supervalorado con difícil encaje en el principio de igualdad.

La problemática que se puede suscitar con esta conclusión y, en particular, por lo que se refiere a considerar el delito del artículo 362 quinquies como un delito de peligro individual, es la de valorar la respuesta punitiva correspondiente como resultado de la resolución del concurso de normas en atención a que, entre los tipos de peligro general, se recogen categorías que sancionan el peligro abstracto para la salud (como se sostiene respecto a los arts. 359 o 368 Cp) con penas idénticas o superiores a las que se prevén para aquellas otras en que se exige la efectiva puesta en peligro del bien jurídico protegido, esto es, la creación de un peligro concreto (como se interpreta por algunos autores en relación con los arts. 361, 362 y 362 bis Cp y, con carácter general, en el caso del art. 363 Cp)⁶⁸². Llegados a este punto, combinar las categorías peligro general-peligro individual, y peligro abstracto-peligro concreto se convierte en una tarea muy compleja.

En principio, parece razonable admitir que la creación de un peligro más extenso para la comunidad, por la amplitud de sus destinatarios (cualesquiera) y por el modo en que se comercializan estos productos (muy a menudo, a través de Internet como

parte de quien se encuentra autorizado para ello sin cumplir las formalidades reglamentarias, en “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, cit., págs. 210-211. A su juicio, bastaba con retocar este precepto como norma general. Muy crítica con este tipo penal, ANDRÉS DOMÍNGUEZ cuestiona, entre otros, la constitucionalidad de esta ley penal en blanco, por considerar que supone una clara vulneración de las garantías formal y material del principio de legalidad, en “Artículo 360”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 331-333.

⁶⁸¹ Señalan COBO DEL ROSAL Y VIVES ANTÓN que los supuestos excepcionales en que la *lex consumens* es más benigna que la *consumptae* constituyen defectos de técnica legislativa, pero no obstaculizan la operatividad de la consunción, en COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 177.

⁶⁸² Véanse *infra* págs. 355, 447 y ss.

máximo exponente de un mercado “abierto”) se castigue con una pena mayor que si sólo se genera un peligro circunscrito, limitado a un individuo.

Ahora bien, admitido esto como punto de partida, parece conveniente tomar en consideración la variable que supone que las figuras recojan distintos tipos de peligro general (abstracto, concreto y categorías intermedias). Como ya expliqué en su momento, es opinión extendida en la doctrina que los delitos de peligro abstracto se caracterizan porque en ellos existe un riesgo no inmediato para el valor tutelado, que se declara *ex ante*, mientras que en los de peligro concreto se trata de un riesgo inmediato o próximo, que se manifiesta cuando el bien jurídico penetra en el radio de la conducta peligrosa y que ha de comprobarse realizando una valoración *ex post*⁶⁸³.

Desde este planteamiento conceptual, es coherente que un peligro general próximo a la lesión del bien jurídico salud pública (como sucede, en opinión de un número significativo de autores, en algunas figuras en las que el legislador exige que se ponga en peligro la vida o la salud de las personas o de los consumidores) se sancione con más severidad que un peligro individual próximo para la salud de un solo individuo (que sería el caso del dopaje).

Con todo, también es cierto que con esta interpretación de las clases de peligro se podría poner en duda la proporcionalidad de la sanción penal cuando se castigan supuestos de peligro abstracto con igual o superior pena que la prevista para los injustos de peligro concreto, si entendemos que aquellos son hipótesis de peligro que carecen de la inmediatez considerada propia de los delitos de peligro concreto, incluso en las situaciones en que se requiere que el peligro sea idóneo o apto para producir lesiones, como algunos autores interpretan que sucede en el artículo 359 del Código penal. Los reparos sobre la proporcionalidad podrían plantearse en dos planos: en relación con aquellos delitos contra la salud pública que reclaman la producción de un peligro general concreto; y en referencia al delito de dopaje, que constituye un ilícito de peligro individual concreto. En el primer plano, el entendimiento de que la conducta, aunque sea idónea, comporta un peligro alejado de la lesión del bien jurídico, permitiría discutir la justificación de una pena similar o más grave que en los casos en que se ocasiona un peligro concreto para una pluralidad indeterminada de sujetos. En el segundo, si bien, por una parte, la mayor extensión potencialmente lesiva del peligro entiendo que justificaría una pena mayor, por otra, la consideración de que el peligro abstracto supone un riesgo remoto para el interés que se pretende salvaguardar, llevaría asimismo

⁶⁸³ Véase *supra* págs. 111 y ss.

a cuestionar el fundamento de una sanción de gravedad equiparable o superior a la establecida para el delito de dopaje, en el que se despliega un peligro individual concreto para un solo individuo.

No obstante, considero que quizás el enfoque puede ser diverso. Las categorías de peligro abstracto y concreto constituyen un terreno resbaladizo en el que, a la vista de los diferentes puntos de vista que se sostienen, parece que solo hay acuerdo unánime en que suponen una reacción del sistema penal en un momento más o menos adelantado por voluntad del legislador, que emplea al efecto distintas fórmulas exigiendo que para la consumación del delito se produzca un peligro cierto o no típicamente, con sus consecuencias en materia de prueba. Pero a partir de aquí, ya he referido que realmente es difícil establecer el carácter diverso del peligro o, dicho de otra forma, un diferente injusto de peligro en unos casos (peligro abstracto) y en otros (peligro concreto), entre otras razones porque no existe un criterio estandarizado de aplicación general que permita determinar que una determinada conducta X ha supuesto un peligro lo suficientemente intenso o próximo para generar un peligro concreto, mientras que la conducta Y no ha alcanzado el umbral adecuado para crear el riesgo de lesión que caracteriza al peligro concreto. De hecho, es posible plantearse supuestos en que un delito de peligro abstracto represente en la práctica la creación de un riesgo tan próximo al bien jurídico como el que pueda suponer cualquier delito de peligro concreto⁶⁸⁴. Por ello, creo que si se relativiza la “proximidad” del bien jurídico a la acción peligrosa, cabría encontrar justificación a una sanción penal mayor en algunos escenarios de peligro abstracto para la colectividad que la establecida para aquellos otros en los que se ocasiona un peligro concreto de extensión individual. En efecto, si la consumación del delito por la realización de una conducta con aptitud lesiva supuso en la práctica, una vez ejecutada, un verdadero riesgo para la salud de la colectividad en términos de un peligro próximo a su lesión, y siempre que se cumplan las condiciones para la imputación objetiva y subjetiva al agente, creo que esa probabilidad de lesión de la salud de todos o de cualquiera merecería mayor pena que la probabilidad de lesión de la salud de un individuo. En cualquier caso, considero que no hay que descartar la posibilidad de que estos desajustes penológicos vinculados a las distintas categorías de peligro hayan sido consecuencia de defectos de la Ley derivados de la ausencia de un

⁶⁸⁴ Sin ir más lejos, esto sucede a menudo en relación con los delitos relativos a drogas tóxicas, cuando se cometen a través de acciones de entrega a cualquiera con las que, en realidad, se ocasiona un peligro general concreto para la salud de la colectividad. En este sentido, DOVAL PAIS afirma que “la puesta en peligro puede ser, en ocasiones, ínsita a la realización de una conducta, aunque el correspondiente tipo legal no la requiera *expressis verbis*”, en *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 363.

esquema lo suficientemente meditado de los delitos de peligro general y, por supuesto, de la introducción reciente del delito de dopaje, como delito de peligro individual que viene a distorsionar el ya de por sí complejo campo de los injustos de peligro general.

De otro lado, en las hipótesis de contención del peligro, limitado al dopaje de un deportista, que en gran parte de las ocasiones será consciente, al menos, de la cualidad irregular del producto dopante, parece que sería más proporcionado castigar con arreglo al artículo 362 quinquies del Código penal. Hay que tener presente que este delito, en su tipo básico, castiga supuestos en los que el deportista se somete voluntariamente al riesgo y en los que se interviene penalmente otorgando un nulo valor al consentimiento libre y responsable prestado por el sujeto jurídicamente capaz. La constatación de esta criticable intromisión en la autonomía constituye, a mi juicio, un argumento más para defender la imposición de una pena menor en estos supuestos en que el peligro que se genera es individual y no general⁶⁸⁵.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

⁶⁸⁵ Sobre mi posición en relación con este tema, véanse *supra* págs. 151 y ss.

SECCIÓN SEGUNDA: LOS DELITOS FARMACOLÓGICOS

I. INTRODUCCIÓN

Una vez expresada mi posición en lo que atiene a la relación entre el artículo 362 quinquies del Código penal y el resto de figuras que se contemplan en el capítulo concerniente a los delitos contra la salud pública, paso a estudiar si las conductas punibles que recaigan sobre suplementos nutricionales deportivos que contienen elementos dopantes y que comportan un peligro general para la salud pueden encuadrarse en los delitos relativos a medicamentos.

Hay que tener en cuenta que, como ya he señalado, estos productos alimenticios pueden presentar un carácter controvertido. Así, además de auténticos suplementos nutricionales que sirven a la función para la que se elaboran, cabe encontrar en el mercado, por una parte, algunos (los menos) que presentan un etiquetado que indica propiedades preventivas o terapéuticas⁶⁸⁶, que son expresiones expresamente vetadas por la normativa vigente⁶⁸⁷. A su vez, entre estos, es posible que las declaradas pretensiones terapéuticas vengán acompañadas de una composición absolutamente inocua; y, también, que además contengan ingredientes que lleven a dudar de su naturaleza alimentaria, apuntando más bien al campo farmacológico. Por otra parte, se ha comprobado que otros excluyen toda referencia a declaraciones curativas, pero que bajo la aparente fachada de cumplir una función exclusivamente nutritiva incorporan

⁶⁸⁶ El adjetivo “terapéutico” se define por el DRAE (23ª ed.) como “perteneciente o relativo a la terapéutica”. La terapéutica, por su parte, es la “parte de la medicina que enseña los preceptos y remedios para el tratamiento de enfermedades”. Por último, el Diccionario equipara en tercer lugar el sustantivo “terapéutico” con “ese mismo tratamiento”. Parece, por tanto, que las propiedades o efectos terapéuticos de los medicamentos serán aquellas cualidades del fármaco o aquellas consecuencias que se derivan de su uso que son idóneas para tratar enfermedades. No obstante, algunos autores han considerado, a la vista de la definición de medicamento que ofrecía en sus primeros tiempos la normativa comunitaria en la materia (Directiva 1965/65/CEE, de 26 de enero, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas) que el alcance de la “pretensión terapéutica” propia del medicamento incluye tanto propiedades curativas como preventivas, VALVERDE LÓPEZ, J. L./ACOSTA-ROBLES, A. L./VILLEGAS-LUCENA, J./MARTÍN-CASTILLA, D., “Concepto jurídico de medicamento”, en *Ciencia Farmacéutica*, 2 (1), 1992, págs. 78-79.

⁶⁸⁷ Los artículos 5 del Real Decreto 1487/2009 y 20.5 del texto consolidado del Real Decreto 2685/1976, exigen respectivamente que el etiquetado de complementos alimenticios y dietéticos no les atribuyan propiedades preventivas, curativas o de tratamiento de enfermedades, ni las evoquen. Distinto es el caso en que el producto alimenticio se acompañe de declaraciones nutricionales o de propiedades saludables, permitidas por la legislación comunitaria en tanto exista una fundamentación científica sólida, y de acuerdo con las exigentes condiciones y límites que establece el Reglamento CE 1924/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de diciembre de 2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos, y sus modificaciones posteriores.

elementos que se utilizan en la fabricación de medicamentos. Al respecto, cabe recordar que la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte contempla sustancias que aparecen en muchos fármacos, de ahí el interés en determinar si los suplementos dopantes peligrosos pueden constituir el objeto material “medicamento” a que se refieren los artículos 361 a 362 quáter del Código penal, que tipifican los delitos relativos a medicamentos y productos afines.

Estas figuras son consecuencia de la reciente modificación que ha tenido lugar con la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código penal, que ha supuesto una transformación de enorme calado respecto a la regulación previa que se contenía en los artículos 361 y 362 de dicho texto legal. Ampliamente criticada por su deficiente calidad técnica y su casuística excesiva, esta última intervención penal ha venido a complicar extraordinariamente el ya de por sí complejo panorama que ofrecían las formulaciones típicas anteriores⁶⁸⁸. Se ha justificado en la necesidad de adaptar el Código penal a las obligaciones internacionales derivadas de la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre falsificación de productos médicos y delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, comúnmente conocido como Convenio *Medicrime*⁶⁸⁹. Sin embargo, lo cierto es que, como veremos, el legislador español ha excedido las exigencias establecidas en aquel, describiendo las conductas con mayor amplitud que lo que establece el Convenio, añadiendo algunas agravantes distintas a las previstas en el mismo que se han de aplicar obligatoriamente, a diferencia de lo preceptuado en la norma internacional y, en fin, estableciendo unas penas que podrían vulnerar el principio de proporcionalidad⁶⁹⁰. Un recorrido por el *iter* que siguió el último Proyecto de Ley para reformar el Código penal deja constancia además de una preocupante falta de reflexión y precipitación. Esto último ha contribuido sin duda a configurar un bloque de delitos confuso y oscuro, que presenta solapamientos y desequilibrios punitivos inexplicables y que, en definitiva, se caracteriza por ignorar principios fundamentales como los de seguridad jurídica, de

⁶⁸⁸ La reforma operada en materia de medicamentos ha sido objeto de críticas severas, por su defectuosa técnica legislativa, su casuismo, su prolijidad y su carácter confuso. Al respecto, véanse ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 361”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 335-336; DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Valencia, 2015, pág. 170; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., págs. 1110 y ss.; OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, págs. 788 y ss.

⁶⁸⁹ BOE núm. 146, de 15 de marzo de 2013.

⁶⁹⁰ En este sentido, DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, cit., pág. 170.

proporcionalidad y de intervención mínima. Aunque los nuevos preceptos han pasado a incluir un número considerable de nuevos objetos (productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales esenciales para su integridad, sustancias activas, excipientes), en este trabajo me voy a limitar a estudiar los medicamentos, concretamente los de uso humano, dado que por exclusión los suplementos alimenticios que contienen sustancias dopantes no son subsumibles en las otras categorías.

El principal problema que se plantea en la tarea de determinar si a estos suplementos nutricionales peligrosos les alcanza la normativa penal sobre medicamentos y productos afines reside en fijar el contenido del término “medicamento”, pues en función de qué se entienda por medicamento podrá o no ubicarse a estos preparados en alguno de los delitos farmacológicos. Asimismo, concretar este extremo es básico para poder realizar una correcta interpretación y delimitación de los tipos penales.

Para este fin, el primer paso consistirá en examinar el concepto de medicamento que se deriva de la normativa sanitaria extrapenal, nacional y comunitaria. En este ámbito se pueden distinguir dos acepciones diferenciadas que conducen a resultados muy diferentes en cuanto a qué deba considerarse medicamento, por lo que me pronunciaré acerca de cuál de ellas considero que es la adecuada.

El segundo paso lo centraré en estudiar el alcance de la referencia al medicamento en el orden penal. Ello conllevará analizar con detenimiento en qué consiste el objeto material “medicamento” en los diferentes ilícitos. Así pues, para esta tarea, comenzaré en primer lugar exponiendo cuál es el escenario criminológico en el que se ubican los fármacos, lo que servirá para marcar algún criterio que permita fijar, no sólo los límites a los que debe sujetarse la regulación penal sobre medicamentos, sino también los ámbitos a los que alcanzan las restantes infracciones que tienen como objeto de protección la salud pública. En segundo lugar, abordaré los nuevos delitos, con la doble finalidad de ofrecer una visión general de las posibilidades que ofrecen y de clarificar en la medida de lo posible el objeto de la acción “medicamento”. A tal efecto, previamente explicaré la problemática que se plantea con la noción de medicamento a efectos penales, así como la que viene siendo la posición mayoritaria al respecto. Como se verá, las conclusiones que se obtengan pondrán en evidencia que cuando la ley penal emplea el vocablo “medicamento” no se está refiriendo a un concepto unívoco, sino que, más bien, maneja acepciones diversas en las distintas figuras que hay que desentrañar según la ocasión. En este sentido, puede afirmarse la falta de consistencia del legislador penal, que unas veces emplea el término con propiedad, y otras realiza un

uso impropio que conduce a un exceso en cuanto a la clase de productos que abarca, que podrían ser de la índole más variada.

El tercer paso lo dedicaré a expresar mi opinión respecto a la posibilidad de aplicar los delitos farmacológicos en las hipótesis en que se cree un peligro general para la salud a través de los suplementos alimenticios para deportistas.

II. EL CONCEPTO DE MEDICAMENTO EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO

Determinar el concepto administrativo de medicamento no es fácil: de una parte, las referencias contenidas en la normativa sanitaria no son especialmente claras⁶⁹¹; de otra, puede señalarse que hay confusión a la hora de utilizar la terminología, pues la nomenclatura “medicamento” se usa indistintamente para designar, tanto productos que son medicamentos a efectos jurídicos, como otros que, a mi juicio, no debieran serlo (concretamente, cuando se alude a “medicamentos falsificados”)⁶⁹².

El Real Decreto Legislativo 1/2015⁶⁹³, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios indica en su artículo 2.a) que “a los efectos de esta ley se entenderá por “medicamento de uso humano”⁶⁹⁴: toda sustancia o combinación de sustancias que *se presente* como poseedora de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades en seres humanos o que *pueda usarse* en seres humanos o *administrarse* a seres humanos *con el fin* de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico”⁶⁹⁵. Esta amplia definición, recogida de la Directiva 2004/27/CE del

⁶⁹¹ Esta falta de claridad a la hora de delimitar el concepto administrativo de medicamento, motivada por la ambigüedad de las distintas definiciones que se derivan de la legislación ya fue puesta en evidencia por VALVERDE LÓPEZ, J. L., RISQUEZ MADRIDEJOS, J. P., y CABEZAS LÓPEZ, M. D., “El concepto jurídico de la sangre y sus derivados desde la perspectiva del derecho comunitario y español”, en *Ars Pharmaceutica*, 40:3, 1999, pág. 131.

⁶⁹² Así, resulta chocante comprobar que en las notas informativas de la AEMPS publicadas hasta febrero de 2015 se agrupaban bajo el rótulo de “medicamentos ilegales” productos cuya composición “les confiere la condición legal de medicamento según lo establecido en el artículo 8 de la L 29/2006” y respecto de los que se ordenaba su retirada “por ser su presencia en el mercado ilegal”. Estas referencias constituyen, en mi opinión, una muestra de la confusión que existe en el uso de la terminología. No obstante, es significativo señalar que a partir de esa fecha ha desaparecido la coetilla habitual que se refería a la “condición legal de medicamento”, aunque los productos siguen encuadrándose en la categoría de “medicamentos ilegales”.

⁶⁹³ Este Real Decreto Legislativo refunde las sucesivas modificaciones que ha ido experimentando la anterior Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos, y traspone al ordenamiento jurídico español las Directivas 2010/84/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 2010, sobre farmacovigilancia, y 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

⁶⁹⁴ La definición de los “medicamentos de uso veterinario”, que también se recogen como objeto material de los delitos farmacológicos, es prácticamente igual que la de los “medicamentos de uso humano”, sustituyendo únicamente la referencia a “seres humanos” por la de “animal”.

⁶⁹⁵ La cursiva es mía.

Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, que modifica la Directiva 2001/83/CE, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano⁶⁹⁶, ofrece, pues, dos criterios materiales con arreglo a los cuales se puede clasificar un producto como medicamento: de un lado, el criterio de la “presentación”; y, de otro, el de la “función”. Toda sustancia o compuesto que “se presente” con las propiedades señaladas, o que “cumpla o pueda cumplir” la función prevista, será considerada medicamento.

En paralelo, dispone en su artículo 8, bajo la rúbrica “medicamentos *legalmente reconocidos*”, que “*solo* serán medicamentos los que se enumeran a continuación”: a) los medicamentos de uso humano y de uso veterinario elaborados industrialmente o en cuya fabricación intervenga un proceso industrial. b) Las fórmulas magistrales. c) Los preparados oficinales. d) Los medicamentos especiales previstos en esta Ley...” En particular, como medicamentos especiales se contemplan las vacunas y demás medicamentos biológicos; los medicamentos de origen humano; los medicamentos de terapia avanzada; los radiofármacos; los medicamentos con sustancias psicoactivas con potencial adictivo; los medicamentos homeopáticos; los medicamentos de plantas medicinales; y los gases medicinales. En el apartado segundo de este artículo se extiende el tratamiento legal de medicamentos a las sustancias o combinaciones de sustancias autorizadas para su empleo en ensayos clínicos o para investigación en animales. Este catálogo cerrado de fármacos se sujeta al cumplimiento de toda una serie de garantías sanitarias que se establecen a continuación en el propio Real Decreto Legislativo 1/2015 y en otras disposiciones específicas para asegurar que los consumidores reciban productos de calidad, eficaces y seguros para la salud. El cumplimiento de tales garantías opera, en el caso de los medicamentos de elaboración industrial (la gran mayoría), como presupuesto para obtener la autorización sanitaria y el registro constitutivos de la naturaleza legal del medicamento⁶⁹⁷.

A la vista de los preceptos indicados, puede comenzarse el análisis realizando dos aseveraciones iniciales. La primera, que es llamativo que primero se proporcione una definición tan abierta de “medicamento de uso humano”, y que luego se presente una relación cerrada y restringida de “medicamentos legalmente reconocidos”, enumerando aquellos productos que *solo* serán medicamentos. Las razones de esta contradicción

⁶⁹⁶ La incorporación a nuestro ordenamiento jurídico de esta definición tuvo lugar a través del artículo 8 a) de la Ley 29/2006, derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2015, a excepción de sus Disposiciones finales segunda, tercera y cuarta..

⁶⁹⁷ Entiende que la autorización sanitaria tiene un carácter constitutivo de la naturaleza legal del medicamento, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1437.

aparente, como se explicará enseguida, apuntan a la necesidad de someter a control por las autoridades sanitarias todo producto que pueda ser inseguro o comportar potencialmente riesgos para la salud de los ciudadanos, aunque no sea un “verdadero” medicamento. La segunda, que la normativa viene a poner de manifiesto que a la hora de fijar el concepto jurídico de medicamento pueden manejarse dos acepciones diferentes, una de carácter amplio, y otra de carácter restringido, que comportan consecuencias diversas.

Las siguientes páginas las dedicaré a estudiar ambas nociones y me pronunciaré acerca de cuál es el concepto legal de “medicamento” que, en mi opinión, resulta más razonable defender conforme a los intereses que se trata de proteger.

1. EL CONCEPTO ADMINISTRATIVO AMPLIO

1.1. Los criterios de la “presentación” y la “función” como elementos materiales del concepto administrativo amplio de medicamento

Conforme he expresado, la vasta descripción del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015 proporciona dos criterios materiales con arreglo a los cuales se puede clasificar un producto como medicamento: de un lado, el criterio de la “presentación”; y, de otro, el de la “función”.

Ambos criterios vienen siendo interpretados por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) como alternativos, lo que significa que se entiende por medicamento todo producto que responda a cualquiera de los dos⁶⁹⁸. Ello no obsta, obviamente, a que se califique como medicamento todo preparado en el que concurren cumulativamente ambos requisitos.

Los criterios “por presentación” y “por función” han estado siempre en la legislación farmacéutica europea. Ya la Directiva 1965/65/CEE, de 26 de enero, de aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas, sobre especialidades farmacéuticas, recogía una definición de medicamento que se articulaba en torno a ambos, si bien el de la “presentación” se refería a “propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas o animales”, y el de la “función” a “todas las sustancias o composiciones que puedan administrarse al hombre o al animal con el fin

⁶⁹⁸ Entre otras, STJCE de 21 de marzo de 1991, Delattre, asunto C-369/88; STJCE de 16 de abril de 1991, Upjohn, asunto C-112/89; STJCE de 9 de junio de 2005, HLH Warenvertriebs y Orthica, C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03; STJUE de 10 de julio de 2014, Marcus D. contra G., asuntos C-358/13 y C-181/14.

de establecer un diagnóstico médico o de restablecer, corregir o modificar las funciones orgánicas del hombre o del animal”. Posteriormente, en 2001, en aras de una mayor claridad y racionalidad, se procedió a codificar la vasta normativa sobre medicamentos de uso humano, agrupando en un texto único una serie de Directivas entre las que figuraba la 1965/65/CEE. En esta ocasión, la Directiva 2001/83/CE, de 6 de noviembre, por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, reflejó prácticamente la definición contenida en la Directiva 1965/65/CEE, si bien se limitaba al ser humano como destinatario del medicamento. Pasados unos años, la Directiva 2001/83/CE fue modificada por la Directiva 2004/27/CE, que reformuló el concepto que finalmente se traspuso al ordenamiento español y que aparece en el Real Decreto Legislativo 1/2015. Entre las razones que fundamentaron tal cambio se indicaba que el número creciente de productos denominados “frontera”⁶⁹⁹ entre el sector de los medicamentos y los demás sectores aconsejaba modificar la definición de medicamento “para evitar dudas sobre la legislación aplicable cuando un producto responda plenamente a la definición de medicamento pero pudiera responder también a la definición de otros productos regulados”.

Sin embargo, y pese al ánimo clarificador que perseguía esta norma, lo cierto es que ha persistido la percepción de que falta una mayor precisión que acote bien el contenido del término “medicamento”. Por ello, la delimitación y concreción de esta definición administrativa tan extensa ha sido objeto de una abundante literatura doctrinal⁷⁰⁰ y jurisprudencial, especialmente a través del TJUE.

Concretamente, en lo que se refiere al sentido de la expresión “medicamento por presentación”, hay que partir de la *ratio legis*, del objetivo a que responde. Conforme han indicado reiteradamente la Comisión y el propio TJUE, este criterio está destinado a combatir el curanderismo⁷⁰¹, a luchar contra la charlatanería⁷⁰². Se trata, en especial, de evitar “la comercialización de productos que carecen de efectos terapéuticos pero que, con fines comerciales, son presentados por el fabricante o el vendedor como

⁶⁹⁹ Como pueden ser los alimentos enriquecidos, los alimentos funcionales, los modificados genéticamente y los complementos alimenticios.

⁷⁰⁰ Entre otros muchos, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 316-319; RECUERDA GIRELA, M. A., “Introducción al Derecho alimentario”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, Cizur Menor, 2011, págs. 80-84; SARRATO MARTÍNEZ, L., *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, Madrid, 2015, págs. 217-224; VALVERDE LÓPEZ, J. L./ ACOSTA ROBLES, A. L./VILLEGAS LUCENA, J./MARTÍN CASTILLA, D., “Concepto jurídico de medicamento”, cit., págs. 78-84; VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, Valencia, 2015, págs. 27-49.

⁷⁰¹ STJCE de 16 de abril de 1991, Upjohn, asunto C-112/89.

⁷⁰² Así lo indicaba literalmente la Abogada General en sus Conclusiones sobre el asunto 227/82 (caso Bennekom), presentadas el 5 de octubre de 1983.

medicamentos”⁷⁰³. Con él se pretende, por tanto, “proteger a los consumidores no solo de los medicamentos nocivos o tóxicos en cuanto tales, sino también de diversos productos utilizados en lugar de los remedios adecuados”⁷⁰⁴. De acuerdo con este propósito, se propugna una exégesis extensiva del concepto de “presentación”. Así, el TJUE considera incluido no solo un producto que haya sido descrito o recomendado expresamente como tal (por ejemplo, por medio de etiquetas o folletos), aunque no tenga ningún efecto terapéutico conocido⁷⁰⁵, sino también aquél que a los ojos de un consumidor medianamente informado aparece como un medicamento que, aunque sea de forma implícita pero cierta, “debería producir –teniendo en cuenta su presentación– un efecto como el descrito en la primera parte de la definición comunitaria”⁷⁰⁶, esto es, un efecto curativo o preventivo de enfermedades. Estamos, por tanto, ante un criterio subjetivo, referido no solo a la apariencia exterior del producto, sino también a la intención de quien lo fabrica o lo comercializa y a la percepción del consumidor medio. De hecho, el Tribunal ha señalado expresamente que “los actos, iniciativas y gestiones del fabricante o vendedor ... pueden ser determinantes para decidir si un producto debe ser considerado como medicamento por su presentación”⁷⁰⁷. De este modo, de acuerdo con estas pautas interpretativas puede afirmarse que será un medicamento “por presentación” todo aquel producto que tenga la apariencia de ser un medicamento con propiedades preventivas o curativas⁷⁰⁸, tanto si posee los efectos terapéuticos que se indican (casos en los que el preparado aunaría los dos criterios que componen la definición legal, pues se consideraría medicamento porque se presenta como tal y porque, además, posee las cualidades que predica⁷⁰⁹), como si no comporta eficacia alguna para la salud, pero se ofrece o publicita explícita o implícitamente con tal apariencia.

Por lo que respecta al criterio “por función”, con él se persigue “abarcar todas las sustancias que puedan influir en la salud humana”. Como expuso la Comisión a

⁷⁰³ STJCE de 28 de octubre de 1992, J. S. W. Ter Voort, asunto C-219/91.

⁷⁰⁴ STJCE de 30 de noviembre de 1983, Bennekom, asunto 227/82.

⁷⁰⁵ STJCE de 28 de octubre de 1992, J. S. W. Ter Voort, asunto C-219/91.

⁷⁰⁶ STJCE de 30 de noviembre de 1983, Bennekom, asunto 227/82.

⁷⁰⁷ STJCE de 28 de octubre de 1992, J. S. W. Ter Voort, asunto C-219/91.

⁷⁰⁸ Apunta que la definición “por presentación” omite aludir a las propiedades diagnósticas, lo que puede deberse a que los medicamentos que se utilizan con esta finalidad son escasos y, además, son menos atractivos para su comercialización y menos peligrosos para la salud por lo general, VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, cit., págs. 32-33.

⁷⁰⁹ Así, la STJCE de 30 de noviembre de 1983, Bennekom, asunto 227/82, confirma que “una sustancia que posee propiedades curativas o preventivas con respecto a las enfermedades humanas o animales, a efectos de la primera definición comunitaria y que sin embargo no se presenta como tal, está incluida, en principio, en el ámbito de aplicación de la segunda definición comunitaria de medicamento”. Conviene apuntar que el TJCE se refiere indistintamente a la presentación y a la función como *criterios* de la definición de medicamento o como dos definiciones independientes.

propósito de la primera definición que se contenía en la Directiva 1965/65/CEE, puede suceder que un producto potencialmente peligroso para la salud no se presente como medicamento, caso en el que es necesario que esté incluido en el ámbito de aplicación de la Directiva para quedar sometido al régimen establecido por la misma⁷¹⁰. De ahí que sea preciso instaurar un criterio objetivo, basado en las cualidades intrínsecas del preparado, que englobe tales compuestos potencialmente nocivos. Ahora bien, dada la amplitud con que se concibe este requisito, que admitiría cualquier producto que pueda restaurar, corregir o *modificar* las funciones fisiológicas (como podría ser un alimento), el TJUE ha proporcionado una serie de indicaciones para tratar de delimitar su alcance. A ellas me referiré a continuación.

1.2. Los suplementos nutricionales deportivos y la regla “para caso de duda”: interpretación y consecuencias

Como ya he señalado, la Directiva 2004/27/CE modifica la definición de medicamento con el fin, entre otros, de hacer frente a supuestos conflictivos en los que un compuesto tenga una naturaleza ambigua, como es el caso de los llamados “productos frontera”. Precisamente este propósito queda plasmado en el art. 2.2, que prescribe que “en caso de duda, cuando, considerando todas las características de un producto, éste pueda responder a la definición de medicamento y a la definición de producto contemplada por otras normas comunitarias, se aplicará la presente Directiva”. Esta regla fue también incorporada al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 29/2006, y se refleja actualmente en el Real Decreto Legislativo 1/2015 indicando que “en caso de duda, cuando un producto pueda responder a la definición de medicamento se le aplicará esta Ley, incluso si a dicho producto se le pudiera aplicar la definición contemplada en otra norma” (art. 8.6).

Por consiguiente, es presupuesto para la aplicación de esta regla y para la sujeción del producto al régimen jurídico del medicamento, con sus rigurosos controles administrativos, el que este pueda calificarse como medicamento de acuerdo con la definición que se examina. En este punto, la controversia surge principalmente en cuanto al criterio de la “función”, dado que hay muchos preparados que pueden subsumirse bajo el mismo, entre ellos los suplementos nutricionales para deportistas,

⁷¹⁰ Conclusiones de la Abogada General, Sra. Rozès, sobre el asunto 227/82 (caso Bennekom), presentadas el 5 de octubre de 1983.

que es indudable que *modifican* el funcionamiento del organismo⁷¹¹. Ante esta realidad y la posibilidad de que una interpretación demasiado amplia conduzca a incluir en esta noción de medicamento a compuestos que son ajenos al ámbito farmacológico, parece imprescindible marcar pautas que concreten este aspecto funcional y que sirvan de guía para tratar de acotar la frontera difusa existente entre los conceptos materiales de alimento y de medicamento⁷¹².

Con carácter previo, hay que partir de dos premisas básicas:

Primera, si un producto que se “autodenomina” suplemento deportivo encaja meridianamente en la definición de medicamento que proporciona el Real Decreto Legislativo 1/2015, la legislación aplicable será la propia del Derecho farmacológico.

Segunda, si un suplemento cumple simultáneamente los requisitos para ser considerado tanto medicamento como alimento, entrará en juego la “regla para caso de duda”, conforme a la que quedará sujeto exclusivamente a las normas en materia de medicamentos (de ámbito nacional y comunitario).

Como ya he anticipado, el problema está en determinar cuándo se puede afirmar que un producto cumple los requisitos para ser considerado medicamento “por función”. Concretamente, en referencia a los suplementos que son objeto de este estudio, puede ocurrir que se planteen “casos difíciles”, en los que el preparado en cuestión desarrolla también una función nutricional. En efecto, el suplemento puede ponerse en el mercado sin referencia alguna a propiedades terapéuticas pero, simultáneamente, puede ocurrir que, además de cumplir un cometido nutritivo, produzca de hecho algún efecto fisiológico, o contenga algún componente activo que pueda utilizarse para la fabricación de medicamentos o, incluso, algún extracto vegetal sobre el que no exista un criterio científico homogéneo. En estos supuestos habrán de tomarse en consideración los

⁷¹¹ El criterio de la “presentación” no parece tan conflictivo. Al respecto, el TJCE, en su Sentencia de 28 de octubre de 1992, J. S. W. Ter Voort, asunto C-219/91, ha confirmado expresamente que “la naturaleza alimentaria de un producto tampoco puede impedir que el mismo sea calificado de “medicamento”... en la medida en que la descripción o la recomendación de sus propiedades curativas o preventivas puedan, por sí mismas, hacer que se le considere como un producto que presenta las propiedades características de una sustancia terapéutica, es decir, de un medicamento”. Por tanto, concluye que “un producto recomendado o descrito como poseedor de propiedades preventivas o curativas es un medicamento ... aun cuando en general se considere como un producto alimenticio e incluso no tenga, en el estado actual de los conocimientos científicos, ningún efecto terapéutico conocido”. No obstante, hay que tener en cuenta que la forma exterior que se dé al preparado no constituye un indicio exclusivo y determinante, ya que hay productos alimenticios que tradicionalmente se presentan bajo formas similares a las de los productos farmacéuticos (STJCE de 30 de noviembre de 1983, Bennekom, asunto 227/82). Asimismo, en relación con este criterio, conviene recordar que el artículo 5.1 del Real Decreto Legislativo 1/2015 prohíbe expresamente “los productos, preparados, sustancias o combinaciones de las mismas, que se presenten como medicamentos sin estar legalmente reconocidos como tales”. Su elaboración, fabricación, importación, exportación, distribución, comercialización, prescripción y dispensación constituye una infracción muy grave recogida en el artículo 111.c.14.

⁷¹² Sobre el criterio de la “función” y el problema de los productos frontera, véase BOMBILLAR SÁENZ, F. M., *Intervención administrativa y régimen jurídico del medicamento en la Unión Europea*, Granada, 2010, págs. 235-239.

siguientes asertos extraídos de la jurisprudencia comunitaria, algunos de los cuales no son especialmente claros⁷¹³:

1º A los efectos de atribuir a un producto la consideración de medicamento, “las autoridades nacionales, bajo el control del juez, deben decidir caso por caso, teniendo en cuenta todas las características del producto, entre ellas, su composición, sus propiedades farmacológicas⁷¹⁴ –en la medida en que pueden determinarse en el estado actual de los conocimientos científicos–, su modo de empleo, la amplitud de su difusión, el conocimiento que de él tengan los consumidores y los riesgos que pueda ocasionar su uso”⁷¹⁵.

2º La presencia de sustancias activas solo será relevante a efectos de integrar el concepto de medicamento si el producto en cuestión es idóneo para restablecer, corregir o modificar de forma significativa las funciones fisiológicas, al ejercer una acción farmacológica, inmunológica o metabólica⁷¹⁶.

3º No cabe calificar como medicamentos “por su función” a aquellas sustancias que, aunque tengan cierta influencia en el cuerpo humano, carecen de efectos *significativos* en el metabolismo y, por lo tanto, no modifican en sentido estricto las condiciones de su funcionamiento⁷¹⁷. El TJUE ha puesto de manifiesto que el efecto fisiológico no es específico de los medicamentos, sino que forma parte también de los criterios para definir los complementos alimenticios, con lo que el parámetro de la acción farmacológica no es suficiente para convertir un producto en medicamento⁷¹⁸(y, por tanto, sujetarlo a la legislación farmacológica).

⁷¹³ Ofrece un estudio de la jurisprudencia comunitaria más destacada en materia de distinción entre medicamento y alimento, AMARILLA, N., “Categorías de productos regulados por la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Frontera medicamento-alimento”, cit., págs. 213-221.

⁷¹⁴ Respecto a las propiedades farmacológicas, El TJUE ha reiterado que son “el criterio en virtud del cual debe apreciarse si, con arreglo al artículo 1.2 de la Directiva 2001/83/CE, puede administrarse con el fin de establecer un diagnóstico médico o restablecer, corregir, o modificar las funciones fisiológicas del hombre”.

⁷¹⁵ STJCE de 9 de junio de 2005, HLH Warenvertriebs y Orthica, asuntos acumulados C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03. Con respecto a los conceptos de “acción farmacológica”, “inmunológica” o “metabólica”, véase VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, cit., págs. 45-46. Señala este autor que, en su opinión, la concreción del tipo de acción que ejercen los medicamentos ha contribuido de forma limitada a su distinción frente a otros productos para la salud que inciden en las funciones fisiológicas a través de otro tipo de acciones como la nutricional, en referencia a los alimentos y complementos alimenticios.

⁷¹⁶ STJCE de 15 de enero de 2009, Hecht-Pharma GmbH contra Stadt Regensburg, asunto C-140/2007. En este caso, se trataba de un compuesto de arroz rojo fermentado, comercializado como suplemento alimenticio, que contenía el principio activo monacolina K.

⁷¹⁷ Entre otras, STJCE de 16 de abril de 1991, Upjohn, asunto C-112/89; STJUE de 20 de abril de 2009, BIOS Naturprodukte GmbH/Saarland, asunto C-27/08; STJUE de 6 de septiembre de 2012, Kreussler/Sunstar, asunto C-308/11.

⁷¹⁸ STJCE de 15 de noviembre de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, asunto C-319/2005. En esta resolución, conocida como la de las “cápsulas de ajo”, el Tribunal determinó que el producto controvertido no era medicamento, pues no tenía un efecto fisiológico superior al propio de un alimento consumido en cantidades normales.

4º Pese a que el término “modificar”, según su sentido habitual en el lenguaje corriente, implica una indiferencia en cuanto al carácter beneficioso o nocivo de los efectos producidos, el vocablo debe interpretarse en consonancia con el contexto normativo en el que se integra, atendiendo al resto de elementos que componen las dos definiciones de medicamento. Por ello, debe entenderse que cuando se alude a la modificación de las funciones fisiológicas, se trata de “sustancias aptas para producir un impacto beneficioso en el funcionamiento del organismo humano y, consiguientemente, en la salud humana”⁷¹⁹. Esta afirmación, a mi juicio, sigue dejando abierto el interrogante de si sería suficiente con que en abstracto la sustancia de que se trate pueda potencialmente producir efectos positivos en la salud, o si habrá que comprobar en cada caso que la composición concreta del producto tiene esa aptitud. Si nos ciñéramos a la primera posibilidad, el abanico de elementos que podrían calificarse como medicamentos es amplísimo (cualquier compuesto que incorporase un principio activo que se utilizase para fabricar fármacos, por su idoneidad en abstracto, y en cualquier cantidad que tuviese un efecto fisiológico en el cuerpo humano, aunque la proporción de principio activo contenida pudiese resultar nociva), con lo que la aclaración del Tribunal aportaría más bien poco; si, sin embargo, y como parece deducirse del razonamiento judicial, se siguiera la segunda opción, se reduciría notablemente el espectro, que entonces abarcaría solo preparados adecuados para mejorar la salud humana, con lo que quedarían fuera aquellos que no fueran aptos a tal efecto y comportasen potenciales consecuencias negativas o perjudiciales, lo que sin embargo resulta contradictorio con el objetivo que se perseguía al introducir el criterio de la “función” en la definición comunitaria.

5º La “regla para caso de duda” no será aplicable a un producto cuya naturaleza de medicamento “por su función” no se ha demostrado científicamente, aunque ello no pueda descartarse. En este sentido, la postura del Tribunal aboga por potenciar el principio de libre circulación frente a una desproporcionada protección de la salud pública (pese a que reconoce la potestad de los Estados miembros para decidir el nivel

⁷¹⁹ Esta interpretación la sostiene el TJUE en su Sentencia de 10 de julio de 2014, Markus D. contra G., asuntos acumulados C-358/13 y C-181/14. En este caso se elevó al Tribunal una cuestión prejudicial para dilucidar si podían considerarse medicamentos unas bolsitas de plantas aromáticas que se vendían como ambientadores y a las que se habían añadido cannabinoides sintéticos que eran utilizados por los clientes como sustitutivos de la marihuana. El Tribunal dictaminó que quedan excluidas del concepto de medicamento las sustancias “cuyos efectos se limitan a una mera modificación de las funciones fisiológicas, sin ser aptas para producir efectos beneficiosos, mediatos o inmediatos, sobre la salud humana, y que se consumen únicamente con el fin de generar un estado de embriaguez, resultando nocivas para la salud humana”. Aunque estoy de acuerdo en que no cabe denominar medicamento a un producto de semejantes características, lo cierto es que no puede ignorarse que los cannabinoides también se utilizan en el ámbito de la medicina para el tratamiento de enfermedades (por ejemplo, para tratar las náuseas y vómitos secundarios a la quimioterapia).

de protección de la salud pública exigible en su ámbito territorial, en aplicación del principio de precaución)⁷²⁰.

Así pues, los criterios jurisprudenciales expuestos habrán de ponderarse en el Estado miembro correspondiente para clarificar la condición de los suplementos deportivos de naturaleza dudosa, sin que puedan automáticamente clasificarse como alimento o medicamento. De hecho, a la vista de estas pautas interpretativas, podría considerarse que no es medicamento aquel complemento que contenga algún principio activo en una dosis que no pueda afectar de modo relevante las funciones orgánicas del consumidor, aunque pueda tener cierta incidencia en el cuerpo humano⁷²¹; y, tampoco, aquél que incorpore alguna sustancia (por ejemplo, un elemento vegetal) pendiente de valoración científica, que impida comprobar fehacientemente que se trata de un medicamento “por función”. Más dudoso resulta, a la vista de las reflexiones previas sobre la posición del TJUE respecto a la función consistente en “modificar las funciones fisiológicas”, si un compuesto que presente en su composición algún ingrediente, idóneo en abstracto para una finalidad preventiva o terapéutica, pero en una cantidad que lo convierta en inadecuado para tal fin, debería ser calificado como medicamento.

Estas líneas interpretativas que suministra el Tribunal de Justicia comunitario, en general más flexibles, chocan no obstante con la posición mantenida por los Tribunales españoles, que suelen ratificar las resoluciones adoptadas por los organismos sanitarios que ordenan la retirada del mercado de suplementos alimenticios en los que aparezca alguna sustancia que sea principio activo de algún medicamento sin detenerse a considerar la dosis o los efectos terapéuticos del producto (en estos casos, los productos se sacan del mercado porque su presencia es ilegal, al no haber sido objeto de evaluación y autorización)⁷²²; o que establecen sanciones por su comercialización sin cumplir los citados requisitos de evaluación y autorización previa de la AEMPS, exigibles al atribuírseles la condición de medicamento⁷²³; o que deniegan su inscripción como productos dietéticos en el Registro General Sanitario (inscripción que ha dejado de ser obligatoria a partir de la modificación del RD 191/2011, operada por el RD

⁷²⁰ STJCE de 15 de enero de 2009, Hecht-Pharma GmbH contra Stadt Regensburg, asunto C-140/2007.

⁷²¹ En este sentido, VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, cit., pág. 41.

⁷²² Entre otras, se pueden consultar las notas informativas de la AEMPS que ordenan la retirada de los complementos alimenticios Dymethaberry steel crushers, Nasty mass inslinsified y Prohormonal e-pol inslinsified, Extra slim stronger formula, Thermogenic slim, Actra-sx, Phreak y de la denominada Nuez de la India-magicnuez, en <http://www.aemps.gob.es/informa/notasInformativas/medicamentosUsoHumano/medIlegales/home.htm> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁷²³ De acuerdo con el artículo 8.3 del Real Decreto Legislativo 1/2015, la competencia para atribuir a un producto la condición de medicamento se atribuye expresamente a la AEMPS, como autoridad competente en la materia.

682/2014), por considerarlos medicamentos que han de quedar excluidos del ámbito alimentario⁷²⁴. De hecho, ya he indicado que en alguna ocasión el TJUE ha condenado a nuestro país por estimar que no hay una evaluación científica caso por caso, sino una calificación automática como medicamento de todos aquellos compuestos que contienen alguna sustancia activa, y por ignorar el principio de reconocimiento mutuo.

Los argumentos anteriores permiten afirmar que, en una primera aproximación, si un suplemento nutricional contiene alguna sustancia activa con aptitud para beneficiar la salud en dosis suficientes para modificar las funciones fisiológicas (por ejemplo, hormonas, anabolizantes o estimulantes), será considerado medicamento de acuerdo con el concepto amplio por la idoneidad de sus propiedades farmacológicas. Esta calificación tiene sentido, en tanto en cuanto un suplemento deportivo así caracterizado, no debería estar sometido al régimen jurídico más laxo previsto para los productos que cumplen una exclusiva función nutricional. Su calificación como medicamento significa control, para la elaboración y la comercialización (autorización, aportación de información química, farmacéutica y biológica, evaluación, etc.) y, por tanto, seguridad para los consumidores. Parece más que razonable poner barreras a la libre distribución de suplementos que, sin una supervisión farmacológica y médica, pueden dañar la salud. No obstante, si bien está justificado que a compuestos de este tipo, que encajan en la definición legal, se les atribuya la condición de medicamento a los efectos indicados, considero que hay razones para apoyar un concepto restrictivo de lo que debe entenderse por medicamento, que expondré seguidamente.

2. EL CONCEPTO ADMINISTRATIVO RESTRICTIVO

Junto al concepto de medicamento en sentido amplio que proporciona la definición legal del artículo 2.a) del Real Decreto Legislativo 1/2015, se secunda por un sector de la doctrina un concepto más restrictivo. En concreto, se defiende que la autorización sanitaria “constituye el elemento formal del concepto jurídico de medicamento”, de modo que no puede considerarse que un preparado sea un medicamento si, pese a

⁷²⁴ En la línea de considerar medicamento –aunque no se ofrezca por sus propiedades terapéuticas– a todo preparado que contenga principios activos de medicamentos, porque son características impropias de un alimento, véanse las SSTSJ de Madrid 1310/2001, de 30 de noviembre; 1134/2004, de 10 de septiembre; y 1068/2008, de 15 de julio; y las SSTS de 20 de noviembre de 2003 y de 27 de marzo de 2012. Véase, asimismo, la nota 641, pág. 298, con sentencias que ratifican retiradas por la AEMPS o revocan autorizaciones de comercialización de productos que en otros países del ámbito europeo se comercializan legalmente como complementos alimenticios o como preparados dietéticos.

encuadrarse en la definición legal de medicamento (en referencia a la contenida actualmente en el art. 2.a) RDL 1/2015), no ha obtenido la pertinente autorización sanitaria de comercialización por las autoridades sanitarias competentes⁷²⁵. También se señala que “la *autorización* es el último paso para la puesta en el mercado de un medicamento y, por tanto, aun no estando este requisito incluido en la definición del concepto legal de medicamento, *es condición indispensable para ser reconocido como tal*”⁷²⁶. Y, del mismo modo, se declara que “el elemento central que configura su estatuto jurídico (el del medicamento) es la autorización”⁷²⁷. Desde esta posición cabe afirmar, por tanto, que lo que permite definir definitivamente al medicamento a efectos jurídicos además de lo anterior es que haya sido reconocido legalmente mediante la autorización correspondiente.

En mi opinión, esta exigencia formal es esencial. Para que un producto pueda circular en el tráfico jurídico con garantías para la salud de los consumidores es imprescindible que cuente con un reconocimiento legal; esto es, que cuente con la aceptación de la Administración, tras el cumplimiento de las prescripciones formales (que implican a su vez que el compuesto reúna los requisitos materiales recogidos en el concepto amplio de “medicamento de uso humano” que proporciona el RDL 1/2015) establecidas para que pueda distribuirse en el mercado. Por ello, creo que se debe considerar que solo son medicamentos aquellos que hayan sido reconocidos como tales por las autoridades sanitarias, de acuerdo con la clasificación expresa que realiza el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2015. Si bien el cumplimiento de requisitos legales no se incluye expresamente en la definición de “medicamento de uso humano” que ofrece esta norma, esta obligación aparece recogida en las distintas normas que regulan los medicamentos con el fin de certificar, a través de un control estricto, que los fármacos lleguen a los consumidores en perfectas condiciones de seguridad (y de calidad, y de eficacia) para la salud. De ahí que quepa defender un concepto restrictivo de medicamento, resultado de realizar una interpretación integradora y sistemática de la legislación farmacéutica, sobre la que me detendré a continuación.

⁷²⁵ VILLALBA PÉREZ, F., *La profesión farmacéutica*, Madrid, 1996, págs. 112 y 113.

⁷²⁶ VALVERDE LÓPEZ, J. L./ RÍSQUEZ MADRIDEJOS, J. P./ CABEZAS LÓPEZ, M. D, “El concepto jurídico de la sangre y sus derivados desde la perspectiva del derecho comunitario y español”, cit., pág. 134. Más recientemente, ratifica que la autorización sanitaria constituye el elemento formal del concepto jurídico de medicamento, indispensable para que un medicamento sea reconocido como tal, SARRATO MARTÍNEZ, L., *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, cit., págs. 224-225. En sentido contrario, VIDA FERNÁNDEZ, que considera que el concepto legal de medicamento no se limita a los medicamentos autorizados, sino que abarca a todas las sustancias que cumplan una o las dos condiciones indicadas, sin perjuicio de que sean legales, o bien ilegales, en *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, cit., págs. 30-31.

⁷²⁷ VALVERDE LÓPEZ, J. L./ACOSTA-ROBLES, A. L./VILLEGAS-LUCENA, J./MARTÍN-CASTILLA, D., “Concepto jurídico de medicamento”, cit., pág. 83.

Parece razonable entender que “medicamento” solo puede ser aquel al que la Administración le otorga formalmente tal condición, lo que ocurrirá en la inmensa mayoría de los casos a través de la obtención de la autorización sanitaria y el registro previos a su puesta en circulación⁷²⁸. Ya la Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad, señalaba en su artículo 40.5 que compete a la Administración del Estado, sin menoscabo de las competencias de las Comunidades Autónomas, “la reglamentación, autorización y registro u homologación, según proceda, de los medicamentos de uso humano y veterinario y de los demás productos y artículos sanitarios y de aquellos que, al afectar al ser humano, puedan suponer un riesgo para la salud de las personas”. Y, específicamente, el Real Decreto Legislativo 1/2015 prescribe que “ningún medicamento elaborado industrialmente podrá ser puesto en el mercado sin la previa autorización de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios e inscripción en el Registro de Medicamentos o sin haber obtenido la autorización de conformidad con lo dispuesto en las normas europeas que establecen los procedimientos comunitarios para la autorización y control de los medicamentos de uso humano y veterinario y que regula la Agencia Europea de Medicamentos” (art. 9.1).

Tal autorización solo se obtiene tras un complejo y riguroso proceso de evaluación en el que son objeto de análisis toda una serie de aspectos perfectamente reglados dirigidos expresamente a asegurar que aquello que llega al consumidor de medicamentos va a tener la eficacia que se indica, está preparado con arreglo a elevados estándares de calidad y no comporta peligros para la salud si se consume de acuerdo con unas prescripciones concretas. Que se trate de un medicamento autorizado significa, por tanto, que es un producto que cumple *ab initio* toda una serie de condiciones que establece la normativa administrativa. Habrá alcanzado, pues, los niveles de calidad exigidos; será seguro, en el sentido de que si se hace el uso debido no comportará efectos tóxicos o indeseables desproporcionados al beneficio que procura; será eficaz en las indicaciones terapéuticas para las que se ofrece; estará correctamente identificado; y suministrará la información precisa para que el paciente pueda utilizarlo adecuadamente⁷²⁹.

⁷²⁸ Presenta un profundo estudio sobre la autorización y registro de medicamentos, detallando la actividad administrativa de evaluación previa, el procedimiento y el contenido de la autorización de comercialización, SARRATO MARTÍNEZ, L., *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, cit., págs. 383 y ss.

⁷²⁹ De acuerdo con las garantías exigibles para obtener la autorización, recogidas en los artículos 10 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/2015, y con lo establecido en el Real Decreto 1345/2007, de 11 de octubre, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente (modificado sucesivamente por el RD 1091/2010, y el RD 686/2013).

Es cierto que existen medicamentos en cuya elaboración no interviene un proceso industrial y para los que no se requiere un acto administrativo expreso de autorización como el previsto para los medicamentos de origen industrial, pero ello no obsta a que también exista un control exhaustivo por parte de las autoridades sanitarias que permita considerarlos “autorizados”. Me refiero, en concreto, a las fórmulas magistrales, a los preparados oficinales y a algunos medicamentos especiales, como pueden ser eventualmente diversos medicamentos de plantas medicinales y algunos radiofármacos⁷³⁰.

De conformidad con el artículo 2.i) del Real Decreto Legislativo 1/2015, las fórmulas magistrales son medicamentos destinados a un paciente individualizado, preparados por un farmacéutico, o bajo su dirección, para cumplimentar expresamente una prescripción facultativa detallada de los principios activos que incluye, según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto, dispensado en oficina de farmacia o servicio farmacéutico y con la debida información al usuario en los términos previstos en el artículo 42.5 del mismo texto legal. Por su parte, los preparados oficinales son aquellos medicamentos elaborados según las normas de correcta elaboración y control de calidad establecidas al efecto y garantizados por un farmacéutico o bajo su dirección, dispensados en oficina de farmacia o servicio farmacéutico, enumerados y descritos por el Formulario Nacional, destinados a su entrega directa a los enfermos a los que abastece dicha farmacia o servicio farmacéutico (art. 2.j) RDL 1/2015).

Cuando se trate de fórmulas magistrales, su reconocimiento como medicamentos requerirá que contengan sustancias de acción e indicación reconocidas legalmente en España, que sean preparadas por oficinas de farmacia y servicios farmacéuticos legalmente establecidos, y que observen en su elaboración las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales, y las directrices del Formulario Nacional (art. 42 RDL 1/2015). En relación con los preparados oficinales, tal reconocimiento estará condicionado a que hayan sido elaborados por un farmacéutico, que se trate de aquellos enumerados y descritos en el

⁷³⁰ Existen algunos medicamentos cuya fabricación no es siempre industrial, pero para los que se establece específicamente la necesidad de una autorización sanitaria como ocurre, por ejemplo, con los fármacos de terapia avanzada no industriales. Así, el Real Decreto 477/2014, de 13 de junio, por el que se regula la autorización de medicamentos de terapia avanzada de fabricación no industrial, contempla específicamente las exigencias y garantías que deben cumplir estos fármacos para obtener la correspondiente autorización de uso por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, y establece los requisitos de trazabilidad y de farmacovigilancia de estos medicamentos una vez autorizados.

Formulario Nacional⁷³¹, y que cumplan las normas de la Real farmacopea Española (art. 43 RDL 1/2015)⁷³². Por tanto, si bien no se requiere una autorización administrativa individualizada, puede considerarse que existe una autorización genérica en tanto se trate de preparados contemplados en compendios oficiales y elaborados de acuerdo con las especificaciones de calidad prescritas⁷³³.

Además, la normativa farmacéutica de las distintas Comunidades autónomas viene requiriendo que las farmacias soliciten obligatoriamente una acreditación o certificación de la Dirección General competente en materia de farmacia para elaborar estas clases de compuestos que especifique las formas farmacéuticas que se pretenden confeccionar⁷³⁴. Así pues, se puede concluir que existe un control administrativo adecuado en la medida en que, de un lado, la farmacia o el servicio de farmacia que los elabora ha de estar autorizado legalmente para tales fines y, de otro lado, el farmacéutico se erige en un garante de la calidad y seguridad del medicamento por delegación de la Administración que, por añadidura, ha de tener perfectamente documentado todo el proceso de preparación⁷³⁵.

En el caso de los medicamentos de plantas medicinales, conforme establece el artículo 51 del Real Decreto Legislativo 1/2015, “seguirán el régimen de las fórmulas magistrales, preparados oficinales o medicamentos industriales, según proceda y con las especificidades que reglamentariamente se establezcan”. Por tanto, el reconocimiento legal de los mismos dependerá, según el caso, de la existencia de una autorización previa, o del cumplimiento de los requisitos exigidos para las fórmulas magistrales y los preparados oficinales.

⁷³¹ Según el artículo 45 del Real Decreto Legislativo 1/2015, el Formulario Nacional contendrá las fórmulas magistrales tipificadas y los preparados oficinales reconocidos como medicamentos, sus categorías, indicaciones y materias primas que intervienen en su composición o preparación, así como las normas de correcta preparación y control de aquéllos.

⁷³² En relación con las fórmulas magistrales (tipificadas o no) y los preparados oficinales, véase el Real Decreto 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales.

⁷³³ Así lo consideran expresamente VALVERDE LÓPEZ, J. L./ACOSTA-ROBLES, A. L./VILLEGAS-LUCENA, J./MARTÍN-CASTILLA, D., “Concepto jurídico de medicamento”, cit., pág. 80.

⁷³⁴ Tal es el caso de la Comunidad de Madrid, a través del Decreto 65/2009, de 9 de julio, del Consejo de Gobierno, por el que se regulan los procedimientos de certificación de las oficinas de farmacia y servicios de farmacia que elaboren fórmulas magistrales y preparados oficinales y de autorización para la elaboración a terceros, y se crea el Registro correspondiente; o de la Comunidad de Castilla la Mancha, a través de la Orden de 10/03/2004, de la Consejería de Sanidad, por la que se regula la aplicación de las normas contenidas en el Real Decreto 175/2001, de 23 de febrero, por el que se aprueban las normas de correcta elaboración y control de calidad de fórmulas magistrales y preparados oficinales.

⁷³⁵ Así, por ejemplo, el Real Decreto Legislativo 1/2015 establece en su artículo 42.5 que “las fórmulas magistrales irán acompañadas del nombre del farmacéutico que las prepare y de la información suficiente que garantice su correcta identificación y conservación, así como su correcta utilización”. También recoge esta función esencial del farmacéutico el Real Decreto 175/2001, que señala diversas obligaciones del farmacéutico responsable, dirigidas precisamente a garantizar que las fórmulas magistrales y preparados oficinales son de calidad y no comportan peligros para la salud (sobre materias primas, documentación, elaboración, etc.).

También se establecen en esta disposición una serie de garantías legales que determinan la naturaleza legal de medicamento en relación con los radiofármacos que no se fabrican industrialmente. Así, aunque no se exige en estos casos la autorización preceptiva conforme al procedimiento descrito para los radiofármacos fabricados industrialmente, cuando se trate de la preparación extemporánea de un radiofármaco, han de ser elaborados en una unidad de radiofarmacia autorizada, bajo la supervisión y control de un facultativo especialista en radiofarmacia, para su aplicación en un centro o institución legalmente facultado para ello, y solo si se realiza exclusivamente a partir de generadores, equipos reactivos y precursores autorizados y con arreglo a las instrucciones del fabricante (art. 48 RDL 1/2015)⁷³⁶.

Se observa, pues, que el concepto administrativo restrictivo de medicamento comprende aquellos preparados que cumplan las prescripciones formales exigidas por la ley que determinan que los medicamentos sean reconocidos y puedan circular con garantías en el tráfico jurídico. Este reconocimiento legal vendrá dado por la existencia de una autorización administrativa del preparado y su registro, o por el hecho de que sean elaborados por operadores legalmente establecidos o autorizados para ello, con arreglo a estrictos parámetros de control establecidos en la normativa farmacéutica⁷³⁷. A su vez, es conveniente insistir en que el reconocimiento legal que confiere el estatus jurídico de medicamento a una sustancia o combinación de sustancias comporta necesariamente que se cumpla simultáneamente con los dos criterios de la definición material que ofrece el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015; o sea, todo producto que encaje en el concepto administrativo de medicamento expuesto desarrollará obligatoriamente alguna de las funciones previstas y, al mismo tiempo, se presentará como medicamento, destinado a un ámbito de consumo propio y específico. Podría considerarse que no todo fármaco se “presenta” como poseedor de propiedades para el tratamiento o prevención de enfermedades, como sería el caso de los anticonceptivos orales (aunque en la actualidad son numerosos los efectos terapéuticos que se vinculan a los mismos). Sin embargo, es indiscutible que un anticonceptivo

⁷³⁶ Las mismas exigencias se imponen cuando se proceda a preparar muestras autólogas donde participen radionucleidos. Igualmente, cuando se trate de producir radiofármacos PET, esta ha de tener lugar en una unidad de radiofarmacia autorizada, bajo la supervisión y control de un facultativo especialista en radiofarmacia, y de conformidad y con los requisitos determinados reglamentariamente.

⁷³⁷ Al efecto de comprobar la interminable serie de requisitos y condiciones establecidas en la legislación administrativa para elaborar y comercializar medicamentos, pueden consultarse entre otras normas, además de las ya mencionadas (RDL 1/2015, RD 1345/2007, y RD 175/2001), el Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación, y el Real Decreto 782/2013, de 11 de octubre, sobre distribución de medicamentos de uso humano, que modifica el anterior.

autorizado para su comercialización aparece ante el consumidor como un medicamento, dotado de una forma farmacéutica, con un etiquetado y un prospecto que deja fuera de toda duda que se trate de un fármaco.

En definitiva, y en mi opinión, si bien se utiliza el término “medicamento” para abarcar a aquellos productos que reúnen los criterios recogidos en la definición material amplia, la concepción que debe prevalecer es la restrictiva, de modo que considero que la nomenclatura “medicamento” debería reservarse solo para aquellos preparados que, además de cumplir los criterios materiales descritos, cuenten con el aval de la Administración sanitaria. Los compuestos que tanto el legislador, como la Administración y los operadores jurídicos etiquetan como “medicamentos” por el mero hecho de que se presentan como tales, o simplemente porque pueden cumplir alguno de los fines que prescribe la normativa, a mi modo de ver, no deberían considerarse medicamentos si les falta el requisito formal del reconocimiento legal. Se les denomina así porque encajan en la amplísima definición material que proporciona la legislación farmacéutica, con la que se pretende que todo preparado que responda a los criterios expuestos reciba un control riguroso y esté sujeto al Derecho farmacéutico a los efectos de su legalización, de su retirada del mercado si no han sido objeto de evaluación y autorización, y también a efectos sancionatorios, pero parece que no deberían reputarse medicamentos⁷³⁸.

III. ALCANCE DE LA REFERENCIA AL MEDICAMENTO EN EL ÁMBITO PENAL

Expuestas las nociones de medicamento que se sostienen en el ámbito administrativo y mi posición al respecto, en las siguientes páginas me voy a ocupar de examinar el alcance de la referencia al medicamento en el ámbito penal, lo que constituye el paso previo y básico para determinar si los suplementos deportivos nocivos en los que se centra este trabajo podrían quedar subsumidos bajo alguno de los tipos penales relativos a los fármacos y otros productos afines.

Para este cometido, como he anticipado, en primer lugar será conveniente realizar un análisis del escenario criminológico en el que se ubican los medicamentos, con el fin de conocer el tipo de mercado en el que circulan y el perfil de los consumidores.

⁷³⁸ En este sentido, en referencia al “medicamento por presentación”, señalan que la pretensión terapéutica (indicación de propiedades curativas o preventivas) no agota el concepto de medicamento, sino tan solo “condiciona la aplicación del Derecho farmacéutico al producto”, VALVERDE LÓPEZ, J. L./ACOSTA-ROBLES, A. L./VILLEGAS-LUCENA, J./MARTÍN-CASTILLA, D., “Concepto jurídico de medicamento”, cit., págs. 80 y 83.

Asimismo, habrá que detenerse en la realidad de que en ocasiones se hace un uso desviado de los fármacos, alejado de los fines preventivos y curativos de enfermedades que les son propios. El interés de este estudio radica en que permitirá extraer una serie de parámetros que pueden desempeñar un papel importante en la exégesis y en la determinación del alcance de los delitos farmacológicos y sus relaciones con otros ilícitos que también se dirigen a preservar la salud de los ciudadanos en distintos sectores de actividad.

En segundo lugar, trataré de dilucidar si existe un concepto penal de medicamento que pueda utilizarse uniformemente para interpretar los delitos farmacológicos, por lo que expondré el estado de la cuestión en la doctrina y la jurisprudencia mayoritarias. Ambas han sido conscientes de la necesidad de dotar de contenido al elemento en aras del principio de taxatividad y de seguridad jurídica y han intentado definir qué haya de entenderse por “medicamento” en el ámbito penal, aunque han puesto de relieve que existen muchas dificultades para establecer una noción uniforme y válida. Dada la naturaleza normativa del término, que implica que no pueda prescindirse de la legislación farmacéutica para determinar qué ha de entenderse por “medicamento” a efectos penales, en general se han sostenido acepciones bastante próximas e incluso coincidentes con el concepto amplio referido. Sin embargo, los esfuerzos realizados en esta dirección no han sido demasiado productivos y la indefinición persiste, como ponen de manifiesto algunas resoluciones judiciales que otorgan un tratamiento diverso a productos que podrían ser considerados como medicamentos conforme a tales concepciones.

A mi juicio, el problema reside en que, aunque lo coherente sería que las referencias legales al medicamento versaran sobre un único objeto material al que conectar las diversas conductas ilícitas que se sancionan, lo cierto es que, a la vista de las formulaciones típicas parece que no se maneja un concepto unívoco, susceptible de ser empleado indistintamente para reemplazar el vocablo “medicamento” en todas las figuras. Por ello, en tercer lugar, abordaré las modalidades delictivas, deteniéndome especialmente en aquellos elementos típicos que puedan contribuir a perfilar el objeto material. Como explicaré, en unos casos se observa que las exigencias típicas configuran el “medicamento” de acuerdo con la acepción administrativa restrictiva, de modo que en alguno de los tipos el objeto de la acción no es otro que el medicamento genuino legalmente reconocido, autorizado por las autoridades sanitarias; pero, en otros, la descripción del injusto muestra que la alusión al “medicamento” se concreta en

productos que pueden ser de la índole más variada, que encajan en la definición material amplia que proporciona la legislación farmacéutica (art. 2 a) RDL 1/2015) y que reflejan, a mi modo de ver, un uso impropio del término pues, en realidad, no puede afirmarse que las acciones recaigan sobre verdaderos medicamentos tal y como los he definido previamente.

Así pues, el estudio de las infracciones relativas a medicamentos contribuirá a poner de manifiesto la heterogeneidad de objetos materiales a que dan lugar los diversos conceptos de que se sirve la ley. En este sentido, la constatación de que alguna figura admite incluir una amplísima variedad de sustancias y presenta capacidad para atraer a su ámbito compuestos que podrían contenerse en los objetos materiales previstos en otros delitos del mismo capítulo, aconsejará utilizar alguno de los criterios derivados del análisis del escenario criminológico a fin de sujetar los ilícitos farmacológicos a límites razonables y respetar la decisión de intervenir penalmente en otras esferas de consumo a través de las restantes figuras contra la salud pública. Como se verá, ello va a implicar en algunos casos desligarse en parte de la concepción amplia de medicamento que parece seguirse en algún precepto. Aunque la regla general es que el Derecho penal habría de orientarse conforme a la calificación administrativa, no se halla directamente vinculado por ella y debería apartarse de un modo razonable cuando sea necesario y esté justificado, al menos si se quiere mantener la coherencia del sistema integral diseñado para tutelar la salud pública frente a los ataques que requieran el ejercicio del *ius puniendi*⁷³⁹.

1. EL ESCENARIO CRIMINOLÓGICO DEL MEDICAMENTO

En este momento voy a presentar una visión general del entorno en que se mueven los fármacos al efecto de aportar criterios básicos que han de considerarse en la interpretación del objeto material “medicamento” que, además, contribuirán a acotar el alcance de los ilícitos farmacológicos y su relación con otros delitos recogidos en el mismo capítulo. Con tal propósito indicaré, en un primer momento, las clases de mercado en los que se distribuyen las sustancias medicinales; en un segundo momento,

⁷³⁹ Aluden con carácter general al problema de la dependencia o independencia del Derecho penal respecto a otras ramas del ordenamiento jurídico, en los casos en que se utilizan conceptos técnicos definidos en leyes sectoriales, MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, cit., págs. 270-271; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al., en DEMETRIO CRESPO, E./RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho penal. Parte general*, El Masnou, 2010, págs. 11-13.

delimitaré el ámbito de actividad al que se destinan naturalmente y el perfil general que caracteriza al consumidor potencial de fármacos; y, por último, pondré de manifiesto la existencia de usos desviados de los medicamentos y la trascendencia que esto puede tener en la elección de los tipos penales aplicables.

1.1. El mercado de medicamentos

El mercado del consumo de medicamentos ha experimentado a partir de la revolución industrial un enorme crecimiento, marcado por el paso de un concepto de medicamento artesanal a otro industrial. Aparecen así, unidas al desarrollo tecnológico y científico, industrias dedicadas a producir fármacos a gran escala y que configuran un ámbito en el que surgen ya otros intereses más allá de los puramente terapéuticos. Este lucrativo sector de negocio, altamente competitivo y en el que intervienen una pluralidad de agentes, constituye un campo abonado para los riesgos, no solo los asociados a la fabricación y utilización de los fármacos, sino también los derivados de la incertidumbre que conlleva la aplicación de avances científicos y técnicos a su producción masiva, o aquellos vinculados al hecho de que haya diversos sujetos implicados en su distribución, dispensación y administración⁷⁴⁰. En este contexto, el necesario control de los riesgos ha sido el que ha ido marcando la evolución de la normativa administrativa, que progresivamente ha incrementado los requisitos y condiciones a los que han de someterse tanto los medicamentos como quienes participan en el ciclo del fármaco (desde su creación hasta su consumo), para garantizar, dentro del nivel de riesgo permitido, la adquisición de productos de calidad, seguros y eficaces para las indicaciones beneficiosas que prometen. Junto a ello, se ha ampliado el catálogo de infracciones y sanciones en la materia, intensificándose así la protección administrativa⁷⁴¹.

⁷⁴⁰ Para conocer con más detalle la contextualización social, histórica y jurídica del medicamento, véase, SARRATO MARTÍNEZ, L., *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, cit., págs. 37 y ss.

⁷⁴¹ Así, la propia Exposición de motivos de la Ley 29/2006, si bien partía de una valoración positiva de la anterior Ley del Medicamento (Ley 25/1990) señalaba, en primer lugar, que la experiencia derivada de la aplicación de esta norma había puesto en evidencia la necesidad de intensificar la orientación de la reforma en torno a dos “ideas-fuerza”: la ampliación y reforzamiento de un sistema de garantías que gire en relación a la autorización del medicamento y la promoción del uso racional del mismo. En segundo lugar, hacía hincapié en que el desarrollo tecnológico, la globalización y el acceso a la información así como la pluralidad de agentes que progresivamente intervienen en el ámbito de la producción, distribución, dispensación y administración de medicamentos aconsejaban, además de intensificar dichas garantías, ampliarlas a la transparencia y objetividad de las decisiones adoptadas así como al control de sus resultados. Por último, en el Título VIII se incorporaban nuevas infracciones y se agravaban algunas atendiendo a la normativa comunitaria, a las circunstancias del sector farmacéutico y a la experiencia acumulada. El cuadro de infracciones y sanciones fue modificado posteriormente por la Ley 10/2013, de 24 de julio.

De este modo se configura un mercado rigurosamente reglamentado a través de numerosas disposiciones que regulan todo el proceso de autorización, fabricación, distribución y comercialización de medicamentos. En el ámbito estatal en la actualidad es norma principal el ya citado Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. En él no solo se recogen las garantías de calidad, seguridad, eficacia, identificación e información que condicionan la autorización de un medicamento de uso humano fabricado industrialmente, sino que también se reglan otros muchos aspectos. Así, a título de ejemplo, se recogen la obligación de los laboratorios fabricantes de disponer de una autorización previa por parte de la AEMPS; las garantías para la correcta fabricación de medicamentos y materias primas; la necesaria autorización para operar como distribuidor y sus exigencias de funcionamiento; las garantías en la publicidad de los medicamentos; diversas obligaciones de información que aseguren su trazabilidad; y normas sobre prescripción y dispensación de los fármacos.

Concretamente, en lo que se refiere a estas últimas, se prohíbe expresamente la venta por correspondencia y por procedimientos telemáticos de medicamentos y productos sanitarios sujetos a prescripción médica. Queda abierta, sin embargo, la puerta a la venta por estos medios cuando se trate de medicamentos no sujetos a prescripción médica, aunque al respecto se afirma que se garantizará, en todo caso, que se dispensen por oficina de farmacia autorizada, con la intervención de un farmacéutico, previo asesoramiento personalizado, y con cumplimiento de la normativa aplicable a los medicamentos objeto de venta, así como de los requisitos en materia de información recogidos en la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico⁷⁴². Se prohíbe, asimismo, la venta a domicilio y cualquier tipo de venta indirecta al público (art. 3.5 RDL 1/2015). En lo que concierne a la custodia, conservación y dispensación de medicamentos de uso humano, se atribuye en exclusiva a las oficinas de farmacia abiertas al público, legalmente autorizadas, y a los servicios

⁷⁴² El Real Decreto 870/2013, de 8 de noviembre, por el que se regula la venta a distancia al público, a través de sitios web, de medicamentos de uso humano no sujetos a prescripción médica, realiza el correspondiente desarrollo reglamentario que preveía la refundida Ley 29/2006, de 26 de julio en la materia, e incorpora al derecho interno español la Directiva 2011/62/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, en los aspectos relativos a la venta de medicamentos de uso humano por servicios de la sociedad de la información a través de páginas web.

de farmacia de los hospitales, de los centros de salud y de las estructuras de atención primaria del Sistema Nacional de Salud (art. 3.6 RDL 1/2015).

En paralelo a este mercado reglado se ha venido desarrollando un mercado clandestino de medicamentos que funciona al margen de los controles normativos expuestos. En este ámbito de negocio, favorecido por el avance de la tecnología y el amplio horizonte que se abre con Internet⁷⁴³, encontramos desde fármacos legales, correctamente elaborados y puestos en circulación, que se dispensan sin control y en contravención de la normativa aplicable⁷⁴⁴, hasta productos absolutamente ilegales, que se fabrican y se venden sin autorización, fuera de los cauces establecidos para garantizar que son seguros y eficaces⁷⁴⁵. La preocupación que ha desatado la existencia de este mercado paralelo ha motivado diversas iniciativas legislativas en el ámbito comunitario e internacional para prevenir y actuar contra las falsificaciones de medicamentos que se han traspuesto al ordenamiento jurídico español, en concreto la Directiva 2011/62/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, que modifica la Directiva 2001/83/CE por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos de uso humano, en lo relativo a la prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal, y el citado Convenio *Medicrime*.

La industria que se ha generado en torno a estos productos está creciendo exponencialmente, fundamentalmente en Asia, donde se localizan los principales países productores de los comúnmente denominados “medicamentos falsificados”. No obstante, el flujo de estos preparados alcanza también a estados de Sudamérica y África y, en menor medida, a América del Norte y Europa, donde los controles aduaneros y la estanqueidad de la cadena de distribución farmacéutica dificultan considerablemente su

⁷⁴³ Según indicaba el Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, en su documento “Venta de medicamentos en Internet: riesgo de falsificaciones”, de 19 de mayo de 2009, la OMS ha declarado que en torno al 10% de los medicamentos que se comercializan en el mundo son falsificaciones. Asimismo, ha informado de que la variedad de productos falsificados también ha aumentado debido a la difusión del comercio por Internet, que abarca una gama muy amplia de fármacos, tanto de marca como genéricos. De hecho, en más del 50% de los casos se ha comprobado que los medicamentos adquiridos a través de sitios web sin domicilio social declarado, son productos falsificados. Este dato se ofrece en el Boletín de la Organización Mundial de la Salud, vol. 88, abril 2010, <http://www.who.int/bulletin/volumes/88/4/10-020410/es> [última consulta: 31 de marzo 2016]. Para información más actualizada sobre los medicamentos falsificados, puede consultarse “La Pandemia global de los medicamentos falsificados: Novedades en el laboratorio y sobre el terreno y perspectivas políticas (The Global Pandemic of Falsified Medicines: Laboratory and Field Innovations and Policy Perspectives), en *The American Journal of Tropical Medicine and Hygiene (AJTMH)*, 2015, suplemento especial en el que se recogen diecisiete trabajos sobre medicamentos falsos y adulterados, firmados por investigadores y especialistas en la materia.

⁷⁴⁴ Por ejemplo, existen farmacias que venden medicamentos por Internet sin solicitar la receta preceptiva y redes criminales que desvían fármacos legales sustraídos a los fabricantes o a los distribuidores para su comercialización fuera de todo control y sin supervisión por parte de facultativos o farmacéuticos.

⁷⁴⁵ Ofrecen un interesante estudio sobre el mercado ilícito emergente de medicamentos y productos de dopaje en España durante los años 2012 y 2013, JORDÁ SANZ, C./GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-10, 2015, págs. 1-22.

venta.

Entre las falsificaciones más frecuentes se ha constatado la existencia de algunas que no contenían en absoluto el principio activo indicado en el envase, carentes por tanto de efectos terapéuticos (especialmente, antipalúdicos); otras que presentaban dosis inferiores o superiores del principio activo; sustituciones del fármaco objeto de la copia por otro con actividad totalmente diferente; preparados medicamentosos que presentaban sustancias tóxicas en su composición (talco, tiza, etc.); y también se ha comprobado que circulan medicamentos con embalajes o documentación falsa, por ejemplo para prolongar la fecha de caducidad de un fármaco caducado⁷⁴⁶.

La peligrosidad para la salud que conllevan estos productos es evidente, pues pueden aparecer efectos adversos en el paciente relacionados con la pérdida del control de la enfermedad (en el caso de ausencia total o parcial del principio activo), con reacciones de sobredosificación (en caso de dosis excesivamente alta) o intoxicaciones (en el caso de contaminación por sustancias tóxicas). En ocasiones, las consecuencias son muy graves e incluso hay un número considerable de muertes que se imputan al consumo de fármacos falsificados⁷⁴⁷.

Precisamente, en este mercado clandestino circulan con frecuencia los suplementos nutricionales para deportistas en los que se centra este estudio. Como he explicado, se trata de compuestos que se comercializan como complementos alimenticios o productos dietéticos pero que presentan en su composición ingredientes dopantes de carácter medicamentoso y que, además, a veces se ofrecen a los consumidores como dotados de las propiedades terapéuticas que son propias de los medicamentos. Aunque es obvio que no son fármacos legales, de acuerdo con la definición amplia de medicamento de uso humano que ofrecen tanto la legislación comunitaria como el Real Decreto Legislativo 1/2015 podría atribuirseles la condición de “medicamentos”, bien porque incluyen en su composición principios activos que se utilizan en la fabricación de fármacos, con capacidad para modificar las funciones fisiológicas, bien porque adicionalmente se presentan como productos de aparente acción beneficiosa terapéutica⁷⁴⁸.

⁷⁴⁶ Así se indica, aludiendo además a las consecuencias negativas de la falsificación de medicamentos, en el documento “Venta de medicamentos en Internet: riesgo de falsificaciones”, del Consejo General de Colegios Oficiales de Farmacéuticos, de 19 de mayo de 2009, disponible en <http://www.cofpo.org/index.php/punto-farmacologico-cgcof.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁷⁴⁷ Puede consultarse al respecto el documento “Medicamentos e Internet”, del Consejo general de Colegios Oficiales Farmacéuticos, de 3 de febrero de 2012, disponible en <http://www.cofpo.org/index.php/punto-farmacologico-cgcof.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

⁷⁴⁸ Son muy numerosas las operaciones policiales en que se han intervenido, junto a medicamentos falsificados con nombre comercial conocido o de medicamentos genéricos, suplementos nutricionales que contenían anabolizantes y hormonas que se distribuían en gimnasios. Así, la conocida “Operación Pangea”, que se desarrolló en septiembre de

1.2. *El ámbito de actividad o de consumo de medicamentos y el perfil del consumidor*

Característica común a ambos mercados (el reglado y el clandestino) es el ámbito de actividad o de consumo que abarcan. A la vista de que lo que define al medicamento, de acuerdo con la descripción contenida en el artículo 2 a) del RDL 1/2015, son sus propiedades para tratar, prevenir, diagnosticar, restaurar o curar, puede afirmarse que la esfera de consumo a que se destinan es, con carácter general, la de la prevención y el tratamiento de enfermedades.

Este ámbito propio aparece conectado directamente al que podría decirse que es el perfil habitual del consumidor al que se dirige el preparado. Mayoritariamente, los consumidores son sujetos que necesitan el medicamento para tratar su enfermedad o prevenirse contra ella⁷⁴⁹. No se trata de una elección libre, sino condicionada por el estado de salud de cada individuo, que se ve en la necesidad de consumirlo para recuperar o mejorar su salud o para garantizarla frente a la enfermedad y que, por tanto, ocupa una posición más débil en la relación de consumo. Al mismo tiempo, son personas que, de un lado, depositan sus expectativas de sanación en el medicamento y, de otro lado, confían en que han sido elaborados y puestos en circulación con arreglo a estrictas normas de control sobre su eficacia, su calidad y su seguridad.

Junto a este tipo de consumidor habitual, se está incrementando exponencialmente el consumo de fármacos por parte de ciudadanos sanos que, si bien no tienen necesidad real de utilizarlos, tienen la percepción contraria, fomentada en parte por la propia industria farmacéutica⁷⁵⁰. Estos individuos también se encuentran en una posición de debilidad, pues se crean en ellos necesidades que no se corresponden con la realidad y que demandan la adquisición de los medicamentos. Además, también confían en que el fármaco va a producir los beneficios esperados y es seguro.

2011 bajo la coordinación de Interpol en 81 países, y que se saldó con la incautación de cientos de miles de productos entre medicamentos falsificados, suplementos alimentarios, productos adelgazantes y el cierre de 13.500 páginas web en las que se vendían tales preparados.

⁷⁴⁹ Sobre la posición del consumidor en la relación de consumo en el ámbito farmacéutico, véase MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 37.

⁷⁵⁰ Ello se atribuye, entre otras razones, a la proliferación de campañas de marketing desarrolladas por la industria farmacéutica que, para incrementar su rentabilidad, se aprovechan del miedo que el ser humano tiene a la muerte, al deterioro físico y a la enfermedad. Así lo indica BARRANCO VELA, R., "El estatuto jurídico de los medicamentos huérfanos en la Unión Europea: el derecho a la salud de los pacientes con enfermedades raras", en BARRANCO VELA, R. (Dir.) y BOMBILLAR SÁENZ, F. M. (Coord.), *El acceso al medicamento. Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada, 2010, pág. 115.

1.3. Usos desviados del medicamento e intervención penal

Con todo, hay que tener presente un aspecto aún no considerado en relación con el ámbito de consumo de los medicamentos. Y es que, puede ocurrir que los mismos se utilicen para cumplir los fines que les son propios, o sea, para el tratamiento o prevención de patologías, o cabe que se produzca un uso diverso, en aquellos supuestos en que el medicamento (que puede ser tanto un medicamento de curso legal, adquirido en oficinas de farmacia o servicios farmacéuticos hospitalarios, como un preparado ilegal, que se ofrece o se adquiere fuera de los canales farmacéuticos como, por ejemplo, a través de Internet) no se emplea con fines terapéuticos, sino con otros compatibles con la naturaleza del fármaco. Son las hipótesis de usos desviados, para dopaje o como droga, en las que el producto se usa con otras pretensiones tales como crear o satisfacer una adicción o mejorar el rendimiento deportivo del consumidor. Para estos casos, razones de coherencia sistemática llevan en principio a la aplicación de otros delitos contemplados en el capítulo relativo a la salud pública.

1.4. Criterios para la interpretación de los delitos farmacológicos derivados del escenario criminológico. Aplicación en la delimitación con otras infracciones contra la salud pública

En este punto, considero conveniente realizar una serie de consideraciones normativas de interés. Los delitos farmacológicos se hallan regulados en el Capítulo III del Título XVII del Libro II del Código penal, entre los delitos contra la salud pública. En todos ellos (salvo en el relativo al dopaje) la finalidad es proteger la salud de una pluralidad indeterminada de personas, que se ven expuestas a través de actuaciones ilícitas que afectan a productos de uso o consumo. La disposición del articulado que compone este capítulo se divide en diversos grupos de delitos ya mencionados: los relativos a sustancias nocivas y productos químicos que puedan causar estragos; aquellos que se ocupan de los medicamentos y productos afines; la figura de dopaje; los tipos de fraude alimentario; y las modalidades típicas relativas a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas. El distinto alcance de cada agrupación de figuras viene determinado en principio por el objeto material sobre el que recae la acción en cada caso. Pero, pese a ello, la realidad pone de manifiesto que este criterio, aun siendo clave, no es suficiente para delimitar el ámbito de los injustos típicos en aquellas situaciones en que se produce un solapamiento de objetos. Así, sin ir más lejos,

sustancias o combinaciones de sustancias que son medicamentos pueden ser simultáneamente drogas o elementos dopantes.

Cuando se produce esta superposición de objetos materiales, parece necesario acudir a un segundo criterio que permita una adecuada subsunción de las conductas incriminadas bajo unos tipos u otros. Este criterio estimo que ha de ser, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, el del ámbito de actividad o consumo del producto, entendido como aquél al que este se dirige para cumplir una serie de fines que, a su vez, vienen determinados en función del perfil del consumidor que forma parte de ese sector de consumo. De este modo, una interpretación integradora de los tipos que protegen la salud pública llevaría a considerar que la aplicación de los distintos preceptos dependerá no solo de cuál sea el objeto de la acción, sino de que este aparezca destinado a la prevención o al tratamiento de enfermedades (en referencia al objeto “medicamento” en los delitos farmacológicos); al dopaje deportivo (delito de dopaje); a fines de nutrición humana (delitos de fraude alimentario); o al consumo ilegal de sustancias adictivas (delitos relativos a drogas tóxicas).

De acuerdo con ello, en principio habría que excluir del alcance de los delitos farmacológicos aquellos comportamientos relativos a medicamentos que tengan un destino o una finalidad diversa de la prevención o el tratamiento de enfermedades. En efecto, para estos supuestos en que el medicamento (legal o ilegal) se utiliza en un ámbito diverso al del tratamiento de enfermedades y se genera un peligro para la salud, la ley ha previsto soluciones específicas en otros preceptos que desbancan inicialmente la aplicación de los tipos farmacológicos y que, al mismo tiempo, contribuyen a reducir el elenco de productos que pueden considerarse objeto material de alguna de las modalidades típicas formuladas en los artículos 361 a 362 quáter del Código penal.

Así, cuando el medicamento contiene sustancias que se hallan en las listas de la Convención Única de Nueva York de 1961, o de la Convención de Viena de 1971 (y actualizaciones sucesivas) y se destina al consumo ilegal como droga de abuso, para fines no terapéuticos, primaría la aplicación de los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas recogidos en los artículos 368 y siguientes del Código penal. De la misma forma, si la finalidad o el destino del medicamento es aumentar las capacidades físicas o modificar el resultado de las competiciones, habría de apreciarse el tipo de dopaje.

Sin embargo, aquí surge un primer problema ya tratado previamente. Y es que la configuración del tipo, como delito de peligro individual, limita los supuestos

aplicables, pues de acuerdo con los argumentos expuestos más arriba solo integrarían el delito del artículo 362 quinquies aquellos en los que el medicamento dopante esté destinado a fines de dopaje y, presentes los demás elementos del delito, comporte un peligro individual para un solo deportista, pero no para una generalidad indeterminada de personas⁷⁵¹. En consecuencia, tal estructura típica conlleva un problema adicional: determinar si en los casos en que la conducta se refiera a un producto que pueda responder a la acepción de medicamento y que se ofrezca o adquiera indiscriminadamente para tal uso desviado, podrían aplicarse los tipos farmacológicos como delitos de peligro general. La dimensión del dilema no es nimia y, en mi opinión, probablemente este obstáculo sobrevenido no fue previsto cuando se creó el tipo de dopaje y se ubicó entre los delitos de peligro general, con ambición de englobar todos los supuestos de peligro común en que interviniesen sustancias dopantes. Sin embargo, la criticable redacción del tipo penal que, como se ha visto, lleva a la conclusión de que se trata de un delito de peligro individual, impide en la práctica su aplicación cuando se ocasiona un riesgo general.

De hecho, el elenco de supuestos conflictivos imaginables es bastante amplio. Específicamente, podrían considerarse situaciones peligrosas en las que medicamentos legales, destinados en teoría al tratamiento de enfermedades, se distribuyan ilegalmente (fuera de los canales farmacéuticos, con indicaciones de dosificación peligrosas por ejemplo) con fines de dopaje en ámbitos deportivos no definidos en cuanto a los destinatarios (por ejemplo, en un foro de culturistas o en gimnasios); o aquellas en que redes clandestinas fabrican medicamentos falsos que contienen también sustancias prohibidas en el deporte, objetivamente idóneas para mejorar el rendimiento deportivo, y a los que pueden acceder no solo ciudadanos cuyo estado de salud demande el uso de fármacos, sino cualquier sujeto que pueda utilizarlos con finalidades dopantes; y, también, volviendo al objeto específico de este estudio, otras en las que se ponen en circulación “suplementos nutricionales” de carácter medicamentoso-dopante, que pueden ser adquiridos asimismo por cualquiera, sea o no deportista.

En estos casos, acreditada la creación del peligro y la necesidad de la intervención penal, será preciso determinar qué delito resulta aplicable. Conforme he referido anteriormente, si se produce una confluencia de peligros, habría que examinar las posibilidades con las que se cuenta para castigar en toda su dimensión el desvalor del

⁷⁵¹ Véanse *supra* págs. 141 y ss.

hecho. Por tanto, se trata de precisar qué delito de peligro general puede tomarse en consideración y, específicamente, si cabría apreciar algún ilícito farmacológico.

Al respecto, además de que sea imprescindible concretar el objeto material “medicamento” de estos injustos, lo que se analizará en breve, serán de utilidad los aspectos considerados hasta el momento, que permiten proporcionar unas pautas a seguir, tanto para la interpretación de los tipos farmacológicos previstos como para la delimitación de los contornos con las restantes figuras que protegen la salud pública. En este punto, la necesidad de resolver la problemática señalada en relación con la infracción de dopaje, obliga a utilizar el criterio relativo al sector de actividad o consumo del producto desde otra perspectiva.

Así, en primer lugar, se puede concluir que los delitos relativos a medicamentos deben abarcar (y, efectivamente, abarcan) no solo aquellos comportamientos ilícitos que tengan lugar en el mercado reglado, donde se ponen en circulación fármacos autorizados y sujetos a control por las autoridades sanitarias, sino también cuando se trate de conductas que se desarrollan fuera de este entorno normativizado.

En segundo lugar, teniendo en cuenta el perfil del consumidor potencial de estos remedios, sus expectativas y el bien jurídico protegido, la actuación del Derecho penal solo podrá materializarse por la vía de las figuras farmacológicas en la medida en que se trate de fraudes nocivos⁷⁵² que pueden producirse por la circulación legal o ilegal de medicamentos que repercutan negativamente en la vida y la salud de las personas, creando el peligro típico requerido. Los supuestos de fraudes inocuos, que no supongan un daño o peligro para la salud, podrán en su caso reconducirse a la órbita de los delitos contra el orden socioeconómico o de los delitos contra el patrimonio, pero no constituirán el injusto típico de las figuras penales sobre medicamentos.

En tercer lugar, hay que retomar el criterio relativo al ámbito natural al que se destinan las sustancias medicinales, para tratar o prevenir enfermedades. Como he explicado, la esfera de actividad o de consumo determina que entren en juego unos u otros preceptos del Código penal. Sin embargo, en mi opinión, tratándose de productos que constituyan medicamentos dopantes peligrosos, ante la imposibilidad de apreciar el delito de dopaje si el peligro es general, habrá que considerar el hecho de que se presenten ante los ojos de los consumidores como adecuados para tratar o prevenir

⁷⁵² Estableciendo un paralelismo con la distinción acuñada en el ámbito de los delitos de fraude alimentario, en el entorno de los medicamentos cabría distinguir también entre fraudes inocuos, que no suponen un ataque directo a la salud pública; y fraudes nocivos, que suponen una afectación directa del bien jurídico salud, con independencia de que puedan afectarse a otros objetos jurídicos.

patologías. De este modo, este destino originario, aun cuando se sume a un uso desviado, permitirá acoger la opción de aplicar (si concurren las exigencias típicas) los artículos 361 a 362 quáter del Código penal a todas aquellas hipótesis en las que el producto aparezca orientado a tales fines terapéuticos. En consecuencia, a *priori*, estimo que habrá que valorar la subsunción bajo los delitos farmacológicos de todos aquellos casos en que se genere un riesgo para la vida o la salud de una pluralidad indeterminada de sujetos mediante compuestos que se ofrezcan con indicaciones beneficiosas para su salud, para mejorar, curar o prevenir una dolencia. Este es el destino consustancial al medicamento y el que debe constituir una de las premisas principales para marcar la adscripción a los tipos que a él se refieren. Por ello, en una primera aproximación, en los supuestos en que se cree un peligro general para la salud a través de conductas que recaigan sobre preparados dopantes, tanto si se trata de medicamentos autorizados como de productos no reconocidos como tales, en tanto cuenten con la apariencia verosímil de poseer propiedades terapéuticas, entiendo que cabrá la posibilidad de apreciar la concurrencia de alguna figura sobre medicamentos (o, según la ocasión, de tráfico de drogas), aun cuando su uso por el destinatario no sea el propio de un fármaco.

2. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS RELATIVOS A MEDICAMENTOS TRAS LA REFORMA DE 2015

2.1. Antecedentes

Hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 1/2015, de modificación del Código penal, la regulación sobre medicamentos se circunscribía a las figuras contenidas en los artículos 361 y 362, ambos del Código penal. Su contenido, que se ha mantenido parcialmente tras la reforma, era el siguiente:

Artículo 361: “Los que expendan o despachen medicamentos deteriorados o caducados, o que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, o sustituyan unos por otros y con ello pongan en peligro la vida o la salud de las personas serán castigados con las penas 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”.

Artículo 362: “1. Serán castigados con las penas de prisión de seis meses a tres años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años: 1.º El que altere, 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, y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas. 2.º El que, con ánimo de expenderlos o utilizarlos de cualquier manera, imite o simule medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud, dándoles apariencia de verdaderos, y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas. 3.º El que, conociendo su alteración y con propósito de expenderlos o destinarlos al uso por otras personas, tenga en depósito, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda facilite o utilice en cualquier forma los medicamentos referidos y con ello ponga en peligro la vida o la salud de las personas. 2. Las penas de inhabilitación previstas en este artículo y en los anteriores serán 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. 3. En casos de suma gravedad, los Jueces o Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias personales del autor y las del hecho podrán imponer las penas superiores en grado a las antes señaladas”.

Estas infracciones se venían interpretando mayoritariamente como delitos de peligro concreto para la salud pública⁷⁵³, conformados desde el punto de vista subjetivo como ilícitos dolosos a los que no obstante podía alcanzar, en su caso, la previsión del castigo para los casos de imprudencia grave prevista en el artículo 367 del texto penal⁷⁵⁴.

Por lo que respecta al artículo 361, los comportamientos típicos que se sancionaban eran tres: la expendición, el despacho y la sustitución⁷⁵⁵. Esta descripción de las conductas típicas planteaba básicamente la polémica de determinar si la expendición y el despacho habían de considerarse acciones equivalentes, asociadas a la actividad

⁷⁵³ Sobre el carácter del peligro concreto en estas figuras se matizaba que, dada la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido, no era precisa la puesta en peligro de un individuo concreto, bastando para la consumación con que los medicamentos se pusiesen a disposición de los consumidores, sin necesidad de que estos los consumiesen o adquiriesen, aunque se requiriera una proximidad física o inmediatez de contacto. En esta línea, con más o menos matices, véanse, ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 361”, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, pág. 791; GARCÍA ALBERO R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1455-1457 (en referencia al art. 362 Cp); GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, en CÓRDOBA RODA, J./ GARCÍA ARÁN, C. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, pág. 1528; GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit. págs. 160-161 (que añadía el requisito de la “inmediatez temporal”, referido a que el medicamento esté inmediatamente a disposición del destinatario final o dispuesto para usarse o administrarse de forma inmediata); JERICÓ OJER, L., “Artículo 361”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 132-136; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 195 y 464-467. Por su parte, MUÑOZ CONDE consideraba que el peligro al que se referían los artículos 361 y 362 del Código penal “debe entenderse en el sentido de que llegue finalmente a producirse una inminente situación de peligro para el concreto consumidor de los medicamentos”, en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., pág. 599. DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLÓ, sin embargo, opinaban que los delitos relativos a medicamentos se configuraban como delitos de idoneidad que incorporaban premisas de concreción del peligro, siendo suficiente con la aptitud peligrosa de la conducta, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 263.

⁷⁵⁴ En general, se admitía la posibilidad de castigar la comisión por imprudencia grave del delito previsto en el artículo 361. Sin embargo, la doctrina se hallaba dividida en lo que se refería a las conductas tipificadas en el artículo 362 del Código penal, como luego se verá.

⁷⁵⁵ Al respecto, el Código penal de 1995 había introducido un cambio en relación con la regulación anterior, al adicionar al despacho y a la sustitución, la conducta de expendición de medicamentos.

comercial⁷⁵⁶, o si cabía atribuirles un significado diverso y aceptar que la expendición abarcase, a diferencia del despacho, cualquier comportamiento que supusiera en definitiva el acceso de las personas a los medicamentos, existiese o no contraprestación económica⁷⁵⁷.

Con todo, quizás uno de los aspectos más conflictivos se centraba en fijar los contornos del objeto material, precisamente por las dificultades para elaborar un concepto de medicamento uniforme y válido en el orden penal, como he comentado. No me voy a detener aquí a exponer la problemática que se suscitaba, pues más adelante analizaré la noción penal de medicamento y será entonces cuando aborde alguna de las dudas que planteaba su determinación en el contexto de este artículo. Tan solo indicaré que el enunciado normativo se refería a “medicamentos deteriorados”, “caducados” o que “incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia”. Con esta última expresión, que planteaba solapamientos con algunas modalidades del artículo 362 del Código penal⁷⁵⁸, se ponía de manifiesto el carácter de norma en blanco de la disposición, que había de ser integrada acudiendo a las leyes y reglamentos de ámbito extrapenal⁷⁵⁹. Esta técnica legislativa, que también se ha seguido en los nuevos preceptos introducidos con la reforma del Código penal, obedece a la propia naturaleza de la materia regulada, sujeta a cambios continuos derivados de los

⁷⁵⁶ En este sentido, CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2005, pág. 753; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, cit., págs. 289 y ss.; ROMEO CASABONA, C. M., “Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?”, en ARROYO ZAPATERO, L. A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam, vol. II, Cuenca, 2001, pág. 637. También el Tribunal Supremo mantenía una interpretación mercantilista y los consideraba equivalentes a “vender”. Al respecto, véanse las SSTs de 31 de enero de 1990 y de 18 de noviembre de 1991. En esta última se abordó la cuestión de si la sangre podía ser considerada medicamento a efectos penales y se valoró si sería posible encuadrar las conductas de transfusión en los verbos típicos “expender” o “despachar”. Asimismo, la SAP de Sevilla 62/2001, de 31 de mayo.

⁷⁵⁷ Así, GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1527; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 399. Con todo, algún autor sostenía otra interpretación. En concreto, identificaba el despacho con la venta al por menor y la expendición con la venta al por mayor, CONDE PUMPIDO-TOURÓN, C., *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, vol. II, Madrid, 1997, pág. 3387.

⁷⁵⁸ Diversos autores ponían de relieve que el incumplimiento exigencias técnicas a que se refería el artículo 361 del Código penal podía ser equivalente a la alteración de la composición genuina, la dosis o la cantidad autorizada o declarada a que aludía el artículo 362.1.1º. Entre otros, DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 266; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1454; GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 171; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, cit., 19ª ed., pág. 600; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 558.

⁷⁵⁹ Consideraban que tanto el artículo 361, como el 362 eran leyes penales en blanco: ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 81 y ss. (en referencia a los delitos contra la salud pública en general); CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, págs. 787-788; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 247 y ss.; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 508. Calificaban tales remisiones como elementos normativos, DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., págs. 260-261.

avances técnicos y científicos, lo que justifica las remisiones normativas en este ámbito, a fin de adaptar los ilícitos a las circunstancias de cada momento, si bien dentro de los límites que se derivan de la exigencia constitucional impuesta por el principio de legalidad. No obstante, como veremos al estudiar las figuras actualmente vigentes, a veces la remisión correspondiente no contribuye especialmente a clarificar la labor del intérprete.

En lo que se refiere al artículo 362 del texto previo a la reforma, recogía una amplia variedad de modalidades de conducta que giraban en torno a “medicamentos” o “sustancias beneficiosas para la salud”. También aquí, a la complejidad de definir qué cabía entender por “sustancias beneficiosas para la salud”, se sumaba la de definir el “medicamento” al que se aludía reiteradamente en los tres incisos en que se estructuraba el apartado primero del precepto. Se caracterizaba por la poca claridad de la descripción típica, pues presentaba una redacción prolija y extensa, heredada de la regulación anterior, que equiparaba punitivamente comportamientos de diferente lesividad y dificultaba su interpretación.

En total se sancionaban hasta diez comportamientos que podían agruparse en tres:

a) Conductas que requerían una manipulación artificial sobre el medicamento (art. 362.1.1º Cp: *alteración*). La alteración punible, referida a determinados aspectos autorizados o declarados del medicamento (cantidad, dosis o composición genuina), venía condicionada a que se minorase en todo o en parte su eficacia terapéutica y a que se produjera con ello un peligro para la vida o la salud de las personas. Asimismo, podía tener lugar tanto en el proceso de fabricación o elaboración, como en un momento posterior.

Concretamente, la acción comportaba una intervención sobre el objeto material que, de acuerdo con la mayoría de la doctrina, podía tener lugar de dos formas: bien actuando directamente sobre el medicamento, a través de la modificación o variación de su composición autorizada o declarada, (retirando algún componente, añadiendo otro, o cambiando la proporción de los que conforman tal composición genuina); bien operando sobre la información (también autorizada o declarada) sobre posología y administración que acompaña al medicamento⁷⁶⁰.

⁷⁶⁰ A favor de esta interpretación, consideraban que la alteración de la composición genuina se verifica sobre el medicamento, mientras que la de la cantidad o la de la dosis se verifica sobre el prospecto o información escrita que acompaña al medicamento dirigido al consumidor, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1454-1455; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., págs. 1530-1533; GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., págs. 162-164; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 558; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito*

b) Conductas que exigían una creación *ex novo* del objeto material (art. 362.1.2º Cp: *imitación, simulación*). Estos comportamientos se caracterizaban por su carácter fraudulento, pues el tenor legal reclamaba que el producto final tuviese apariencia de ser verdadero⁷⁶¹. Ahora bien, aunque algún autor interpretaba los verbos típicos como sinónimos, precisamente porque implican fingir cualidades que el producto no tiene⁷⁶², la mayoría entendía que su significado era diferente. En concreto, se afirmaba que la imitación se refería a supuestos de falsificación de medicamentos o sustancias beneficiosas para la salud con existencia previa; esto es, se trataba de elaborar o fabricar un producto falso que tomase como referencia a uno verdadero, auténtico, y al que se le diese apariencia de genuinidad, engañando al consumidor y poniendo en peligro su salud. La simulación, sin embargo, se afirmaba que no parte de un modelo de referencia, sino que consistiría en elaborar un preparado atribuyéndole falsamente propiedades terapéuticas que no tiene⁷⁶³. Esta última posición la sostenía asimismo el Tribunal Supremo, que venía a coincidir en que se trataba de acciones diferenciadas, señalando que la imitación “exige la existencia de un modelo de medicamento real que se trata de suplantar”, en tanto que la simulación “no pretende suplantar modelo alguno, sino presentar como medicamento una sustancia que no lo es, porque no ha sido legalmente reconocida como tal, fingiendo cualidades terapéuticas que en realidad no posee”⁷⁶⁴.

c) Conductas relacionadas con el producto, que no comportaban una intervención sobre el mismo y que, en distinto grado, implicaban un mayor acercamiento al consumidor (art. 362.1.3º Cp: *depósito, anuncio, publicidad, ofrecimiento, exhibición, venta,*

farmacológico, cit., págs. 368-369. Sin embargo, algunos autores parecían apoyar un concepto más restringido de “alteración”. En concreto, CARMONA SALGADO, que se refería a una actuación sobre el medicamento artificial, “alterando las materias primas con que éstos se elaboran, que pierden por ello sus propiedades curativas, convirtiéndose en consecuencia en un producto inválido o ineficaz”, en “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 756. Asimismo, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, para quien “la alteración no se verifica sobre el medicamento, sino sobre el prospecto o información escrita que lo acompaña y que va dirigido al consumidor”, en “El medicamento desde la perspectiva del Derecho Penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1448.

⁷⁶¹ CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 757; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1456; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1531; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho Penal: el delito farmacológico”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000, pág. 1449; RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Madrid, 1989, pág. 1033; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 523; SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, cit., págs. 372-373.

⁷⁶² SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, cit., pág. 372.

⁷⁶³ Compartían esta interpretación de los verbos típicos, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1456; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1531; GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 167; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 567; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho Penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1449; y RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Derecho Penal. Parte especial*, cit., pág. 523.

⁷⁶⁴ STS 1612/2002, de 1 de abril.

facilitación o utilización en cualquier forma). El elenco de conductas punibles, heterogéneo y abierto (por la cláusula de cierre “utilizar en cualquier forma”, que permitía incluir otras como la donación, el suministro o la permuta)⁷⁶⁵ abarcaba comportamientos que por sí mismos implicaban un distinto grado de peligro para el bien jurídico y que, sin embargo, se sancionaban con igual pena, lo que podía afectar a los principios de ofensividad y de proporcionalidad. De ahí que los autores que sostenían que el peligro requerido en estos casos había de ser concreto considerasen que la operatividad del precepto era muy restringida, por el hecho de que se tipificaban algunas formas de acción que objetivamente estaban lejos de producir el peligro requerido para la vida o la salud de las personas⁷⁶⁶. Por ello, se proponía la sanción por vía administrativa de aquellas actuaciones que no implicasen la puesta a disposición del medicamento (por ejemplo el almacenamiento, el mero anuncio o la publicidad) y reservar la intervención penal para el momento en que se constatase un acercamiento del producto al consumidor⁷⁶⁷.

Por lo que respecta al aspecto subjetivo, ya he indicado que al igual que la figura del artículo 361 se trataba de delitos dolosos. No obstante, adicionalmente, en los incisos segundo y tercero del apartado primero (supuestos de imitación y simulación de medicamentos o sustancias productoras de efectos beneficiosos para la salud; y aquellos en que, conociendo la alteración de los medicamentos, se tuviesen en depósito, se anunciaran o se publicitaran, se ofreciesen, se exhibiesen, se vendiesen, se facilitasen o se utilizasen en cualquier forma) se demandaba la concurrencia de un ánimo específico de expender o utilizar de cualquier manera (inciso 2º); o el propósito de expender o destinar al uso por otras personas (inciso 3º). La exigencia de esta intención específica dividió a la doctrina en torno a la cuestión de si cabría apreciar o no la modalidad

⁷⁶⁵ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, cit., págs. 374 y ss.

⁷⁶⁶ Y ello aunque en algunas modalidades (art. 362.1.2º y 3º) se requiriese el propósito de expender o destinar al uso por otras personas como elemento subjetivo del injusto. Sobre todo esto, véanse GARCÍA ALBERO, R. “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1457-1458; GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 171; y MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 573-574.

⁷⁶⁷ GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 171. Para MENDOZA CALDERÓN, en este inciso del artículo 362.1 del Código penal se recogían formas de consumación anticipada, elevándose a la categoría de delito conductas que podrían constituir simples tentativas o actos preparatorios (en referencia a los comportamientos de depósito, de anuncio y de publicidad). Asimismo, estimaba que se manejaba un concepto extensivo de autor, como ocurre en materia de drogas, pues se podían castigar como autores a quienes fueran meros partícipes, ya que en su opinión los sujetos que abarcaba el artículo 362.1.3º del texto penal no habían intervenido en la alteración, simulación o imitación de medicamentos pues, si ello fuese así, se aplicaría preferentemente el inciso 1º del apartado 1 del citado precepto, en *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 572 y ss.

comisiva por imprudencia prevista en el artículo 367 del Código penal en estos supuestos⁷⁶⁸.

Por último, cabe señalar que se recogía, por un lado, una agravación de la pena de inhabilitación prevista en el primer apartado para los supuestos en que los hechos fuesen cometidos por farmacéuticos o por los directores técnicos de laboratorios legalmente autorizados (apdo. 2); y, por otro, la posibilidad de imponer la pena superior en grado en casos de suma gravedad, atendiendo a las circunstancias personales del autor y a las concurrentes en el hecho (apdo. 3).

Este panorama, que gozaba de cierta estabilidad, se vio convulsionado por la aprobación de la Ley 1/2015, que entró en vigor el 1 de julio del mismo año. Como refería anteriormente, ha supuesto una transformación de enorme trascendencia respecto a la regulación previa que se contenía en los artículos 361 y 362 del Código penal y que, al menos en principio, podía abarcar muchos de los supuestos que ahora se tipifican⁷⁶⁹. Su razón de ser reside en el cumplimiento del citado Convenio *Medicrime*, para prevenir y atajar los peligros para la salud que pueden ocasionarse mediante la falsificación de medicamentos y otros delitos similares. Curiosamente, este Convenio fue ratificado por el Estado español en marzo de 2013 y, sin embargo, su incorporación al Código penal no se planteó hasta diciembre de 2014, a través de una serie de enmiendas poco elaboradas que presentó el Grupo Popular, cuando se estaba tramitando el segundo Proyecto de Ley de reforma del Código penal que, por cierto, no fue informado inexplicablemente por el CGPJ ni por la Fiscalía General del Estado, lo que suscitó numerosas críticas al omitirse con ello un trámite preceptivo⁷⁷⁰. La ausencia de

⁷⁶⁸ Admitían la punición de la comisión imprudente en estos casos BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 367”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, pág. 272; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 583-587; y MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., págs. 601-602. Por su parte, señalaban la imposibilidad de la incriminación imprudente de la modalidad de imitación y simulación de medicamentos (art. 362.1.2º Cp) GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1457; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1551. Por último, negaba en ambos supuestos la viabilidad del castigo por imprudencia grave, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho Penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1452.

⁷⁶⁹ Señalan que el anterior artículo 362 del Código penal podía abarcar las conductas de fabricación y tráfico de medicamentos falsificados que ahora se tipifican en los artículos 362 y 362 bis, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 361”, cit., págs. 335-336; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1110.

⁷⁷⁰ En el primer Anteproyecto de reforma, aprobado formalmente por el Consejo de Ministros el 11 de octubre de 2012 no figuraba modificación alguna de los delitos farmacológicos, lo que responde a que aún no se había ratificado el Convenio *Medicrime* por el Estado español. El 20 de septiembre de 2013 el Consejo de Ministros aprobó un segundo Anteproyecto que se había hecho público en abril de ese año y que tampoco incorporaba cambio alguno en la materia, pese a que el citado Convenio había sido publicado en el BOE el 15 de marzo de ese año. No fue hasta el 10 de diciembre de 2014 que el Grupo Popular presentó una serie de enmiendas que se justificaban en la obligación de incorporar a nuestra normativa penal las conductas en él descritas (BOCG, Congreso, Serie A, núm. 66-2, de 10 de diciembre de 2006, enmiendas núms. 854 a 861). Una lectura de las mismas permite apreciar que la propuesta “olvidaba” incluir en la redacción de los tipos penales la exigencia de la puesta en peligro para la salud, de modo que

estos controles y el escaso plazo de que se dispuso para reflexionar sobre el contenido y el alcance de la modificación (poco más de tres meses) han tenido, cuando menos, incidencia en la calidad técnica de los nuevos preceptos, que se han limitado básicamente a trasladar al Código penal la redacción literal del Convenio *Medicrime* aunque, como he indicado previamente, se ha aprovechado la ocasión para ampliar las conductas en él previstas y algunas agravaciones específicas que, además, se imponen con carácter obligatorio. No es de extrañar, por tanto, que el resultado sea de una oscuridad fuera de lo común, como lo es el Convenio, y ello pese a que viene acompañado de un Informe explicativo adicional que no contribuye demasiado a clarificar las cosas⁷⁷¹. Veamos, pues, como han quedado configurados finalmente los delitos relativos a medicamentos.

2.2. Características generales de las figuras penales

La nueva normativa que afecta a los medicamentos (y a productos afines) aparece recogida en los artículos 361 a 362 quáter del Código penal, cuya dicción literal es la siguiente:

Artículo 361: “El que fabrique, importe, exporte, suministre, intermedie, comercialice, ofrezca o ponga en el mercado, o almacene con estas finalidades, medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley, o productos sanitarios que no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general, o que estuvieran deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, y con ello se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas, será castigado con una pena de prisión de seis meses a

incluía el castigo de meras infracciones administrativas. Asimismo, no recogía el que luego sería el artículo 362 bis y tampoco contemplaba los “medicamentos deteriorados”. De igual modo, en el texto enviado al Senado el 29 de enero de 2015 (BOCG, Senado, apartado I, núm. 465-3148, de 29 de enero) se incluía el anterior artículo 361 en el propuesto artículo 362 bis, con una pena notablemente inferior a la que ha resultado definitivamente aplicable como consecuencia del traslado de esta figura, con modificaciones, al actual artículo 361 del Código penal. No fue sino en el Senado que se incluyó la referencia al peligro para la salud, a través de las enmiendas presentadas por el Grupo Popular el 23 de febrero de 2015. Es importante reseñar que el segundo Anteproyecto de ley solo fue objeto de dictamen por el Consejo de Estado, omitiéndose por tanto el trámite de informes preceptivos por el CGPJ y por la Fiscalía General del Estado, lo que fue puesto de manifiesto por el propio Consejo de Estado, que expresó “la reserva correspondiente en la medida en que esas modificaciones del Código penal han quedado privadas de la tramitación que se les hubiera debido dar” (Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, 358/2013, de 27 de junio, Consideración segunda).

⁷⁷¹ *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on the counterfeiting of medical products and similar crimes involving threats to public health*, disponible en <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800d383b> [última consulta: 31 de marzo 2016].

tres años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a tres años”.

Artículo 362: “1. Será castigado con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años, el que elabore o produzca,

a) un medicamento, incluidos los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación; o una sustancia activa o un excipiente de dicho medicamento;

b) un producto sanitario, así como los accesorios, elementos o materiales que sean esenciales para su integridad; de modo que se presente engañosamente: su identidad, incluidos, en su caso, el envase y etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes, o, en su caso, la dosificación de los mismos; su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización o de los documentos de conformidad; datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones; o su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados, siempre que estuvieran destinados al consumo público o al uso por terceras personas, y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas.

2. Las mismas penas se impondrán a quien altere, al fabricarlo o elaborarlo o en un momento posterior, la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de cualquiera de los medicamentos, sustancias, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales mencionados en el apartado anterior, de un modo que reduzca su seguridad, eficacia o calidad, generando un riesgo para la vida o la salud de las personas”.

Artículo 362 bis: “Será castigado con una pena de prisión de seis meses a cuatro años, multa de seis a dieciocho meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de uno a tres años, el que, con conocimiento de su falsificación o alteración, importe, exporte, anuncie o haga publicidad, ofrezca, exhiba, venda, facilite, expendá, despache, envase, suministre, incluyendo la intermediación, trafique, distribuya o ponga en el mercado, cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el artículo anterior, y con ello genere un riesgo para la vida o la salud de las personas.

Las mismas penas se impondrán a quien los adquiera o tenga en depósito con la finalidad de destinarlos al consumo público, al uso por terceras personas o a cualquier otro uso que pueda afectar a la salud pública”.

Artículo 362 ter: “El que elabore cualquier documento falso o de contenido mendaz referido a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a que se refiere el apartado 1 del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo, para cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión u oficio de seis meses a dos años”.

Artículo 362 quáter: “Se impondrán las penas superiores en grado a las señaladas en los artículos 361, 362, 362 bis o 362 ter, cuando el delito se perpetre concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

1.ª Que el culpable fuere autoridad, funcionario público, facultativo, profesional sanitario, docente, educador, entrenador físico o deportivo, y obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio.

2.ª Que los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales referidos en el artículo 362:

a) se hubieran ofrecido a través de medios de difusión a gran escala; o

b) se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado.

3.ª Que el culpable perteneciera a una organización o grupo criminal que tuviera como finalidad la comisión de este tipo de delitos.

4.ª Que los hechos fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”.

Continuando con la técnica legislativa utilizada para formular esta clase de delitos, las infracciones aparecen plagadas de remisiones normativas a la legislación sanitaria que, como hemos visto, regula exhaustivamente los aspectos relativos a la elaboración, distribución y comercialización de los productos a los que se extiende la actuación penal⁷⁷². Por tanto, para la interpretación de estos preceptos será imprescindible atender a un vasto y complejo entramado de normas a fin de desentrañar el significado que cabe otorgar a expresiones como “carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley”, no dispongan de los documentos de conformidad exigidos por las disposiciones de carácter general”, “incumplieran las exigencias técnicas”, “datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales”, “licencias, documentos de conformidad o autorizaciones”, etc.

A partir de esta consideración previa, una primera mirada a las nuevas figuras pone en evidencia que la reforma ha servido para diseñar un modelo de intervención para proteger la salud pública en el ámbito sanitario que ha supuesto una ampliación considerable respecto del que se establecía con los anteriores artículos 361 y 362 del Código penal.

⁷⁷² Aluden a ellas como normas penales en blanco ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 327-328; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1242; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1110; OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pág. 790; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 600; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed. cit., pág. 1063.

A grandes rasgos, la regulación se articula en torno a tres grupos de ilícitos que pueden ser cometidos por cualquiera (también por las personas jurídicas)⁷⁷³, lo que los caracteriza como delitos comunes⁷⁷⁴. El primero, comprende todo un elenco de conductas que conciernen a medicamentos o productos sanitarios deteriorados, caducados, que incumplan exigencias técnicas o no estén autorizados (art. 361 Cp); el segundo, recoge diversas modalidades relativas a la falsificación o alteración de medicamentos, productos sanitarios y otra serie de elementos (arts. 362 y 362 bis Cp); y, el tercero, incrimina actuaciones que recaen sobre documentos falsos con el fin de cometer uno de los delitos del artículo 362 (art. 362 ter Cp). La pena prevista en todos ellos se verá agravada si concurre alguna de las circunstancias específicas que se contemplan en el artículo 362 quáter del Código penal.

Nota común a este régimen es que todos los tipos se siguen configurando como delitos de peligro para la vida o la salud de las personas, aunque la locución que ahora se emplea es diversa, pues lo que se demanda es que “se genere un riesgo” para la vida o la salud⁷⁷⁵. En cuanto a la clase de riesgo, la doctrina sostiene opiniones diferentes. Un sector minoritario considera que se trata de un peligro abstracto⁷⁷⁶ e, incluso, algún autor se pronuncia en contra de que se requiera expresamente⁷⁷⁷. Sin embargo, con carácter general, la mayoría considera que se trata de figuras de peligro concreto⁷⁷⁸, aunque se aprecian posiciones que introducen algún matiz y que, a mi juicio, aproximan la caracterización del peligro a la propia de los delitos de aptitud o de idoneidad peligrosa⁷⁷⁹. Considero que este último enfoque acerca de la naturaleza jurídica de los

⁷⁷³ Conforme establece la nueva redacción del artículo 366 del Código penal, que amplía así el número de delitos en los que cabe exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

⁷⁷⁴ Esta es la opinión general, aunque algunos autores ponen de relieve que el tipo del artículo 361 del Código penal parece estar referido a profesionales sanitarios. De esta opinión, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1243; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 615; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 595.

⁷⁷⁵ Considera que la expresión aporta mayor concreción, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1065.

⁷⁷⁶ JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma penal de 2015*, Madrid, 2015, pág. 167.

⁷⁷⁷ Así, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, que en relación con los artículos 361 y 362 afirma que si lo que se castiga son una serie de actividades que en sí mismas constituyen un peligro para la salud como, por ejemplo, suministrar medicamentos caducados, no tiene sentido añadir la condición de que sean peligrosos para la salud de las personas. A su juicio, lo que se gana con ello es facilitar a los abogados expertos la posibilidad de cuestionar la validez del peligro para la salud, en *Código Penal comentado*, cit., págs. 595 y 597.

⁷⁷⁸ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 361”, cit., pág. 340; *id.*, “Artículo 362”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 348; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., págs. 1065-1067. Asimismo, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., págs. 1244 y 1246 (con matices respecto al segundo párrafo del art. 362 bis Cp). No se pronuncia expresamente acerca de la clase de peligro, aunque cuando analiza el ilícito del artículo 361 del Código penal declara que se requiere la prueba de ese riesgo en el proceso penal correspondiente, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 559.

⁷⁷⁹ Me parece que en este sentido se orienta FERRANDIS CIPRIÁN, quien se muestra partidario de una interpretación de los preceptos próxima a lo que tradicionalmente viene entendiéndose por peligro concreto. En

injustos parece el más adecuado, no solo en atención a la relación de conductas tipificadas, sino también por respeto al principio de legalidad. Si con estas disposiciones se prevé el castigo de comportamientos como, entre otros, “fabricar”, “elaborar”, “producir”, “almacenar”, “anunciar”, “exhibir” o “envasar”, que no comportan un contacto del producto nocivo con el consumidor creo que, aunque los contornos del peligro concreto no dejan de ser difusos, si se parte de concebirlo como un riesgo inmediato o próximo que reclame una cierta cercanía física del objeto material a algún portador del bien jurídico protegido, no cabría afirmar que claramente sea esta la clase de riesgo que reclaman las figuras. Por el contrario, opino que la exigencia expresa de que se genere un peligro para la vida o la salud de las personas ha de entenderse en el sentido de que basta que se pruebe que el comportamiento concreto pudo causar un daño porque se creó un peligro idóneo para la salud o la vida de las personas, pero sin requerir la efectiva puesta en circulación del medicamento o el producto de que se trate, salvo que así lo imponga el verbo típico. Así pues, a mi modo de ver, habrá que probar la idoneidad del peligro en la fase a que se refiere el verbo típico correspondiente, o sea, que la acción realizada fue efectivamente peligrosa, pero sin que sea preciso que el objeto en cuestión se ponga a disposición de los consumidores ni que nadie haya tomado contacto con él.

Sentado lo anterior, paso a ocuparme brevemente de algunos de los elementos más destacados de las nuevas infracciones.

2.2.1. Modalidades relativas a medicamentos o productos sanitarios no autorizados, deteriorados, caducados o que incumplan exigencias técnicas

Por lo que respecta al primer grupo de ilícitos a los que me he referido, que se

particular, insiste en que la tipicidad de las conductas descritas exige que se produzca un resultado de peligro para la vida o la salud de las personas, aunque dada la naturaleza colectiva del bien jurídico protegido considera que ese riesgo no ha de traducirse en un peligro concreto para la vida e integridad de las personas. A su juicio, en estas figuras el peligro para bienes jurídicos individuales aparece como más o menos indeterminado, aunque ciertamente existente. Al respecto, señala, por un lado, que el umbral mínimo vendrá determinado por la “idoneidad de la conducta para lesionar el bien jurídico protegido”; y, por otro lado, que el umbral máximo vendrá fijado “por la concreción de esa situación de peligro en bienes de personas, lo que permitirá afirmar que las mismas han sido puestas en concreto peligro”, en “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., págs. 1116-1117, 1120-1121 y 1123. Por su parte, RODRÍGUEZ NÚÑEZ califica a estos delitos de peligro general concreto, pero puntualiza que se trata de la puesta en peligro general de la salud colectiva, por lo que no es necesario que la salud o integridad física de un usuario concreto haya sido puesta en peligro, en “Delitos contra la salud pública”, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 614. En la misma línea, GUINARTE CABADA declara que la tipicidad requiere un resultado de peligro para la vida o la salud de las personas, aunque no es preciso que ese riesgo sea un riesgo concreto para tales bienes jurídicos, en “Artículo 361”, “Artículo 362”, “Artículo 362 bis”, ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, págs. 585 y 588.

encuadra en el artículo 361 del Código penal y que tiene su origen en el artículo 8 del Convenio *Medicrime*, puede resultar útil realizar un análisis comparativo con el que era su contenido antes de la reforma. Pues bien, en primer lugar, se comprueba que las acciones tipificadas van mucho más allá de la expendición y el despacho que describía el tipo anterior. Ahora se castigan comportamientos que alcanzan a todo el ciclo de producción y distribución del objeto material⁷⁸⁰, empleando verbos que se superponen⁷⁸¹, e incluyendo incluso el almacenamiento con el fin de realizar alguna de las conductas previas descritas, lo que supone equiparar algunas de diferente entidad lesiva.

En relación con esta casuística, conviene realizar una aclaración respecto al alcance del verbo “fabricar”. Y es que, si bien cabría considerar que aparentemente no existe posibilidad de conectarlo con algunos de los objetos materiales que se describen, concretamente los medicamentos deteriorados o caducados, la amplitud con la que se puede concebir esta acción podría dar cabida a supuestos de fabricación de un medicamento de esta clase, aunque en principio pueda parecer un contrasentido debido a un defecto de la formulación legal. En alusión al medicamento, el Convenio *Medicrime* señala que por “fabricación” ha de entenderse “todas las fases del proceso de producción del medicamento, o de una sustancia activa o un excipiente de aquel, o de acabado del medicamento o de alguno de sus excipientes o sustancias activas”. En consecuencia, de seguirse esta definición, podrían quedar englobadas en el tipo conductas como el envasado de un fármaco que una vez elaborado correctamente con arreglo a las condiciones que permitieron su autorización se ha deteriorado, por ejemplo, por aplicar en el ínterin una técnica de conservación inadecuada.

Con todo, se observan las primeras de las numerosas deficiencias que presenta la regulación en cuanto a su calidad técnica. En efecto, por un lado, la referencia al almacenamiento “con estas finalidades” conduce a entender que cabe apreciar el delito en tanto el almacenaje se oriente a cualquiera de los fines señalados; esto es, “fabricar,

⁷⁸⁰ Hay una sola conducta de las que tipifica el Convenio en su artículo 8 que no se ha trasladado al Código penal, la consistente en “la utilización comercial de documentos originales con fines distintos del uso al que están destinados en la cadena de abastecimiento legal de productos médicos establecida por la legislación interna de cada parte”.

⁷⁸¹ Denuncia las reiteraciones en que se incurre, señalando que es evidente que la importación, exportación, intermediación, ofrecimiento o puesta en el mercado forman parte de la comercialización del objeto, OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pág. 788. También QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1065. Sobre el significado detallado de cada uno de los verbos típicos, véanse FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., págs. 114-115; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 615.

importar, exportar, suministrar, intermediar, comercializar, ofrecer o poner en el mercado”⁷⁸². Sin embargo, parece claro que no es posible almacenar para “importar”.

Asimismo, por otro lado, hay que poner de manifiesto la nueva distorsión que produce la inclusión del comportamiento típico consistente en “fabricar” cuando se pone en relación con los medicamentos o productos sanitarios que incumplan exigencias técnicas relativas a su composición. Y es que, si se admite que las alteraciones en la composición genuina a las que alude el artículo 362.2 constituyen inobservancias de los requisitos técnicos a los que se refiere el artículo 361 del Código penal (como ya sostenía la doctrina respecto a la normativa anterior)⁷⁸³, resulta que se produce un solapamiento de los tipos⁷⁸⁴, pues la alteración punible que se tipifica en aquel también puede tener lugar al fabricar el objeto⁷⁸⁵. De este modo, esta convergencia normativa se suma a la que algunos autores ya denunciaban que se producía antes de la reforma entre los anteriores artículos 361 y 362.1.3º del Código penal, derivada de la identidad que se podía advertir entre los verbos típicos contenidos en uno y en otro (expedición y despacho, en el art. 361 Cp; ofrecimiento, venta o facilitación, en el art. 362.1.3º Cp), y que se ha mantenido en la regulación actual (entre los arts. 361 y 362 bis)⁷⁸⁶. Desde luego, es llamativo que la modificación penal no solo no haya aclarado el defecto que ya había detectado la doctrina, sino que además haya contribuido a complicar aun más el panorama. Más adelante volveré sobre ello y expondré la perspectiva que considero adecuada para interpretar la referencia legal al incumplimiento de exigencias técnicas y tratar delimitar así el alcance de ambos preceptos.

⁷⁸² Al respecto, CORCOY BIDASOLO considera que el almacenamiento debe interpretarse con destino a la venta, entendida en sentido amplio, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1240.

⁷⁸³ Véase *supra* nota 758, pág. 350.

⁷⁸⁴ Señalan este defecto, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362”, cit., pág. 347; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1120.

⁷⁸⁵ CORCOY BIDASOLO explica que la equivalencia entre la conducta de “fabricar” y las de “elaborar” y “producir” del artículo 362.1 se ratifica sobre la base de que el artículo 362.2 del Código penal se refiere a “elaborar o fabricar”, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1240.

⁷⁸⁶ En relación con la normativa precedente, este posible solapamiento entre la conducta de venta de medicamentos alterados (art. 362.1.3º Cp) y la de expedición o despacho de medicamentos que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición (art. 361 Cp) fue advertido expresamente por GARCÍA MOSQUERA, M., en “Artículo 362”, cit., pág. 171. La autora proponía para estos casos resolver el concurso de leyes a favor del precepto que preveía la pena más grave (el art. 362 Cp). Implícitamente parecía apoyar esta solución en pro del principio de alternatividad GARCÍA ALBERO, R., en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1457. Sin embargo, GARCÍA ARÁN descartaba la posibilidad de un concurso entre ambos preceptos, pues consideraba que la estructura del artículo 362.1 “empuja a considerarlo destinado a hechos independientes de la expedición”. Por ello entendía que “los autores de imitación, simulación o tráfico de medicamentos con ánimo o propósito de expender (párrafos 2º y 3º del art. 362.1 Cp) que, además y posteriormente los expendan, solo deben ser sancionados como expendedores (art. 361 Cp en el inciso relativo al incumplimiento de exigencias técnicas), puesto que las fases anteriores juegan la función de actos preparatorios que resultan absorbidos por el desarrollo ejecutivo posterior”, en “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1530.

En segundo lugar, se elimina la referencia legislativa a la sustitución de un medicamento por otro que contenía el precedente artículo 361 del Código penal, pero se añaden nuevos objetos de la acción. En particular, el tipo menciona los medicamentos, incluidos los de uso humano y veterinario y los medicamentos en investigación, así como los productos sanitarios. Todos estos elementos podrán encuadrarse en la figura en tanto que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley (cuando se trate de medicamentos) o de los documentos de conformidad prescritos legalmente (cuando se trate de productos sanitarios); se hallen deteriorados o caducados; o incumplan exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad o eficacia. Esta relación de objetos materiales demanda, como decía, acudir a las disposiciones sanitarias que reglamentan tales productos y, en concreto, al Real Decreto Legislativo 1/2015, que define “a los efectos de esta ley”, y entre otros, al “medicamento de uso humano”, al “medicamento de uso veterinario”, al “medicamento en investigación”⁷⁸⁷ y al “producto sanitario”⁷⁸⁸. Conforme he referido, la definición de “medicamento de uso humano” que contiene el artículo 2 a) es amplísima. Pero también cabe destacar que la noción de “producto sanitario” se caracteriza por su amplitud, pues abarca multitud de objetos (desde un marcapasos a una lámpara de quirófano, pasando por instrumental quirúrgico o bolsas de sangre). Así pues, ello obliga al intérprete a examinar si son válidas sin más en el orden penal o si, como parece adecuado, procede establecer algún límite para evitar excesos punitivos que puedan vulnerar principios básicos como los de proporcionalidad y de intervención mínima⁷⁸⁹. En este trabajo me limitaré a tratar los medicamentos de uso humano, por las razones expuestas más arriba, de los que me voy a ocupar enseguida.

⁷⁸⁷ El artículo 2 k) del Real Decreto Legislativo 1/2015 lo describe como sigue: “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”.

⁷⁸⁸ Se define como: “Cualquier instrumento, dispositivo, equipo, programa informático, material u otro artículo, utilizado solo o en combinación, incluidos los programas informáticos destinados por su fabricante a finalidades específicas de diagnóstico y/o terapia y que intervengan en su buen funcionamiento, destinado por el fabricante a ser utilizado en seres humanos con fines de: 1.º Diagnóstico, prevención, control, tratamiento o alivio de una enfermedad; 2.º diagnóstico, control, tratamiento, alivio o compensación de una lesión o de una deficiencia; 3.º investigación, sustitución o modificación de la anatomía o de un proceso fisiológico; 4.º regulación de la concepción, y que no ejerza la acción principal que se desee obtener en el interior o en la superficie del cuerpo humano por medios farmacológicos, inmunológicos ni metabólicos, pero a cuya función puedan contribuir tales medios” (art. 2 l) RDL 1/2015).

⁷⁸⁹ En concreto, en relación con los productos sanitarios, FERRANDIS CIPRIÁN ha subrayado la necesidad de establecer restricciones respecto de la definición administrativa. En particular, propone atender a consideraciones estrictamente materiales, observando la función y los fines de uso del producto sanitario, equiparables a los de las sustancias que pueden ser conceptuadas como medicamentos a estos efectos, además de su condición de vehículo de riesgo, en “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., págs. 1113-1114.

En tercer y último lugar, se aprecia un incremento punitivo respecto al previo artículo 361, pues tanto la pena de prisión como la de inhabilitación para profesión u oficio pasan a tener un límite máximo de tres años (frente a los dos años que marcaba la normativa anterior), aunque se rebaja la pena de multa, cuyo máximo pasa a ser de doce meses (frente a los dieciocho que se fijaban anteriormente).

2.2.2. Modalidades de falsificación y alteración de medicamentos, productos sanitarios y otros elementos

En lo que concierne al segundo grupo de ilícitos, se circunscribe a los artículos 362 y 362 bis. El cambio con respecto a las modalidades delictivas que se describían en el anterior artículo 362 es notable. Concretamente, por lo que se refiere al artículo 362, cabe señalar, en un primer momento, que sanciona en su apartado primero la elaboración o producción de medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, así como los accesorios, elementos o materiales que sean esenciales para su integridad, de manera que se presenten engañosamente toda una serie de datos y características que se especifican exhaustivamente, siempre que su destino sea el consumo público o el uso por terceras personas y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas⁷⁹⁰. Esta previsión, que extiende aun más el círculo de objetos materiales, cumple con la obligación dimanante del artículo 5.1 del Convenio *Medicrime* de tipificar la fabricación intencionada de determinados productos y elementos falsificados. Sin embargo, al efecto de fijar el concepto de falsificación, no acoge el que proporciona el citado Convenio, que es más limitado⁷⁹¹, sino que incorpora, con algún añadido que no es banal⁷⁹², la más prolija definición de “medicamento falsificado” que se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/2015 (art. 2 o)) y que tiene su origen en la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal.

⁷⁹⁰ Considera que la intención de destinar los productos al consumo público o al uso por terceras personas constituye un elemento subjetivo del injusto, FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1120.

⁷⁹¹ El Convenio señala que “por falsificación se entenderá la presentación engañosa de la identidad y/o de la fuente” (art. 4 j)).

⁷⁹² El concepto que se utiliza en el precepto va más allá de la definición de medicamento falsificado recogida en el Real Decreto Legislativo 1/2015 y en la Directiva 2011/62/UE. En particular, se adicionan entre los datos engañosos la fecha de caducidad y los datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones.

Así, la presentación engañosa puede recaer sobre la identidad, incluidos, en su caso, el envase y etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes, o, en su caso, la dosificación de los mismos; su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización o de los documentos de conformidad; datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones; o su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados. En líneas generales, se trata de inducir a error al consumidor de estos productos haciéndole creer que son genuinos medicamentos precisamente mediante el falseamiento de extremos que son los que permiten identificar al objeto y verificar su trazabilidad ⁷⁹³.

Desde luego, parece conveniente perseguir determinadas actuaciones de falsificación que suponen una verdadera amenaza para la salud como sucede, por ejemplo, cuando se elaboran presuntos medicamentos que contienen sustancias tóxicas, o en los que no está presente el principio activo que se indica en el etiquetado. En estas ocasiones, la conducta fraudulenta puede comportar un riesgo para quien, confiando en que se trata de un auténtico medicamento, seguro y eficaz, lo adquiere para mejorar o tratar una enfermedad.

Sin embargo, el largo listado de aspectos que pueden ser objeto de falsedad, además de ser abierto, lo que genera inseguridad jurídica, puede ampliar el objeto material desmesuradamente y conducir a la sanción de hechos sin entidad lesiva lo suficientemente relevante. Ciertamente, la exigida concurrencia del peligro para la vida o la salud como elemento típico ha de jugar un papel fundamental a efectos de limitar la intervención penal en términos razonables y evitar que se castiguen meras infracciones formales de la normativa sanitaria ⁷⁹⁴. No obstante, el problema que se ocasiona con algunas referencias es que pueden darse situaciones en las que el objeto falsificado no presente carencias sustanciales y aun así se aprecie el delito, por la posibilidad de encontrar un riesgo derivado de la falsificación, aunque sea de una mínima entidad. Sobre todo ello volveré más adelante, cuando analice en detalle el objeto material de esta modalidad típica. Aun así, no está de más apuntar que, quizás, algunas de las

⁷⁹³ Señala RODRÍGUEZ NÚÑEZ que, a su juicio, las imitaciones burdas que no engañarían a un ciudadano medio podrían quedar en grado de tentativa o incluso ser atípicas, en "Delitos contra la salud pública", *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 617.

⁷⁹⁴ En este sentido, véanse CORCOY BIDASOLO, M., "Arts. 359-367", en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1244; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1066.

expresiones que se utilizan parecen estar guiadas, más que por el objetivo de proteger la salud de la colectividad, por el de tutelar otros intereses vinculados a la poderosa industria farmacéutica (económicos y relativos a la propiedad industrial)⁷⁹⁵.

Por lo demás, parece que quedarán abarcadas por el precepto las modalidades de imitación y simulación que describía el anterior artículo 362.1.2º del Código penal, que establecía como requisito esencial que a los productos se les otorgara apariencia de verdaderos, aunque ahora se excluyen del objeto de la acción las sustancias productoras de efectos beneficiosos⁷⁹⁶.

En un segundo momento, procede destacar que el segundo apartado del artículo 362 repite en la descripción típica la fórmula que se empleaba en el mismo artículo con anterioridad a la reforma (art. 362.1.1º Cp), aunque también se introducen modificaciones sustanciales. Se incriminan, como antes, conductas de alteración de la cantidad, la dosis o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, realizadas en la fabricación o en la elaboración, o en un momento posterior. Pero, como adelantaba, se prosigue con la tendencia expansionista que caracteriza al nuevo régimen. En particular, el objeto material ya no se integra solo por los medicamentos, sino que se compone también de cualquiera de los excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales “mencionados en el apartado anterior”. Producto de una técnica legislativa poco rigurosa, esta última referencia provoca algún desconcierto, pues podría llevar al entendimiento de que se trata de alteraciones que tienen lugar sobre los productos falsificados, que son los que se indican en el citado apartado, lo que parece incoherente. Además, la ley “olvida” enumerar las “sustancias activas” que también se relacionan en aquel.

Otra muestra de esta línea expansiva la constituye la ampliación de los aspectos susceptibles de alteración, pues la norma añade ahora “la caducidad”. A mi modo de ver, este nuevo dato es claramente reiterativo, pues precisamente la falsificación prevista en el apartado primero puede recaer, por expresa indicación legal, sobre la fecha de caducidad. Y es que, como veremos, aunque el objeto de la alteración en este segundo apartado del artículo 362 del Código penal es un medicamento genuino, el apartado primero, tal y como está formulado, tiene capacidad para incluir en su ámbito las alteraciones producidas al fabricar medicamentos autorizados, de ahí que pueda

⁷⁹⁵ En esta línea, QUERALT JIMÉNEZ considera que son delitos pluriofensivos pues, “además de afectar a la salud pública, afectan a derechos de propiedad industrial de los fabricantes y al patrimonio de intermediarios legítimos y de los consumidores, públicos o privados”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1062.

⁷⁹⁶ Así lo entienden RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 617; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 596.

adivinarsen una duplicidad superflua, consecuencia de la escasa reflexión que ha acompañado a la reforma. Como señala algún autor, la previsión del artículo 362.2 del Código penal no era necesaria, pues bastaba con haber añadido a las acciones típicas de elaboración y producción del apartado primero la expresión “o en un momento posterior”⁷⁹⁷. De hecho, el propio Convenio *Medicrime* no ofrece una definición de “producto alterado”, lo que aclara expresamente el Informe explicativo que lo complementa al indicar que un “producto médico adulterado” es, simplemente, un “producto falsificado” (apdo. 40).

En otro orden de cosas, se produce una variación de otro de los requisitos que exige la tipicidad, pues así como antes era obligado que la alteración desembocara en una privación total o parcial de la eficacia terapéutica, ahora es preciso que se origine una reducción que puede afectar, no solo a la eficacia, sino también a la calidad y a la seguridad del producto. En este punto, la nueva referencia a la seguridad ha venido a solventar las dudas que se planteaban en la doctrina bajo la normativa anterior respecto a los supuestos en que la alteración aumentase la eficacia del fármaco a costa de incrementar su toxicidad⁷⁹⁸. Puesto que previamente solo se exigía la privación total o parcial de la eficacia terapéutica, parece que en estos casos procedía declarar la atipicidad, lo que resultaba incoherente desde el punto de vista del bien jurídico protegido. Ahora, sin embargo, parece que estas hipótesis quedarán comprendidas en la reducción de la seguridad a que alude el precepto, que de este modo colma la laguna de punibilidad que podía plantearse en el pasado.

En fin, se conserva la redacción anterior, pero se “completa” con una serie de elementos adicionales, en un afán casi obsesivo por evitar huecos de punición. De todos ellos me ocuparé con detalle al tratar el objeto material.

Por último, del mismo modo que sucede en el artículo 361 del Código penal, la Ley Orgánica 1/2015 ha incrementado también la pena de prisión a imponer, común a todos los comportamientos típicos que se recogen a lo largo del artículo 362, elevándola hasta los cuatro años de prisión (frente a los tres que se contemplaban antes).

En lo que atañe al artículo 362 bis del Código penal, sanciona con las mismas penas toda una retahíla de conductas que han de operar sobre los objetos falsificados o

⁷⁹⁷ OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pág. 791.

⁷⁹⁸ En sentido contrario, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362”, cit., pág. 347. Para esta autora, si la alteración comporta un incremento de la eficacia del medicamento a costa de aumentar su toxicidad con peligro para la vida o la salud del consumidor, el hecho no podría subsumirse en el tipo. No obstante, señala que tal laguna de punibilidad podría cubrirse en el momento de la expendición por parte del propio sujeto que ha llevado a cabo la alteración.

alterados a que se refiere el precepto anterior. Al modo que se utilizaba en la descripción típica del previo artículo 362.1.3º, en el primer párrafo se continúa con una formulación que equipara punitivamente acciones que conllevan un distinto grado de peligro para el bien jurídico, algunas de las cuales son sinónimas⁷⁹⁹, y se incorporan muchas que son nuevas, concretamente las consistentes en “importar”, “exportar”, “expende”, “despachar”, “envasar”⁸⁰⁰, “suministrar”, “intermediar” (en referencia a los conocidos como *brokers*), “traficar”, “distribuir”, y “poner en el mercado”. A esta novedad hay que sumar otras tres: la primera, que se corrige un requisito que en la regulación anterior había suscitado muchas dudas en la doctrina sobre el alcance del artículo 362.1.3º del Código penal. En él figuraba la exigencia típica de que el sujeto activo actuase “conociendo la alteración” de los “medicamentos referidos”. Esta formulación era interpretada por algunos autores en el sentido de que el principio de legalidad obligaba a declarar la atipicidad en los supuestos en los que el objeto de la acción fuesen medicamentos o sustancias beneficiosas imitados o simulados⁸⁰¹. Pues bien, con la nueva redacción considero que se despejan las dudas, ya que ahora el tipo demanda que el dolo del sujeto abarque tanto el conocimiento de la falsificación como el de la alteración.

La segunda novedad concierne a que, por lo que se refiere a las conductas relacionadas en el primer párrafo, se ha omitido la necesaria concurrencia del elemento subjetivo “con propósito de expendellos o destinarlos al uso por otras personas” que expresaba la norma reformada y que llevaba a un sector doctrinal a excluir la modalidad comisiva por imprudencia prevista en el artículo 367 del Código penal⁸⁰². En

⁷⁹⁹ Aluden a la reiteración, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1245 (que además subraya que algunas son de difícil interpretación y justificación, como “exhibir”); OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pág. 792 (que insiste en la deficiente técnica del precepto, donde la economía legislativa brilla por su ausencia). A la diversa y variada naturaleza y gravedad de las conductas se refieren ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 349; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1122 (que también resalta que muchos de los verbos típicos son sinónimos); GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 bis”, cit., pág. 588; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 618 (que considera que algunas conductas como “anunciar o hacer publicidad”, “ofrecer”, “exhibir” o “envasar”, constituyen actos preparatorios a la expendición o la venta que se castigan como delitos consumados).

⁸⁰⁰ Aunque algunas de las acciones que describe el precepto no aparecen relacionadas expresamente en el artículo 6 del Convenio *Medicrime*, del que trae causa el artículo 362 bis del texto penal, de la lectura del Informe explicativo que acompaña a la norma internacional resulta que los verbos empleados comprenden un sin fin de actuaciones, lo que en alguna medida explica el excesivo casuismo del nuevo precepto. Con todo, hay que reseñar que el artículo 6 del Convenio se titula “suministro, oferta de suministro y tráfico de falsificaciones” lo que, obviamente, no comprende la acción de “envasar”.

⁸⁰¹ Así, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1457; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1533; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1450.

⁸⁰² Véase *supra* nota 768, pág. 354.

consecuencia, la ausencia del especial elemento anímico deja de ser un obstáculo para apreciar y castigar la imprudencia grave.

Para terminar, la tercera novedad tiene que ver con la clase de peligro exigido en las hipótesis en que la acción consista en “adquirir” o “tener en depósito”(conductas que se describen en el segundo párrafo del art. 362 bis Cp). Al respecto, la norma rompe con la expresión “generen un riesgo para la vida o la salud de las personas” y emplea en esta ocasión la de “pueda afectar a la salud pública”, lo que podría interpretarse en el sentido de que la consumación de las figuras se produce antes o después, en función de los riesgos para el bien jurídico. En mi opinión, esta disfunción responde a una mala técnica legislativa y, por razones de proporcionalidad, debe entenderse que el peligro requerido es de la misma clase⁸⁰³.

2.2.3. Modalidades relativas a documentos falsos destinados a cometer los ilícitos del artículo 362

El tercer grupo de ilícitos que recoge el nuevo régimen en materia sanitaria es de nueva factura y se corresponde con la obligación genérica que establece el Convenio *Medicrime* en su artículo 7. Se incriminan en el artículo 362 ter del Código penal la elaboración de documentos falsos o de contenido mendaz, relativos a cualquiera de los medicamentos, sustancias activas, excipientes, productos sanitarios, accesorios, elementos o materiales a los que se refiere el apartado primero del artículo 362, incluidos su envase, etiquetado y modo de empleo. La acción comprende tanto los supuestos en que se modifique un documento original (por ejemplo, cambiando el código nacional del medicamento, el nombre del titular de la autorización de comercialización, la fecha de caducidad o la posología), como aquellos otros en que la falsedad derive de una creación *ex novo* del documento presentándolo como auténtico⁸⁰⁴. Se trata, por tanto, de una conducta falsaria que, por prescripción legal, ha

⁸⁰³ CORCOY BIDASOLO, partidaria de que las nuevas figuras constituyen delitos de peligro concreto, matiza que el segundo inciso del artículo 362 podría interpretarse como de peligro abstracto, puesto que requiere “idoneidad” para afectar a la salud pública. En su opinión, desde una interpretación sistemática y de respeto al principio de proporcionalidad esto no sería adecuado, excepto si se considerase que el primer inciso de este precepto es también de peligro abstracto, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1246. Advierte de la defectuosa redacción y concluye que pese a ello el peligro ha de ser concreto, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1067.

⁸⁰⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362 ter”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 352; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1125; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 ter”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, pág. 589. CORCOY BIDASOLO pone de relieve el empleo del término “mendaz” con el que, a su juicio, se pretende ampliar el concepto penal de falsedad

de dirigirse a cometer o facilitar la comisión de uno de los delitos del artículo 362, de modo que lo que se tipifica es un delito medio para causar el engaño que caracteriza a las figuras contempladas en aquel⁸⁰⁵.

Nótese que el enunciado normativo es muy abierto, pues el objeto material puede ser “cualquier documento”, lo que aconseja establecer algún límite si se quieren evitar excesos. En este sentido, se propone circunscribirlos a aquellos que sirvan a la garantía de la identificación del producto en cuestión, de modo de su mutación o simulación sea la que permita o facilite la falsificación o alteración del medicamento, del producto sanitario o cualquiera de los elementos señalados en el precepto⁸⁰⁶.

2.2.4. Tipos cualificados: la referencia al entrenador físico o deportivo

Para cerrar estas breves consideraciones sobre los nuevos delitos relativos a medicamentos y productos afines haré alusión a las circunstancias agravantes específicas que se enumeran en el artículo 362 quáter del Código penal, con especial atención a la que se establece por razón del sujeto activo cuando este es un entrenador físico o deportivo.

El esquema que presenta el precepto se desvía también en esta ocasión de las previsiones del citado Convenio *Medicrime* (art. 13). Así, en primer lugar, se configuran como circunstancias obligatorias, lo que no viene exigido por aquel.

En segundo lugar, no se introducen en el Código penal algunas de las que se proponen en la norma internacional, en concreto las dos siguientes: “que el delito hubiera causado la muerte de la víctima o un menoscabo a su salud física o psíquica” y “que el autor hubiera sido condenado anteriormente por delitos de la misma naturaleza”. Para estos supuestos, respectivamente, entrarán en juego las reglas concursales

documental, “asegurándose el legislador de que se consideren típicos los supuestos de mendacidad, atendiendo a que un sector de la doctrina y la jurisprudencia entienden que esa conducta no es una falsedad material, sino ideológica”, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1246.

⁸⁰⁵ FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1124; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362 ter”, cit., pág. 589. En este sentido, CORCOY BIDASOLO insiste en que, como sucede con los delitos de falsedad documental, se trata de un acto preparatorio instrumental en orden a la realización de otro delito, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1246. Muy crítico, QUERALT JIMÉNEZ afirma que este es un precepto redundante que no se habría incorporado al Código penal si el legislador hubiera recordado la parte general, en concreto las reglas de coautoría y participación, y la existencia de los delitos de falsedad, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1067.

⁸⁰⁶ FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1124. De acuerdo con el, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362 ter”, cit., pág. 352.

correspondientes, o la agravación genérica por reincidencia que prevé el artículo 22.8^a del Código penal.

En tercer lugar, se adicionan otras, en línea con algunas de las cualificaciones que se prevén en los delitos relativos a tráfico de drogas (art. 369 Cp). Específicamente, por un lado, la de que los productos “se hubieran ofrecido o facilitado a menores de edad, personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o personas especialmente vulnerables en relación con el producto facilitado”; y, por otro lado, la de “que los hechos fuesen realizados en establecimientos abiertos al público por los responsables o empleados de los mismos”.

Por lo demás, entre los motivos de agravación relativos al sujeto activo no se han incluido, como señala el Convenio, a los fabricantes y proveedores aunque, si los ilícitos fuesen cometidos por ellos, cabría recurrir según el caso al artículo 372 del texto penal en cuanto que prevé una pena agravada para determinados individuos por razón de su cargo, profesión u oficio⁸⁰⁷.

Así las cosas, considero de especial interés detenerme en esta última circunstancia cualificante y, en particular, en la referencia legal a que el culpable fuese “entrenador físico o deportivo” que obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio. Esta categoría de sujetos no la contempla expresamente el Convenio *Medicrime*, aunque es cierto que el Informe explicativo de la norma internacional refleja la estrecha relación que existe entre el mundo del medicamento y el fenómeno del dopaje. En este sentido, cuando aclara las disposiciones de Derecho penal sustantivo, utiliza como ejemplos de “delitos similares” a la falsificación varios supuestos relacionados con el dopaje (apdo. 58). En concreto, alude al mercado negro de productos para tratamientos hormonales que se elaboran sin autorización y que se destinan a fines dopantes; y, también, menciona la desviación de medicamentos anabolizantes legítimos a este mercado clandestino para su venta con fines de mejorar el rendimiento deportivo.

Ahora bien, aun siendo una realidad que las conductas de dopaje tienen lugar muy a menudo por estas vías, no deja de ser llamativo que se haya decidido insertar esta agravante en las infracciones relativas a medicamentos y productos afines si el sujeto activo es un entrenador que en el ejercicio de su profesión se prevale de sus funciones

⁸⁰⁷ Adicionalmente, CORCOY BIDASOLO destaca que no se incluyen a los profesionales que realmente elaboran los medicamentos como son los biólogos, los químicos y los ingenieros, estos últimos, sobre todo, respecto de determinados productos sanitarios, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1247.

para cometer más fácilmente el delito⁸⁰⁸. La reflexión es la siguiente: de acuerdo con la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 7/2006, la creación del tipo de dopaje se justificaba en la necesidad de “castigar el entorno del deportista y preservar la salud pública, gravemente amenazada por la comercialización y dispensación sin control de productos carentes de garantía alguna y dañinos para la salud”. Al menos aparentemente, se pretendía crear una nueva figura de peligro general para proteger la salud pública en el contexto deportivo, lo que explica que se la ubicara entre esta clase de delitos, en el Título relativo a los ilícitos contra la seguridad colectiva. Pues bien, si se atiende a este enfoque como punto de partida, la cuestión que se plantea es la de qué sentido puede tener ahora incorporar esta agravante a los delitos farmacológicos para sancionar más severamente al entrenador que, por ejemplo, se dedique a suministrar medicamentos (legítimos o ilegítimos) peligrosos. Parece obvio que en estos casos la conducta del sujeto activo, que ha de actuar en el ejercicio de sus funciones, se dirige a los deportistas y, también, de su condición de entrenador cabe deducir que los adquirentes serán deportistas y que el destino de los productos será el dopaje. Si, como he indicado, se parte de que con la infracción de dopaje se perseguía en principio acoger estos supuestos, podría pensarse que la agravación es innecesaria, pues lo lógico sería apreciar el injusto de dopaje, insisto que desde la perspectiva expresada, como por ende vienen haciendo los tribunales habitualmente. Podría valorarse la posibilidad de que con ello se hayan querido abarcar los supuestos en que la conducta no es subsumible en el artículo 362 quinquies del Código penal (por ejemplo, en relación con verbos como “fabricar”, “elaborar” o “almacenar”). Sin embargo, esta opción no resulta satisfactoria porque, como he señalado, la aplicación de la cualificación requiere que el sujeto actúe en el ejercicio de sus funciones e, implícitamente, que abuse de ellas, lo que difícilmente podría concurrir en tales hipótesis.

Por consiguiente, ante esta referencia a los entrenadores físicos o deportivos, cabe interpretar, bien que el legislador ha “olvidado” que nuestro Código penal ya sancionaba los comportamientos relativos al dopaje; o bien que está reconociendo implícitamente que, como sostengo, el ilícito del artículo 362 quinquies no es un delito de peligro general, sino de peligro individual, lo que explicaría que se tenga presente

⁸⁰⁸ Como afirma FERRANDIS CIPRIÁN, el fundamento de la agravación radica en la mayor facilidad para cometer el delito que asiste a quien actúa abusivamente en el ejercicio de su profesión oficio o cargo, en “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1126. Aunque el tipo no exige el prevalimiento, estoy de acuerdo con este autor en que el abuso ha de entenderse implícito en la agravación, y más cuando el incremento punitivo es tan notable. De la misma opinión, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362 quáter”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 354.

esta circunstancia cuando la acción del entrenador deportivo genera un peligro incontrolado de extensión indeterminada, supuestos en los que entiende que deben entrar en juego los injustos de riesgo general. Sin descartar que la cualificación no responda, nuevamente, a la irreflexión y a una decisión político-criminal acorde con la “tolerancia cero” que caracteriza últimamente al Derecho penal, estimo que esta conformación del tipo agravado en los delitos sobre medicamentos podría venir a confirmar que la infracción de dopaje tiene un ámbito de aplicación diverso al de las figuras que protegen la salud pública. De hecho, la penalidad que resulta de aplicar una figura u otra es muy diferente, lo que se corresponde, a mi modo de ver, con la diferente entidad del peligro (individual o general) que concurre en cada caso. En efecto, aunque considero que las sanciones específicas pueden ser discutibles, sí que creo más ajustado al principio de proporcionalidad castigar con una pena inferior (de quince meses a dos años de prisión) los casos en que el entrenador se prevale de su posición de superioridad sobre su pupilo para suministrarle, con peligro para su salud, una cantidad de sustancias dopantes; y aplicar una pena superior por un delito farmacológico agravado (podría alcanzar hasta los ocho años de prisión) si el mismo sujeto se dedica a distribuir indiscriminadamente (por ejemplo, en gimnasios) medicamentos falsos que tienen cualidades dopantes, generando con ello un riesgo para la vida o la salud de una pluralidad indeterminada de personas.

2.3. *El objeto material “medicamento”*

En las páginas que siguen analizaré el objeto material “medicamento” al que se alude en los preceptos que conforman el nuevo modelo de intervención penal en el ámbito sanitario. Con este objetivo, como ya he explicado, expondré en primer lugar el concepto de medicamento que se sostiene con carácter general en la jurisprudencia y en la doctrina mayoritarias y pondré de relieve los problemas que plantea su aplicación en los tipos penales, así como las consecuencias que su indefinición ha provocado en la praxis judicial. En segundo lugar, procederé a estudiar más detalladamente las exigencias típicas que se recogen en los actuales ilícitos farmacológicos, al efecto de concretar qué comprende el medicamento en cada uno de ellos. Las conclusiones que se alcancen permitirán comprobar que no se maneja un único significado a lo largo de toda la regulación y que, por tanto, no puede sostenerse que exista un concepto unívoco de

medicamento en el orden penal, con las consecuencias negativas que de ello se derivan para el principio de seguridad jurídica.

2.3.1. Concepto jurisprudencial y doctrinal mayoritario

Ante la ausencia de una definición expresa de medicamento en el Código penal, los tribunales y la doctrina han sido conscientes de la necesidad de dotar de contenido al término. Ya el Tribunal Supremo puso de manifiesto en su momento que “falta una definición legal o reglamentaria de los medicamentos que sea válida en Derecho penal”⁸⁰⁹. Por esta razón, se han realizado diversos esfuerzos dirigidos a precisar cuál debe ser la acepción que hay que seguir en la interpretación de los ilícitos farmacológicos. Sin embargo, pese a ser una cuestión que parece crucial e imprescindible para determinar el alcance de los delitos, puede decirse que la interpretación que se ha propugnado mayoritariamente no ha resultado satisfactoria, pues el concepto de medicamento sigue siendo controvertido y poco operativo cuando se intenta trasladar a los tipos penales, como veremos a continuación.

En este proceso se han valorado básicamente dos posibilidades. Por un lado, la de interpretar el vocablo como un elemento descriptivo, acudiendo a la noción común de medicamento que proporciona el DRAE: “sustancia que, administrada interior o exteriormente a un organismo animal, sirve para prevenir, curar o aliviar la enfermedad y corregir o reparar las secuelas de esta”. Y, por otro lado, la de entenderlo como un elemento normativo e integrarlo con arreglo a la legislación sanitaria. Como hemos visto, esta última opción permite alcanzar soluciones diversas, según se emplee el concepto material amplio del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015, que se vincula a los criterios de la “presentación” y/o la “función” ya tratados, o se utilice el concepto restrictivo que resulta de una interpretación integradora y sistemática de la normativa sanitaria; esto es, calificar como medicamento a efectos penales a aquellas sustancias o combinaciones de sustancias legalmente reconocidas, que cuentan con el aval de las autoridades sanitarias.

Pues bien, cabe afirmar que, con carácter general, la escasa jurisprudencia penal en la materia ha ofrecido definiciones amplias, bastante próximas al significado común y a la

⁸⁰⁹ STS de 18 de noviembre de 1991.

vasta noción de medicamento que se maneja en la legislación administrativa (aunque atendiendo, principalmente, al criterio de la “función”).

Concretamente, el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de julio de 1982, declaró que son medicamentos “aquellas sustancias químicas con operatividad para producir determinados efectos curativos en las personas”. Asimismo, lo ha definido como “todo aquel producto que se aplique para la medicina en su sentido más amplio” (STS de 18 de noviembre de 1991).

En cuanto a las Audiencias provinciales, también se han situado mayoritariamente en esta línea. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de noviembre de 1989, relativa a un conocido caso de contagio de SIDA a través de transfusiones sanguíneas, adoptó como punto de partida que el concepto de “medicamento” no puede ser interpretado desde un estricto punto de vista farmacológico, sino que ha de serlo en función del bien jurídico que se pretende proteger en el delito. De este modo, optó por identificar el medicamento con “aquellas sustancias simples o compuestas preparadas o dispuestas para su uso medicinal, con finalidad terapéutica, tanto si proceden de los reinos animal, vegetal o mineral, como si se trata de agentes biológicos o productos sintéticos, tengan o no el carácter de especialidad farmacéutica”⁸¹⁰. Más recientemente algunos pronunciamientos han secundado este significado, precisamente con ocasión de la conocida “Operación Puerto”, en la que el asunto principal fue el de determinar si la sangre embolsada que se halló en los registros y que se reinfundía a deportistas podía ser considerada como medicamento a los efectos de aplicar el anterior artículo 361 del Código penal. En este largo procedimiento, que fue objeto de dos polémicos sobreseimientos por parte del Juzgado de Instrucción (AAJI nº 31 Madrid de 8 de marzo de 2007 y de 5 de noviembre de 2008, que confirma el Auto de 26 de septiembre de 2008), la Audiencia Provincial de Madrid ordenó en dos ocasiones la reapertura del caso, confirmando expresamente el carácter medicamentoso de la sangre. En particular, en su Auto 63/2009, de 12 de enero, señalaba taxativamente que “no es precisa la posesión de especiales conocimientos de medicina para saber que tanto la sangre considerada en su integridad, como el plasma, como las plaquetas o los hematíes, deben ser considerados medicamentos en cuanto son sustancias capaces de aliviar o curar enfermedades o dolencias y de *afectar a las*

⁸¹⁰ Esta sentencia fue finalmente revocada por la mencionada STS de 18 de noviembre de 1991, que consideró inaplicables a los hechos los artículos 342 y 343 bis del Código penal de 1973, que castigaban conductas de expendición y despacho de medicamentos, por entender que la sangre es “materia u objeto vedado para la venta”. Sin embargo, el Tribunal declaró que la sangre es un medicamento sobre la base de realizar una interpretación puramente material, atendiendo a su función y sus fines.

funciones corporales”⁸¹¹. Tras la celebración del juicio oral, la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 21 de Madrid 144/13, de 13 de abril resolvió condenando por un delito de expendición de medicamento con incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia del precedente artículo 361 del Código penal. Se concluyó, pues, que la sangre es un medicamento y se insistió, siguiendo a la Audiencia Provincial de Barcelona, en que la interpretación del concepto de medicamento debe realizarse en un sentido amplio, en función del bien jurídico protegido salud.

Por último, cabe citar la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Pamplona 180/2009, de 14 de abril, que absolvió del delito del artículo 359 del Código penal por el que formuló acusación el Ministerio Fiscal, sobre la base de considerar que los productos intervenidos eran medicamentos y no quedaban incluidos en el concepto de sustancias nocivas para la salud que constituyen el objeto material de aquel precepto. En esta ocasión, la atribución de la condición de medicamento se realizó a partir de la definición de medicamento que facilita el DRAE. Por ello, se señaló que en la fecha en la que ocurrieron los hechos la acción enjuiciada podría haber encajado mejor en el artículo 361 o en el artículo 362 del Código penal.

Por lo que respecta a la doctrina penal, un sector importante parece apoyar también una acepción amplia, coincidente en principio con la noción material extensiva que ofrece la legislación farmacéutica cuando define el “medicamento de uso humano” (art. 2 a) RDL 1/2015); esto es, penalmente el medicamento abarcaría no solo el que lo sea formalmente porque ha sido autorizado, sino también el “medicamento por presentación” y/o “por función”, aunque no cumpla con las restricciones formales que establece la normativa administrativa⁸¹². Justamente, en consonancia con ello, se admite casi unánimemente que la sangre debe ser considerada medicamento⁸¹³. No obstante, a

⁸¹¹ La cursiva es mía.

⁸¹² Afirman que la tutela penal se anuda al concepto material que proporciona la normativa administrativa, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1437; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1438. Expresamente a favor de una noción amplia, no limitada por restricciones formales, JERICÓ OJER, L., “Artículo 361”, cit., págs. 123-124. En esta línea, CORCOY BIDASOLO admite como medicamentos a los productos adelgazantes y los estéticos, si no son externos y afectan al organismo, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1241. Sostiene también la acepción amplia matizando que, no obstante, debe adaptarse a la clase de delito farmacéutico al que se refiera expresamente la conducta, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 329. Otros autores parecen también decantarse por el concepto administrativo amplio cuando al tratar el objeto material “medicamento” se remiten a la definición del artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015. Así, OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pág. 789; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1063 (nota 1). Con todo, en paralelo a esta posición mayoritaria hay que señalar que MUÑOZ CONDE apoya un concepto pragmático comprensivo de “aquellos productos químico-farmacéuticos que solo pueden venderse en farmacias”, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 599.

⁸¹³ Señala que es prácticamente unánime la posición doctrinal que sostiene que la sangre deber ser considerada medicamento JERICÓ OJER, L., “Artículo 361”, cit., pág. 125. Expresamente la admiten GÓMEZ RIVERO, M. C./

partir de este enfoque común las posiciones divergen, pues los autores sostienen la necesidad de limitarlo en mayor o menor medida, fundamentalmente en atención al principio de taxatividad⁸¹⁴, porque la amplitud de su contenido puede ser excesiva. Por ejemplo, algún autor declara que deben quedar excluidos los productos de higiene personal y los cosméticos⁸¹⁵. Y, claro está, su contenido no abarcaría las drogas ni los alimentos, que tienen una regulación penal específica.

2.3.2. Exposición de la problemática

Delimitadas las posiciones mayoritarias que apoyan un concepto amplio de medicamento es preciso poner de relieve que, pese a los intentos realizados por la doctrina y la jurisprudencia para concretar el contenido del término, sigue existiendo controversia y confusión respecto a qué sustancias o combinaciones de sustancias pueden constituir el objeto de la acción como medicamentos.

Muestra de la indefinición que persiste en este tema es la ausencia de uniformidad que se aprecia en la resolución de casos relativos a sustancias que podrían ser tratadas como medicamentos desde el enfoque predominante expuesto. A mi juicio, esto se debe justamente a que es muy difícil operar con una noción tan vasta y de límites tan imprecisos, que podría abarcar multitud de productos, desde aquellos que efectivamente tienen propiedades preventivas o terapéuticas, a aquellos que simplemente las fingen, pasando por cualesquiera otros, incluso de naturaleza alimenticia, que contengan algún principio activo apto en abstracto para desarrollar fines curativos, aun cuando la proporción en que se encuentre sea inidónea en la práctica para producir los efectos normalmente asociados a los fármacos. De hecho, quizás esta indeterminación es la que ha llevado a veces a los tribunales a no entrar a valorar ni a argumentar acerca de la condición de medicamento o alimento de determinados compuestos, lo que ha derivado en calificaciones dispares que acaban acudiendo a otros ilícitos que quizás plantean menos problemas.

MONGE FERNÁNDEZ, A., “Venta y manipulación ilegal de medicamentos”, en MARTOS NÚÑEZ, J. A. (Dir.), *Protección penal y tutela de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, 1997, págs. 93-94; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 361”, cit., pág. 337.

⁸¹⁴ DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 261.

⁸¹⁵ Por lo que se refiere a los productos de higiene personal y a los cosméticos, afirma QUERALT JIMÉNEZ que quedan excluidos al apartarlos la normativa del concepto legal de medicamento, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1063. De otra opinión por lo que respecta a los productos de higiene personal, aunque bajo determinadas condiciones, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1241.

Así, la Audiencia Provincial de Córdoba (SAP Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre) condenó por aplicación del artículo 359 del Código penal (sustancias nocivas y productos químicos que pueden causar estragos) a un médico que fabricó y distribuyó con grave riesgo para la salud (incluso llegaron a producirse lesiones) un producto que inicialmente había sido autorizado como medicamento para adelgazar con arreglo a una composición basada en elementos vegetales, y que luego se elaboró incorporando una serie de sustancias farmacológicas peligrosas que se habían ocultado a la Administración sanitaria⁸¹⁶. El preparado adelgazante se vendía aparentemente como medicamento, con un número de registro sanitario en el cartón y acompañado de un prospecto en el que se señalaba una composición exclusivamente a base de vegetales. Sin embargo, inexplicablemente, la Audiencia Provincial, pese a afirmar que se trataba de un fármaco⁸¹⁷ y ratificar lo manifestado por los peritos acerca del riesgo que comporta “la sola presencia de un principio activo no declarado en una *especialidad farmacéutica*”⁸¹⁸, subsumió los hechos en el tipo relativo a sustancias nocivas, sin proporcionar una justificación de por qué no había considerado algún delito farmacológico.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1207/2004, de 11 de octubre, que resolvió en casación, confirmó tal calificación, si bien reseñó la posibilidad de haber optado por la aplicación del delito relativo a medicamentos del artículo 344 bis del Código penal de 1973, que pasó posteriormente a ser el artículo 344 ter, y que se correspondía con el anterior artículo 362 del Código penal (actual art. 362.2 Cp). Concretamente, señaló que la conducta podría haber sido contemplada como una alteración de la dosis o la composición de las sustancias medicinales, privándolas total o parcialmente de su “eficacia curativa” (término que después se sustituiría por el de “eficacia terapéutica” y que con la reforma se ha reemplazado por el de “eficacia”). Con todo, llama la atención que no entrase a resolver el concurso de normas, limitándose a considerar que “el inequívoco componente de afectar a la salud pública, que se incluye en el precepto contenido en el art. 359 del vigente Código Penal (también en el art. 341 precedente),

⁸¹⁶ Se trataba del producto conocido como “Reducción y Control de Peso del Doctor. B.”. Concretamente se añadieron clordiazepóxido, diazepam, bumetadina y polvo de tiroides. Según se indica en la propia sentencia, el diazepam y el clordiazepóxido son productos ansiolíticos e hipnóticos de larga duración encuadrados en el grupo de los psicotrópicos que pueden causar daños graves a los hipertensos o pacientes de corazón. La bumetadina es un diurético de los denominados de máxima eficacia que ocasiona la pérdida de cloro, sodio, calcio, potasio y manganeso y el polvo de tiroides puede provocar en pacientes normales hipertiroidismo con mareos, temblores, insomnio y debilidad muscular.

⁸¹⁷ Literalmente se sostiene en esta resolución que “no puede negarse la enorme gravedad de vender un fármaco manifestando que al solo contener plantas medicinales es prácticamente inofensivo para la salud...” (cursiva añadida).

⁸¹⁸ Cursiva añadida.

supone un adecuado acomodo en este último precepto, siendo así que, además, favorece al acusado, al tener un pena ligeramente inferior (residenciada en la multa y en la duración de la inhabilitación) aquél con respecto al art. 362, y lo propio ocurre entre el art. 344 ter (antes, 344 bis) y el art. 341 del texto derogado. Nos hallamos, pues, ante un supuesto de pena justificada”.

Por su parte, en un sentido divergente, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz 8/2006, de 14 de febrero, subsumió bajo el delito alimentario del artículo 364.1 del Código penal⁸¹⁹, un supuesto en que el producto nocivo lo constituía un adelgazante que se comercializaba normalmente en el mercado naturista, parece que como preparado dietético⁸²⁰. El compuesto contenía la sustancia mazindol, principio activo que había sido prohibido por la Agencia Española del Medicamento, en cumplimiento de la Decisión de la Comisión Europea de 9 de marzo de 2000, que ordenaba la revocación de las autorizaciones de comercialización y consiguiente retirada del mercado de los medicamentos que contuviesen, entre otros, el citado principio activo, por su actividad anorexígena y estimulante del sistema nervioso central⁸²¹. En este caso, el Tribunal sostuvo que los hechos constituían un supuesto de adulteración de un “producto alimenticio”⁸²² con un agente no autorizado, pero no entró a valorar la posibilidad de apreciar un delito sobre medicamentos, ni proporcionó los argumentos que le habían llevado a considerar que se trataba de un alimento. Más bien, parece que tomó como referencia el hecho de que el preparado adelgazante se presentaba a los consumidores y se comercializaba como producto dietético.

Más recientemente, en la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 18 de Madrid 268/2014, de 4 de julio, se ha evaluado un producto que se fabricaba y comercializaba como complemento dietético (bajo el nombre comercial de Bio-Bac), con una composición puramente nutritiva, pero que se presentaba simultáneamente con propiedades alimenticias y terapéuticas. En este caso, la jueza ha señalado que las referencias a las propiedades para tratar y curar enfermedades permitían considerarlo un medicamento incluido en el catálogo que contenía el artículo 6 de la antigua Ley del

⁸¹⁹ Este precepto tipifica la adulteración de los alimentos, entre otros objetos, con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas.

⁸²⁰ Se trataba del complemento “Star Line”.

⁸²¹ El Tribunal manifestó que no ponía en duda que se había cometido un delito calificado con arreglo al artículo 364.1, en relación con el artículo 367, ambos del Código penal, en su forma imprudente. No obstante, no llegó a imponer condena porque la acusación no se dirigió contra el sujeto responsable. Respecto a la sustancia prohibida contenida en el producto adelgazante, hay que señalar que posteriormente, el Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea, en los asuntos acumulados T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 y T-141/00, anuló la Decisión de la Comisión de 9 de marzo de 2000.

⁸²² Las comillas figuran en la sentencia.

Medicamento de 1990 (que ahora aparece en el artículo 8 del RDL 1/2015), lo que le lleva a estudiar la aplicación de un delito farmacológico. No obstante, matiza que se trataría de un medicamento falso, pues “faltando a la verdad, se transmitía a los posibles consumidores del producto que el mismo tenía una eficacia curativa que únicamente puede poseer aquello que se considere medicamento y que [...] debe obtener la correspondiente autorización de las autoridades sanitarias para su comercialización como medicamento”. A mi juicio, la resolución se hace eco de lo impreciso del término pues, por una parte, califica al compuesto como medicamento en atención a su presentación y, por otra parte, identifica el término con el concepto restrictivo, al manifestar que la eficacia curativa de un medicamento solo puede predicarse de aquel producto que haya sido autorizado como tal. Utiliza, por tanto, la doble acepción que se aprecia en la legislación sanitaria y que, a mi modo de ver es incorrecta y provoca confusión, al designar del mismo modo objetos que son muy diferentes. Es más, pese a las declaraciones previas acerca de la consideración del suplemento como medicamento, la juzgadora finalmente absuelve a la vista de que el producto no causaba daño en la salud o la vida de las personas, “pues se trataba simplemente de un suplemento dietético”, de modo que, finalmente, atendiendo a su composición, parece que llega a la conclusión de que no era un medicamento⁸²³.

Por último, cabe referir los ya citados Autos del Juzgado de Instrucción nº 31 Madrid de 8 de marzo de 2007 y de 5 de noviembre de 2008 (que confirma el dictado el 26 de septiembre del mismo año) que decretaron el archivo de las actuaciones en el procedimiento que trajo causa de la “Operación Puerto” y en los que se declaró que la sangre no podía reputarse medicamento, en este caso por no encajar en la definición que se recogía en el artículo 1 del Real Decreto 478/93, de 2 de abril, por el que se regulaban los medicamentos derivados de la sangre y del plasma humano. Aunque, como ya he indicado, el proceso terminó con una condena por un delito relativo a medicamentos, los sucesivos archivos y reaperturas del procedimiento vinieron a reflejar posiciones diametralmente opuestas respecto a la consideración de la sangre como medicamento y pusieron de manifiesto lo indeterminado del concepto⁸²⁴.

⁸²³ Cabe reseñar que la SAP Madrid 619/2015, de 22 de junio, que ha resuelto el recurso de apelación presentado contra esta resolución, ha confirmado el pronunciamiento absolutorio del delito previsto en el artículo 362.1.1º, 2º y 3º del Código penal.

⁸²⁴ La dudas respecto a si la sangre constituye un medicamento se suscitan también en la doctrina, aunque son muy pocos los autores que la excluyen del concepto de medicamento. Así, considera dudoso que la sangre pueda quedar integrada en la noción de medicamento, aunque como he referido se muestra partidario de anudar el concepto penal a la amplia acepción material que se maneja en el orden administrativo, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1438. Este autor señala la posible incardinación de las conductas que recaigan sobre ella

Por consiguiente, se aprecia que el rendimiento a efectos prácticos de una noción tan amplia no ha venido a clarificar demasiado las cosas en la praxis judicial, que refleja con sus decisiones las incertidumbres que rodean a la acepción de medicamento.

Coetáneamente, trasladarla a los tipos penales se convierte en una tarea muy compleja pues provoca inseguridades a la hora de interpretarlos y encuadrar correctamente las conductas⁸²⁵. Así ocurre (como también sucedía en la regulación previa), por ejemplo, con los medicamentos que incumplan exigencias técnicas a los que se refiere el segundo inciso del artículo 361 del Código penal⁸²⁶. Y es que, si se atendiese a la concepción extensiva, parece que el precepto tendría capacidad para

en el artículo 363.4 y 5 del Código penal. Rechaza abiertamente que la sangre pueda considerarse medicamento a efectos del artículo 361 del Código penal, salvo que haya sido sometida a un procedimiento de transformación industrial para llegar a constituir un fármaco, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 343. En mi opinión, la sangre completa no constituye un medicamento puesto que, como ya he explicado más arriba, entiendo que el concepto legal de medicamento debe reservarse para aquellos que han sido legalmente reconocidos, bien a través de una autorización y registro previo cuando se trate de un medicamento de fabricación industrial; o bien a través del cumplimiento de los requisitos formales que le confieren naturaleza legal en el caso de los que no se fabriquen industrialmente (véanse *supra* págs. 330 y ss.). Sin embargo, conviene apuntar que existe algún argumento que podría apoyar la conveniencia de valorar la inclusión de la sangre entre los *medicamentos legalmente reconocidos*, aunque sostener que esto sea así en la actualidad resulta quizás demasiado forzado. Si bien los productos hemoderivados son medicamentos según el artículo 46 del Real Decreto Legislativo 1/2015, no hay una referencia en tal sentido respecto a la sangre completa. A su vez, el Real Decreto 1345/2007, que regula el procedimiento de autorización y registro de los medicamentos de uso humano de fabricación industrial, expulsa expresamente de su ámbito la sangre completa (art. 3.2.b). Sin embargo, hay que tener en cuenta que el medicamento legalmente reconocido es aquel que cuenta con el aval de la Administración sanitaria, mediante una autorización específica o genérica que implica el sometimiento a numerosas exigencias formales y a controles que aseguran su calidad, seguridad y eficacia. De acuerdo con esto, y pese a que la clasificación administrativa del art. 8 del Real Decreto Legislativo 1/2015 no la comprende, sí es cierto que existe una exhaustiva reglamentación que contempla especificaciones precisas dirigidas a garantizar que la obtención y transfusión sanguínea sea segura, eficaz y de calidad (RD 1088/2005, de 16 de septiembre, por el que se establecen los requisitos técnicos y condiciones mínimas de la hemodonación y de los centros y servicios de transfusión). Por ello, en los casos en que esta sustancia cumpla con tales especificaciones y se emplee para fines terapéuticos (como se exige para los hemoderivados) quizás podría valorarse su inclusión entre los medicamentos legalmente reconocidos, aunque ello requeriría su inserción expresa en el catálogo de medicamentos especiales de uso humano. Al respecto, véase SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “La sangre y sus derivados, ¿medicamentos a efectos penales? (A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Penal sobre la “Operación Puerto”, en *Diario la Ley*, núm. 8223, 7 de enero, 2014, pág. 13.

⁸²⁵ Ya advertían de la imposibilidad de trasladar en bloque de un modo automático la definición extrapenal que se contenía en la Ley del Medicamento de 1990, GÓMEZ RIVERO, M. C./ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Venta y manipulación ilegal de medicamentos”, cit., pág. 92.

⁸²⁶ En relación con el anterior artículo 361 del Código penal, puede decirse que un sector mayoritario de la doctrina se pronunciaba abiertamente en el sentido de que el objeto de la acción en el artículo 361 del Código penal eran los medicamentos genuinos *ab initio* (tanto los deteriorados, como los caducados o los que contravenían formalidades técnicas), coincidiendo, a mi modo de ver, con el concepto restrictivo de medicamento que entiendo que es el correcto. Sin embargo, lo cierto es que esta concepción convivía con otra más amplia, que parecía acoger a productos que no fuesen medicamentos legalmente reconocidos. Así, en el primer sentido, véanse, entre otros, ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 361”, cit., pág. 792; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 331-332; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000, págs. 1441 y 1446. Parecía entenderlo en el segundo sentido GARCÍA ARÁN cuando, en relación con las conductas de expendición de medicamentos alterados, imitados o simulados previstos en el artículo 362 del Código penal, señalaba que el tipo aplicable era el del artículo 361, admitiendo por tanto como objetos materiales a productos que no eran genuinos medicamentos en origen, en “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1530. Justamente, esta última noción fue la que se mantuvo y se aplicó en la citada SJP nº 21 de Madrid 144/13, de 13 de abril, sobre la “Operación Puerto”, en la que se consideró que la sangre que se reinfundía a los deportistas constituía un medicamento que incumplía algunas exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia.

absorber toda clase de preparados elaborados al margen de todo control y supervisión sanitaria, ya que cabría inferir sin dificultad que se han infringido requisitos técnicos en todos los casos en que cualquier producto deviniese peligroso para la salud, siempre que se presentase como dotado de efectos terapéuticos o que tuviese aptitud para cumplir alguno de los fines asociados a los fármacos. De este modo, una interpretación de esta clase plantearía problemas concursales con los otros delitos farmacológicos que serían consecuencia del alcance otorgado al objeto material. Y es que, presente el peligro, parece que podría afirmarse sin duda que tanto un medicamento no autorizado (art. 361 Cp, primer inciso) como un medicamento falsificado, o un medicamento alterado (arts. 362.1, 362. 2 y 362 bis Cp) no es acorde con las prescripciones legales que garantizan que sea seguro, eficaz y de la calidad adecuada. Asimismo, reemplazar el vocablo “medicamento” por tal descripción en la modalidad de alteración de la composición genuina declarada (art. 362.2 Cp) conduciría al absurdo de admitir que el objeto sea un producto clandestino, fabricado a espaldas del control administrativo y cuya correcta composición no ha sido legitimada sanitariamente, al que por ejemplo se le añade una sustancia distinta a la que indica su etiquetado.

Así las cosas, no es de extrañar que también se haya propuesto restringir el concepto, y limitarlo a los medicamentos genuinos; esto es, a los legalmente reconocidos que, recordemos, son aquellos que han sido objeto de evaluación y fiscalización por las autoridades sanitarias y, por tanto, cumplen con los criterios materiales de la definición administrativa además de observar los requisitos formales para poder fabricarse y circular en el tráfico jurídico legalmente. En este sentido, es posible encontrar en la jurisprudencia algunas resoluciones dictadas bajo la vigencia de la anterior regulación sobre medicamentos que se decantan –directa o indirectamente– por un objeto material genuino, legalmente reconocido y, en consecuencia, por una noción penal de medicamento coincidente con la acepción administrativa restrictiva. Es el caso del Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 739/2003, de 28 de julio, que se detuvo a analizar el concepto de medicamento que se desprendía de la regulación penal vigente en aquel momento. Al respecto, señalaba que parece que el legislador había querido definir el medicamento de acuerdo con la noción formal que recogía el artículo 6 de la Ley del Medicamento de 1990 (Ley 25/1990); esto es, las especialidades farmacéuticas, fórmulas magistrales, oficinales o medicamentos prefabricados. Por ello, en relación con el anterior artículo 361, concluía que las conductas tipificadas versarían sobre los medicamentos legalmente reconocidos como tales catalogados en la legislación

administrativa y, aunque dudaba de si sería posible incluir también “sustancias que no tuvieran la específica consideración de medicamento”, en alusión –entiendo– a aquellas que no cuentan con un reconocimiento legal, finalmente declaraba que quizás podrían encuadrarse mejor en el precedente artículo 362.1.2º del Código penal, que sancionaba comportamientos consistentes en presentar un producto con apariencia de ser un verdadero medicamento sin serlo (supuestos de imitación o simulación de medicamentos o sustancias beneficiosas para la salud).

En esta misma dirección, la Sentencia del Tribunal Supremo 1612/2002, de 1 de abril, en referencia a las conductas relacionadas en el inciso segundo del apartado primero del previo artículo 362 del Código penal (relativo a imitación y simulación de medicamentos o sustancias beneficiosas para la salud), declaraba que la imitación “exige la existencia de un modelo de medicamento *real* que se trata de suplantar”, en tanto que la simulación “no pretende suplantar modelo alguno, sino presentar como medicamento una sustancia que no lo es, porque no ha sido *legalmente reconocida* como tal, fingiendo cualidades terapéuticas que en realidad no posee”⁸²⁷. A mi modo de ver, la delimitación que el Tribunal efectuaba del objeto material del artículo 362.1.2º se realizaba, precisamente, a partir de un concepto de medicamento coincidente con la acepción restrictiva, o sea identificando el término con el *medicamento real, legalmente reconocido*⁸²⁸.

También el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre, utilizaba el anterior argumento en un supuesto de incautación de numerosos recipientes que contenían “poppers”, producto que incluye sustancias con propiedades farmacológicas que se emplean en la fabricación de medicamentos de curso legal. La Audiencia estimó que, pese a que el compuesto incorporaba sustancias de uso medicinal, no podía considerarse un fármaco a efectos penales, pues “las conductas específicamente reguladas sobre medicamentos en los artículos 361 y 362 [...] tienen como premisa o condición que se trate de medicamentos de uso autorizado en el mercado o la presentación como medicamento para su uso como tal de lo que no es”. En mi opinión, con tal distinción entre *medicamentos de uso autorizado* y *productos que no son medicamentos pero que se presentan* para ser usados como si lo fueran, vinculada

⁸²⁷ Cursiva añadida.

⁸²⁸ Sin perjuicio de mi interpretación de la resolución, he de destacar que en su FJ 18º, afirmaba que “es medicamento, conforme a lo dispuesto en el art. 8º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, 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”.

alternativamente a los artículos 361 y 362 del Código penal en su versión anterior, venía a confirmar que el medicamento solo es aquel que ha sido reconocido legalmente, el fármaco inicialmente legítimo, pues los productos que encajan en la noción “por presentación” no son auténticos medicamentos.

En definitiva, ante los problemas expuestos, parece que la acepción mayoritaria del término “medicamento” que –más o menos abiertamente– lo vincula en general a la definición material de “medicamento de uso humano” que proporciona la legislación farmacéutica (art. 2 a) RDL 1/2015), no resulta eficiente. Por un lado, da cabida a toda clase de productos que cumplan con alguno de los criterios materiales comentados (“presentación” o “función”) o con ambos, pero que carecen de reconocimiento legal en el sentido expresado, lo que lleva a aceptar como medicamentos a una amplísima variedad de sustancias; y, por otro, constituye un concepto que considero que no se puede estandarizar, ya que no parece posible utilizarlo indistintamente en todas las figuras que a ellos se refieren, porque genera muchos problemas interpretativos.

Acaso la búsqueda de un único significado para designar al medicamento, a la vista de la regulación, sea una tarea infructuosa y, en realidad, las alusiones al medicamento en los tipos penales no respondan a una acepción unívoca, como parece. Y es que, como voy a explicar enseguida, la noción que se maneja es variable en las distintas modalidades delictivas, lo que desemboca en objetos materiales muy diversos según el caso. Esto no es novedoso, pues ocurría también bajo la regulación en materia de medicamentos que se contenía en los artículos 361 y 362 del Código penal antes de ser reformados⁸²⁹.

2.3.3. Determinación del medicamento penalmente relevante

En este momento voy a tratar de precisar qué abarca el objeto material

⁸²⁹ Así, además de lo expuesto en relación con el previo artículo 361 del Código penal, era posible advertir un desigual uso del término “medicamento” en las distintas modalidades que preveía el artículo 362 del mismo texto legal. En primer lugar, su empleo en el inciso 1º del apartado 1 parece que lo equiparaba con el concepto restrictivo más que con la acepción amplia que se ofrecía mayoritariamente por la doctrina y la jurisprudencia. En segundo lugar, en el inciso 2º, el vocablo podía equivaler a un medicamento legalmente reconocido, que se imitaba conformando un producto ilegal, o a cualquier sustancia o combinación de sustancias sin existencia reconocida como medicamento, que se presentase a los consumidores con apariencia de ser verdadero (los casos de simulación). En tercer lugar, la alusión a los “medicamentos referidos”, ocasionaba un cierto desconcierto, dado que estaba claro que los “medicamentos referidos” no eran auténticos medicamentos, sino preparados ilegales que no podían circular como tales en el tráfico jurídico. Existía, por tanto, un doble uso del término “medicamento” a lo largo del precepto, pues en algunos casos se identificaba con los medicamentos legalmente reconocidos y, en otros, con compuestos que no eran medicamentos auténticos. Probablemente, se trataba de un defecto de técnica legislativa que tampoco ha sido solventado en la última reforma de estas figuras.

“medicamento” en las infracciones recogidas en los artículos 361 a 362 ter del Código penal. No me detendré en el artículo 362 bis, que describe comportamientos relacionados con los medicamentos falsificados o alterados, dado que estos quedarán delimitados convenientemente al analizar el artículo 362. Por la misma razón, tampoco abordaré el 362 ter, puesto que sanciona hipótesis que versan sobre documentos falsos relativos, entre otros, a los medicamentos concernidos por el apartado primero del artículo 362 del texto legal.

Como anticipaba, ello implicará desentrañar el concepto de medicamento que se aplica en cada uno de los ilícitos y permitirá comprobar que la ley penal no utiliza un solo significado susceptible de aplicarse indistintamente en todas las figuras.

Para ello, será imprescindible atender a las características que los tipos penales vinculan al objeto de la acción. En este sentido, considero que puede tomarse como punto de partida para el análisis la idea de que el legislador penal no ha querido desmarcarse de las diversas acepciones (tanto la amplia, como la restrictiva) de medicamento que proporciona la legislación sanitaria, pues a ello apuntan las continuadas remisiones a este ámbito normativo que constituye el marco de referencia de la regulación penal en materia de medicamentos⁸³⁰.

Por razones de claridad expositiva, voy a estructurar la exposición en dos apartados, distinguiendo, por un lado, los supuestos en que, a mi modo de ver, la norma tiene por objeto material al medicamento genuino y por consiguiente concibe al medicamento de acuerdo con la concepción restrictiva, como el legalmente reconocido; y, por otro lado, aquellos otros en que entiendo que la conducta recae sobre productos de muy diversa naturaleza y condición que no son verdaderos medicamentos, sino compuestos que encajan en la descripción amplia (medicamento “por función” y/o “por presentación”) y a los que la ley denomina así, a mi juicio a consecuencia de una deficiente técnica legislativa que se refleja en un uso impropio del término. Con todo, en relación con este segundo grupo, introduciré algún matiz que considero de interés.

Dado que algunas de las modalidades que se recogían en la anterior regulación sobre medicamentos se han mantenido (con modificaciones), resultarán de utilidad los criterios interpretativos que han aportado la doctrina y la jurisprudencia en relación con los precedentes artículos 361 y 362 del Código penal.

⁸³⁰ Da cuenta de la estrecha relación que han mantenido históricamente el Derecho penal y el Derecho administrativo en materia de delitos relativos a los medicamentos, YACHACHI MONFORT, P., “Algunas consecuencias de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en materia de medicamentos”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, págs. 127-147.

A) Concepto restrictivo: medicamentos genuinos

Un análisis minucioso de las exigencias típicas que la ley conecta al objeto de la acción “medicamento” pone de manifiesto que en algunas figuras el objeto material no es otro que el medicamento legalmente reconocido. De este modo, puede afirmarse que en ellas, cuando la ley penal se refiere al “medicamento”, está aludiendo a aquello que jurídicamente lo es porque cuenta con un reconocimiento legal, haciendo un uso apropiado del término que lo identifica con la acepción restrictiva que se desprende de la normativa reguladora de los medicamentos y que, en mi opinión, es la correcta.

Concretamente, esto ocurre en el segundo inciso del artículo 361 y en el apartado segundo del artículo 362. En los dos casos se exige (directa o indirectamente) el incumplimiento de requisitos que se establecen en la legislación sanitaria para garantizar la seguridad, la calidad y la eficacia del medicamento, con la consecuencia de que el producto que inicialmente era un medicamento legítimo, deviene peligroso para la salud. Así, el primero de los preceptos alude a medicamentos “que estuvieren deteriorados, caducados o incumplieran las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia”; mientras que el segundo se refiere a la alteración de “la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado” de los medicamentos, entre otros objetos. Veamos pormenorizadamente el papel que estas referencias legislativas juegan en la determinación del objeto “medicamento”.

a) El medicamento en el artículo 361, segundo inciso

El artículo 361 castiga una serie de comportamientos que se extienden a todas las fases que van desde la producción hasta la entrega al consumidor. En su segundo inciso, se declara que tales conductas han de recaer sobre productos sanitarios o medicamentos “deteriorados”, “caducados” o que incumplan “exigencias técnicas de estabilidad, composición o eficacia”. Tales características legales significan, a mi modo de ver, que los productos deben ser inicialmente legítimos o genuinos; esto es, que cuentan en origen con el reconocimiento legal que les confiere el estatus jurídico de

“medicamento”, aunque luego se deterioren, caduquen o incumplan requisitos técnicos⁸³¹.

Así, en primer lugar, la idea de deterioro conlleva que aquello que reunía las condiciones legales y reglamentariamente exigidas de calidad, pureza, estabilidad y eficacia, las pierda como consecuencia de una deficiente conservación⁸³² y se estropee, se menoscabe o se degenerere⁸³³.

En segundo lugar, la caducidad, que es la fecha que marca el momento límite en que el producto aún garantiza sus especificaciones, supone que el preparado que era inicialmente idóneo, porque también reunía aquellas características verificadas por las instancias competentes, quede minorado en sus propiedades originarias o se convierta en tóxico por el transcurso del tiempo⁸³⁴. Refuerza esta limitación del objeto material la idea de que, aunque el tipo no exige expresamente que se trate de un medicamento autorizado, el requisito de la autorización administrativa (individual o genérica) que confiere naturaleza legal al medicamento está presente implícitamente. Parece obvio que para determinar si un medicamento está deteriorado hay que conocer previamente que su estado inicial era el adecuado y cuáles eran las exigencias que había que observar para garantizar una correcta conservación; y, también, parece evidente que para

⁸³¹ Expresamente, consideran que el objeto material del artículo 361 del Código penal son medicamentos o productos sanitarios genuinos, FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1118; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362”, cit., pág. 587. Estoy de acuerdo con esta afirmación por lo que respecta a los medicamentos del segundo inciso. Sin embargo, como explicaré más adelante, creo que los medicamentos que carezcan de autorización no tienen tal naturaleza, precisamente porque no han sido objeto de la evaluación y el control que habría permitido obtener la preceptiva autorización sanitaria para su comercialización.

⁸³² Así, refiriéndose a aspectos como la temperatura, deficiencias en su material de acondicionamiento primario, envase, contacto con otros agentes, etc., GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1439. En el mismo sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 361”, cit., pág. 339. Indica como causas del deterioro, además de la deficiente conservación, el paso del tiempo, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 559. Para este autor el deterioro debe ser sensible y afectar a propiedades específicas del medicamento que fue elaborado correctamente. Adicionalmente, considera que hay que distinguirlos de los medicamentos de mala calidad, que son los que desde el momento de su elaboración no tienen aquellas cualidades que se predicen de ellos y que, en su opinión, deben reconducirse al delito previsto en el artículo 362 del Código penal.

⁸³³ Señalan que por medicamento deteriorado hay que entender estropeado, que ha perdido sus propiedades, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, en SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M. D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2015, pág. 571. Estos autores, aunque no declaran expresamente que se trate de medicamentos legalmente reconocidos, genuinos, afirman que los medicamentos que se contemplan en el artículo 361 en un principio reunían todas las condiciones para su eficacia, lo que creo que no cabe predicar de un producto que no haya sido controlado por la instancia sanitaria competente. También en la línea de que el medicamento deteriorado es aquel que ha perdido sus características originales y su eficacia, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1242; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1115; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 616. En cuanto a la jurisprudencia, la STS de 18 de noviembre de 1991 define al medicamento deteriorado como aquel “que ha perdido su efecto terapéutico o ha adquirido algunos elementos que alteran su composición y efectos medicinales”.

⁸³⁴ De conformidad con el Real Decreto 726/1982, de 17 de marzo, por el que se regula la caducidad y devoluciones de las especialidades farmacéuticas a los laboratorios farmacéuticos, la fecha de caducidad máxima para todas las especialidades farmacéuticas es de 5 años.

constatar que un medicamento está caducado es preciso saber la fecha a partir de la cual se estima que el producto ha visto reducidas sus propiedades o ha devenido nocivo, que ha de figurar en el etiquetado del medicamento (art. 15.4 RDL 1/2015, art. 3 RD 726/1982 y art. 6.1 RD 175/2001). Pues bien, estos datos se recogen, precisamente, en la correspondiente autorización administrativa, de ahí que pueda sostenerse que el injusto del artículo 361 del Código penal, en su segundo inciso, requiere implícitamente que el objeto de la acción sea un medicamento que haya sido legalmente reconocido. Por ejemplo, la resolución de autorización específica de medicamentos de fabricación industrial contendrá expresamente las condiciones de conservación o caducidad (art. 20.4 RD 1345/2007); o, tratándose de preparados oficinales, la monografía correspondiente del Formulario Nacional establece las condiciones específicas de conservación y el plazo de validez.

En tercer lugar si, como se ha expresado, el medicamento deteriorado o caducado es un medicamento que fue inicialmente objeto de reconocimiento legal, el incumplimiento de las exigencias técnicas de composición, seguridad y eficacia ha de referirse asimismo, por razones de proporcionalidad y coherencia interna del inciso, a un mismo objeto material⁸³⁵. Por tanto, este podría ser también el sentido del texto normativo cuando alude a medicamentos “que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia”, comprensivo de fármacos reconocidos y clasificados administrativamente en algunas de las categorías recogidas en el Real Decreto Legislativo 1/2015, pero que finalmente –bien en el momento de su elaboración o bien en una fase posterior⁸³⁶–, no cumplen con todos o algunos de los requisitos de composición, estabilidad y eficacia que se exigen formalmente.

De todos modos, hay que matizar que cuando se considera que el objeto material del segundo inciso del artículo 361 del Código penal es un medicamento legítimo o legalmente reconocido, en realidad estamos ante una legalidad originaria pues, evidentemente, el medicamento deteriorado, caducado o que incumple determinadas

⁸³⁵ Ya en relación con la formulación que se contenía en el previo artículo 361 del Código penal, que con las variaciones explicadas se reproduce en el actual precepto, JERICÓ OJER destacaba que, si bien incorporaba novedades evidentes respecto de la regulación anterior, al añadir a los medicamentos deteriorados que se contemplaban en el Código penal de 1973 los caducados y los que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, el objeto del delito seguía siendo el mismo, aunque se produjese una ampliación de sus características, en JERICÓ OJER, L., “Artículo 361”, cit., págs. 114-115. En el sentido de que los medicamentos que incumplen exigencias técnicas son productos autorizados, NARVÁEZ RODRÍGUEZ indica que es preciso que el sujeto, desde el mismo momento de su elaboración, sea consciente de que el fármaco no cumple “las prescripciones para su eficacia que le han sido reconocidas y por las cuales fue autorizada su comercialización”, en “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1441. Del mismo modo, ACALE SÁNCHEZ y RUIZ RODRÍGUEZ aluden al medicamento que incumpla las exigencias técnicas legales “por las que obtuvo la autorización administrativa para su comercialización”, en “Artículo 361”, cit., pág. 792.

⁸³⁶ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1439.

exigencias técnicas, cesa de ser un fármaco de circulación legal por cuanto deja de reunir alguna de las condiciones que permitieron su autorización. Es conveniente insistir, por tanto, en que estaríamos ante un medicamento inicialmente reconocido, auténtico o genuino, al que en un momento determinado sobreviene la ilegalidad, bien porque se ponga en circulación deteriorado o caducado, bien porque, aun habiendo obtenido la autorización administrativa se fabrique finalmente sin cumplir con las exigencias técnicas exigidas, o también porque habiendo sido fabricado correctamente se incumplan tales exigencias con posterioridad.

En este punto es conveniente examinar la referencia al incumplimiento de “exigencias técnicas” con el fin de clarificar qué son y fijar a cuáles alcanza el artículo 361 del Código penal.

Con esta expresión se pone de manifiesto el carácter de norma penal en blanco de la disposición, que ha de ser integrada acudiendo a las leyes y reglamentos de ámbito extrapenal. Como es sabido, esta técnica legislativa obedece a la propia naturaleza de la materia regulada. El ámbito del medicamento es muy dinámico y está sujeto a continuos cambios debido, entre otras cosas, a los avances técnicos y científicos, lo que justifica las remisiones normativas en la formulación de los preceptos farmacológicos, a fin de adaptarlos a las circunstancias de cada momento, si bien dentro de los límites que se derivan de la exigencia constitucional impuesta por el principio de legalidad. No obstante, a veces la remisión correspondiente no contribuye especialmente a clarificar la labor del intérprete⁸³⁷.

En esta ocasión el reenvío normativo conduce, entre otras disposiciones más específicas⁸³⁸, a los artículos 10 a 13 del Real Decreto Legislativo 1/2015, que regulan precisamente los requisitos de calidad, seguridad y eficacia de obligada observancia que funcionan como presupuesto ineludible para obtener la autorización preceptiva de la AEMPS. Concretamente, la composición se refiere a la fórmula tanto cualitativa como cuantitativa del medicamento; la estabilidad comprende la inalterabilidad de sus propiedades; y la eficacia atañe a que sea apto para producir el efecto que le es propio de acuerdo con la definición que ofrece la normativa farmacéutica, o sea, que sea

⁸³⁷ En referencia a las ventajas y desventajas de este recurso a la ley penal en blanco, véanse DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 127-167; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 79-95.

⁸³⁸ Real Decreto 175/2001, relativo a la correcta elaboración y control de calidad de formulas magistrales y preparados oficinales; Real Decreto 1345/2007, por el que se regula el procedimiento de autorización, registro y condiciones de dispensación de los medicamentos de uso humano fabricados industrialmente; Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación.

idóneo para tratar, prevenir o diagnosticar enfermedades, o para restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas (art. 2 a) del RDL 1/2015).

El sujeto que desarrolle algunas de las acciones típicas en relación con un medicamento que incumpla tales exigencias técnicas no realizará, sin embargo, el tipo de injusto si de ello no se deriva el peligro para la vida o la salud de las personas que demanda el precepto. El incumplimiento de estas exigencias opera como un medio para producir el ataque típicamente antijurídico, pero se trata de un medio que aunque es necesario, no determina por sí solo la ilicitud de la conducta desde el punto de vista penal, pues el legislador reclama una específica afección del bien jurídico⁸³⁹. La simple inobservancia de tales requisitos, por tanto, no constituirá más que un ilícito administrativo, en tanto no concurra la peligrosidad que desencadene la intervención penal.

Hay que tener en cuenta, no obstante, que esta remisión tan amplia, que comprende innumerables requisitos, debe ser acotada en su alcance. Tal necesidad deriva del hecho de que, como he apuntado más arriba, algunas de las modalidades previstas en los artículos 362 y 362 bis contemplan también comportamientos que se refieren a incumplimientos de exigencias técnicas relativas a la composición (en particular, a medicamentos cuya composición genuina, dosis, caducidad o cantidad declarada o autorizada se altere o se haya alterado, lo que puede significar una inobservancia de aquellas prescripciones técnicas)⁸⁴⁰, por lo que se hace preciso delimitar el ámbito que abarca cada precepto, para facilitar la subsunción de los diversos supuestos y tratar de reducir las discordancias punitivas que puedan producirse.

Las situación anómala que puede darse si no se realiza tal acotación es la siguiente: la formulación de los tipos abarca distintas fases que van desde la fabricación del medicamento hasta la puesta a disposición del consumidor. Así, hay que recordar que, en primer lugar, el artículo 361 del Código penal sanciona conductas de fabricación, importación, suministro, intermediación, comercialización, ofrecimiento o puesta en el mercado o almacenamiento con estas finalidades; en segundo lugar, el artículo 362 castiga el comportamiento consistente en alterar, al fabricar o elaborar el medicamento o en un momento posterior, su composición genuina, la dosis, la caducidad o cantidad

⁸³⁹ Estaríamos, de acuerdo con DOVAL PAIS, ante una formulación de la remisión normativa en la que “el incumplimiento” no se utiliza como un elemento necesario desde el punto de vista valorativo, necesario para consignar el ataque antijurídico, sino como un instrumento que es imprescindible desde el punto de vista prescriptivo, esto es, esencial para limitar la intervención penal en ciertos casos, en DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., pág. 190.

⁸⁴⁰ Véase la nota 758, pág. 350.

declarada o autorizada; y, por último, el artículo 362 bis del Código penal describe acciones de importación, exportación, anuncio o publicidad, ofrecimiento, exhibición, venta, facilitación, expendición, despacho, envasado, suministro, intermediación, tráfico, distribución o puesta en el mercado de, entre otros objetos, los medicamentos alterados a los que se refiere el precepto anterior.

Pues bien, si se acepta que las alteraciones en la composición de los medicamentos a las que se alude el artículo 362.2 constituyen inobservancias de los requisitos técnicos que pueden ser incluidas también en el artículo 361 del Código penal, resulta que se ocasionan solapamientos evidentes que dan lugar a desajustes punitivos, pues la pena que se recoge en el artículo 361 es inferior a la prevista en los artículos 362 y 362 bis del Código penal. Esta situación también se presentaba con la normativa sobre medicamentos previa a la reforma, pues el artículo 361 establecía una penalidad menor que el artículo 362 y en ambos preceptos se contemplaban conductas equiparables, salvo la de fabricación⁸⁴¹.

Con todo, considero que es posible realizar una interpretación que delimite el alcance independiente de cada uno de los preceptos⁸⁴², aun cuando es inevitable el desequilibrio punitivo dentro del propio artículo 361 (al castigar con idéntica pena conductas de desigual peligrosidad, como la fabricación y la comercialización) y entre los artículos 362 y 362 bis del Código penal (pues la sanción penal es la misma, se trate de conductas de alteración al fabricar, o de venta del producto alterado)⁸⁴³.

Una de las razones que se esgrimía en la doctrina para diferenciar los injustos típicos bajo la regulación anterior que, como he señalado, presentaban el mismo problema, era que las conductas que preveía el artículo 362.1 del Código penal podían considerarse mucho más peligrosas que las que contemplaba el artículo 361, no por la distancia respecto al evento lesivo, sino por su potencial⁸⁴⁴. En ambos casos se afirmaba que se generaba un peligro de la misma clase, si bien en las situaciones tipificadas por el precedente artículo 362 se destacaba que alcanzaba una mayor intensidad. Desde esta

⁸⁴¹ Los solapamientos se producían, concretamente, entre la conducta de venta de medicamentos alterados (que se recogía en el art. 362.1.3º Cp) y la de expendición o despacho de medicamentos que incumplan las exigencias técnicas relativas a su composición (que se contemplaba en el art. 361 Cp). Para estos supuestos, algunos autores se decantaban por resolver el concurso de leyes a favor del precepto que preveía la pena mas grave (el art. 362 Cp). Así, GARCÍA MOSQUERA, M., en “Artículo 362”, cit., pág. 171; GARCÍA ALBERO, R., en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1457 (implícitamente).

⁸⁴² Sin embargo, sostienen que ahora no es posible la distinción ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362”, cit., pág. 347; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1120.

⁸⁴³ Se repite así la discordancia con el principio de proporcionalidad que se producía en el precedente artículo 362, que castigaba con igual pena la elaboración de un falso medicamento o la alteración, que la venta a terceros. Sobre ello, véase GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 172.

⁸⁴⁴ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010, pág. 1018.

perspectiva, tal razón justificaría la diferente pena que la ley asociaba a cada uno de los preceptos y comportaría consecuentemente una distinción dentro de los incumplimientos de exigencias técnicas sobre composición para agrupar, de una parte, aquellos que podían considerarse de mayor gravedad y, por tanto, merecedores de un mayor castigo; y, de otra, los que revestían menor gravedad, que habrían de quedar encuadrados en el artículo 361 del Código penal, que fijaba una sanción menos severa.

Por tanto, conforme a esta tesis, parece que esta discriminación entre las infracciones referidas vendría a limitar el alcance del precedente artículo 361 del Código penal a aquellos casos de inobservancia de exigencias que, aunque pudiesen afectar también a la composición, no tuviesen la gravedad que aparentemente conlleva la alteración como “manipulación artificial”⁸⁴⁵ y directa sobre el medicamento, alteración que habría de quedar comprendida exclusivamente en el que era el artículo 362 del Código penal (arts. 362.1.1º y 362.1.3º Cp)⁸⁴⁶.

Este razonamiento que entonces ofrecía la doctrina, entiendo que podría trasladarse a la interpretación de los tipos penales vigentes tras la reciente reforma del Código penal, puesto que se ha seguido manteniendo la diferencia punitiva entre el artículo 361, cuya pena máxima de prisión alcanza los tres años, y los artículos 362 y 362 bis (con un límite de cuatro años). Sin embargo, en mi opinión, esta distinción dentro de los incumplimientos técnicos, más que basarse en una diferente intensidad del peligro o en la peligrosidad potencial de la conducta (puede suceder que un medicamento deteriorado sea mucho más peligroso que uno cuya composición se manipule), responde a una opción del legislador, que ha considerado conveniente castigar más gravemente los supuestos en que hay intervención humana sobre el objeto material. Los motivos que puedan haber llevado a tomar esta decisión legislativa son dudosos: podría pensarse que

⁸⁴⁵ Indicaba MUÑOZ CONDE antes de la reforma de 2015 que la diferencia entre los delitos del artículo 362 del Código penal y los tipificados en el artículo 361 del mismo texto legal consistía en que las conductas descritas en el primero “se dan en el ámbito de la elaboración o fabricación del medicamento, es decir, se actúa sobre el medicamento artificialmente, alterándolo o bien simulando como medicamento una sustancia que no lo es”, en *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., pág. 602.

⁸⁴⁶ Apuntaba en esta dirección QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., cit., pág. 1017. En referencia al artículo 361 del Código penal y, concretamente, al incumplimiento de las normas de control, este autor señalaba que “los procesos de elaboración farmacéutica, formalmente muy estrictos, no pueden sufrir alteraciones una vez aprobados; alterar el sistema de producción en cuanto a la calidad del producto, sin llegar a alterarlo, es el objeto de protección aquí. Si se produjera una alteración esencial, se daría el delito del art. 362.1º”. También en la misma línea, DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 266, al clasificar las modalidades típicas recogidas en el artículo 362 en tres grupos, el primero (*alteración*; núm. 1) comprensivo de comportamientos que requieren “practicar una intervención sobre el objeto material genuino”. En sentido diverso NARVÁEZ RODRÍGUEZ interpretaba que “mientras que la conducta del artículo 361 alude al medicamento en sí mismo considerado, en la del artículo 362 la alteración opera sobre aquella composición que aparezca declarada en el prospecto que acompaña al producto”. Y concluía afirmando que “la alteración no se verifica sobre el medicamento, sino sobre el prospecto o información escrita que lo acompaña y que va dirigido al consumidor”, en “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1448.

tales actuaciones implican una mayor energía criminal, o bien que se ha partido de la presunción de que comportan un mayor riesgo para la salud, lo que no siempre ha de ser así, pues caben excepciones. Ahora bien, si atendemos a la formulación de los tipos considerados, parece claro que observando conjuntamente los casos que se recogen en el segundo inciso del artículo 361 las conductas recaen siempre sobre productos sobre los que no ha habido una manipulación previa efectiva. Así, conforme he explicado, los medicamentos deteriorados o caducados que se mencionan son aquellos que originariamente estaban en buenas condiciones y que han degenerado, perdiendo sus propiedades bien por el paso del tiempo (medicamentos caducados), bien porque no se hayan conservado adecuadamente (medicamentos deteriorados⁸⁴⁷).

Siendo así, parece que, tanto la inexistencia de “manipulación artificial” sobre los medicamentos como la menor penalidad, pueden avalar la teoría de que los incumplimientos de exigencias técnicas sobre composición que queden comprendidos en el actual artículo 361 sean todos aquellos que, por exclusión, no supongan la “alteración de la composición genuina” a la que se refiere el artículo 362, que sí comporta una “manipulación artificial”. De este modo, opino que entrarían entonces bajo el ámbito del artículo 361, por ejemplo, y siempre que concurren los demás elementos del tipo, aquellos supuestos en que la nocividad del medicamento derive de que el titular de la autorización o el fabricante no hayan realizado los controles exigidos para garantizar la calidad de las materias primas, de los productos intermedios, del proceso de fabricación y del producto final, incluyendo envasado y conservación, mientras dure la producción y/o comercialización del medicamento autorizado (art. 11.2 RDL 1/2015); o aquellos otros en que el laboratorio no cumpla con la obligación de llevar un control analítico de calidad, que deberá garantizar que todos los ejemplares de un medicamento son idénticos en su composición y reúnen los requisitos exigidos por las disposiciones legales (art. 33.2.b) RD 824/2010⁸⁴⁸); o situaciones en que no se hubiesen adoptado las medidas técnicas u organizativas oportunas para evitar

⁸⁴⁷ En relación con los medicamentos deteriorados, algunos autores han apuntado la posibilidad de solapamiento con los supuestos que afectan a medicamentos que incumplan las exigencias técnicas. Para GARCÍA ALBERO la expresión “medicamento deteriorado” posee un significado específico, al implicar conceptualmente un medicamento que ha tenido originariamente las características legales y reglamentariamente exigidas de calidad, pureza, estabilidad y eficacia. Por el contrario, señala que “el referido incumplimiento de las exigencias técnicas puede verificarse tanto en la fabricación “ab origine” del medicamento, cuanto en fases posteriores, como la comercialización”, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1439. Considera sin embargo que el incumplimiento de las exigencias técnicas “parece referirse solo al momento inicial, es decir, al instante en que el producto farmacéutico haya sido elaborado”, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1444.

⁸⁴⁸ Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación..

contaminaciones cruzadas y mezclas de productos (art. 31 RD 824/2010); o, también, otras en las que no se haya cumplido con las especificaciones definidas en las monografías que integran la Real Farmacopea, que constituyen exigencias mínimas de obligado cumplimiento (art. 11.4 RDL 1/2015).

Con todo, aclarada la clase de objeto material que, a mi juicio, contempla el segundo inciso del artículo 361 del Código penal, hay que poner de relieve que la modificación de este precepto operada por la Ley Orgánica 1/2015 ha traído consigo una disfunción importante que inicialmente parece difícil de explicar. Me refiero a que en él se han incluido ahora los medicamentos que carezcan de autorización, que podrían englobar en principio infinidad de productos que no son medicamentos legalmente reconocidos. De este modo, resulta que, salvo que se proponga una interpretación restrictiva, como haré más adelante, *a priori* el objeto de la acción en cada inciso podría ser muy diferente y, si es así, no se entiende ni la equiparación penológica dentro del propio precepto, ni cuáles son las razones que han llevado a diferenciar en severidad punitiva los casos en que se fabrica o se comercializa un compuesto que no ha sido autorizado como medicamento y aquellos otros en que, por ejemplo, se produce o se vende un medicamento falsificado (arts. 362 y 362 bis Cp), que, por cierto, también podría ser considerado un medicamento no autorizado. Como veremos, esta fórmula, si no se acota convenientemente, conduce a una distorsión del esquema que presentaba la regulación penal anterior que, con algo más de coherencia, agrupaba en el artículo 361 comportamientos que se consideraban menos graves y llevaban aparejada menor pena porque versaban, en opinión de un sector de la doctrina⁸⁴⁹, sobre medicamentos genuinos, legalmente reconocidos; y, en el artículo 362, otros en los que apreciaba un *plus* de riesgo que merecía un trato penológico más severo y que recaían, bien sobre productos ajenos a todo control por las autoridades sanitarias, elaborados y comercializados al margen del curso legal establecido (medicamentos imitados o simulados); bien sobre medicamentos legalmente reconocidos sobre los que se realizaba una manipulación artificial que implicaba intervención humana. Aun así, al examinar el alcance del “medicamento sin autorización”, trataré de delimitar el que considero que debería ser su contenido en términos razonables.

⁸⁴⁹ Así, en relación con la anterior redacción del artículo 361 (que se limitaba a los medicamentos deteriorados, caducados o que incumplieran exigencias técnicas, además de a supuestos de sustitución de un medicamento por otro), un sector doctrinal se manifestaba abiertamente en el sentido de que lo que se contemplaban eran medicamentos genuinos. Sobre ello, véanse MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., págs. 331-332; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, cit., págs. 1441 y 1446. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, pueden consultarse las sentencias comentadas *supra* págs. 381 y ss.

b) El medicamento en el artículo 362.2

El apartado segundo del artículo 362 tipifica conductas de alteración, al fabricarlos o elaborarlos o en un momento posterior, de la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado, de los medicamentos “mencionados en el apartado anterior”, entre otros objetos, de modo que se reduzca su seguridad, eficacia o calidad y se genere un riesgo para la vida o la salud de las personas. Más arriba he indicado que la referencia a los medicamentos “mencionados en el apartado anterior” pone de manifiesto una deficiente calidad técnica, pues la lectura del número precedente podría conducir a la incongruencia de entender que se están describiendo comportamientos de alteración de los medicamentos falsificados a que se refiere aquel, lo que carece de todo sentido. Así pues, es preciso partir de una corrección necesaria para la interpretación y señalar que el mentado medicamento incluye los de uso humano y veterinario, así como los medicamentos en investigación, como contempla el apartado 1.a), que de acuerdo con el precepto pueden ser, alternativamente, presentados engañosamente (art. 362.1 Cp) o alterados (art. 362.2 Cp).

Realizada la aclaración anterior, se observa que, al igual que sucede en el inciso del artículo 361 que acabo de analizar, el enunciado normativo incluye una serie de exigencias típicas que permiten, a mi juicio, identificar al medicamento sobre el que recae la acción con la acepción limitativa que lo restringe al medicamento legalmente reconocido como legítimo *ab initio* por la Administración sanitaria. Me refiero, concretamente, a la doble exigencia de que la alteración opere sobre la “cantidad”, la “dosis”, “la caducidad” o la “composición genuina” del medicamento, según lo “autorizado” o “declarado”; y de que tal alteración suponga una “reducción de su seguridad, eficacia o calidad”. A continuación paso a comentarlas.

b.1) Aspectos objeto de la alteración

La ley especifica diversos aspectos del medicamento que han de ser alterados y han de determinar una reducción de su seguridad, eficacia o calidad, de modo que se genere un peligro para la vida o la salud de las personas. En particular, alude a la “cantidad”, la “dosis”, la “caducidad” o la “composición genuina”, según lo “autorizado” o “declarado”, repitiendo el esquema que se recogía en el anterior artículo 362.1.1º del

Código penal, salvo la mención a la “caducidad”. Es importante señalar que la interpretación de los términos que se refieren a las características del medicamento objeto de modificación demanda necesariamente que los mismos se conecten a la expresión “según lo autorizado o declarado”. De hecho, esta última cumple una función primordial en la delimitación del objeto material, pues constituye un límite que otorga congruencia a la figura penal.

Sentado lo anterior, en un primer momento analizaré el alcance de la expresión indicada, exponiendo mi opinión al respecto; en un segundo momento, expresaré unas consideraciones personales sobre la exigencia de “genuidad” vinculada a la composición; y, finalmente, trataré de dotar de contenido al objeto material de este segundo apartado del artículo 362 del Código penal teniendo en cuenta las características específicas que recoge.

En primer lugar, la norma requiere que la alteración opere sobre determinados aspectos del medicamento que han sido autorizados o declarados. ¿Se contemplan aquí realidades de diversa significación?, ¿podría partirse de que materialmente una composición autorizada y una composición declarada son cosas distintas? A mi juicio, de nuevo por razones de coherencia interna, ha de entenderse que “autorizado” y “declarado” son términos sinónimos en cuanto a su contenido; esto es, que a efectos de sancionar penalmente, la composición, la dosis, la caducidad o la cantidad autorizadas y las declaradas han de coincidir sustancialmente, en el sentido de que se trate de un medicamento que responde inicialmente a unas garantías de calidad, de seguridad y de eficacia especificadas normativamente. Interpretar estos términos como equivalentes tiene sentido pues, por ejemplo, no parece razonable tomar como genuina una composición declarada arbitrariamente, sin control, ya que ello implicaría castigar alteraciones de algo que se desconoce que sea un medicamento, pues no ha sido certificado como tal. Por tanto, cuando la ley se refiere a lo “autorizado” cabe entender, de un lado, que alude a la autorización individualizada del medicamento mediante el acto administrativo correspondiente, que es la que acredita que el producto ha pasado por los controles establecidos, que cumple las condiciones que lo avalan como medicamento y que habilitan su circulación en el mercado; y, de otro lado, para aquellos que no precisan de una autorización formal, que se comprende a la autorización genérica mencionada más arriba⁸⁵⁰, que establece requisitos legales de

⁸⁵⁰ Véanse *supra* págs. 333 y ss.

composición⁸⁵¹ y atribuye a determinados profesionales la obligación de comprobar la adecuación de los preparados⁸⁵². Y también, cuando menciona la composición genuina, la caducidad, la dosis o la cantidad “declarada”, sobre la base de la equivalencia indicada parece que ha de admitirse que se remite, bien a la información que acompaña al producto y que fue autorizada formalmente (lo que resulta redundante)⁸⁵³, bien a la que, en el marco de la autorización genérica, haya sido señalada por el responsable que garantiza su idoneidad por disposición legal⁸⁵⁴. De este modo, se aprecia que la expresión “según lo autorizado o declarado” confirma que el objeto de la alteración será siempre un medicamento legalmente reconocido, genuino⁸⁵⁵, que finalmente se fabrica o

⁸⁵¹ Por ejemplo, en relación con los preparados oficinales, que como ya he señalado han de estar enumerados y descritos en el Formulario Nacional y cumplir las normas de la Real Farmacopea Española (art. 43 RDL 1/2015).

⁸⁵² Así, para las fórmulas magistrales y preparados oficinales (y también para los medicamentos tradicionales a base de plantas no elaborados industrialmente, el artículo 1.1 del RD 175/2001 establece que “de acuerdo con la legislación vigente, el farmacéutico tiene responsabilidad sobre las preparaciones que se realicen en su oficina de farmacia o en los servicios farmacéuticos a su cargo. La elaboración de cualquier preparado sólo puede realizarla un farmacéutico o, bajo su control directo, otra persona cualificada, con la formación necesaria. Las operaciones de control (identificación, valoración, etcétera) que exigen una formación técnica particular sólo puede efectuarlas el farmacéutico o, bajo su responsabilidad, personal que posea dicha formación”.

⁸⁵³ Al respecto, coincido con GARCÍA ALBERO y GARCÍA MOSQUERA en que la conducta de alterar lo “declarado” cuando se trata de medicamentos sujetos a autorización de la AEMPS es reiterativa, pues si se estuviese pensando en la elaboración de un producto que se aparta o difiere de la información previamente aportada en el expediente del que derivó su autorización, resultaría esta expresión redundante respecto de la alteración “según lo autorizado”. Y, también, si se entiende que se trata de alterar la composición expresada en el prospecto o en el etiquetado, pues el Real Decreto Legislativo 1/2015 señala en su artículo 15.1 que “los textos y demás características de la ficha técnica, el prospecto y el etiquetado forman parte de la autorización de los medicamentos y han de ser previamente autorizados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios”, en GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1454-1455 y GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 162. Declara que la alteración típica se concreta en una discrepancia con lo autorizado o declarado, ya sea en el prospecto o información que acompaña al producto o la sustancia, ya sea en lo declarado ante la Administración sanitaria para obtener la correspondiente autorización, FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1120. En el mismo sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, señala que alterar la composición autorizada supone violar los términos de la autorización sanitaria que rige la elaboración del medicamento, mientras que alterar la composición declarada supone la discrepancia respecto de lo que indica el prospecto o respecto a lo que se declaró para obtener la autorización, en “Artículo 362”, cit., pág. 347. Con carácter general afirma que la conducta consiste en proporcionar al medicamento o al producto sanitario –o a sus componentes– una dosis, caducidad, cantidad o composición discrepante con lo autorizado o con lo declarado ante la Administración sanitaria, GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362”, cit., pág. 587.

⁸⁵⁴ Concretamente, considera que la alteración del medicamento “según lo declarado” ha de referirse específicamente a las fórmulas magistrales (especialmente las no tipificadas en el Formulario Nacional) y a los preparados oficinales porque “la identificación de los componentes y proporciones, efectuada en cada caso por el farmacéutico que elabora el producto, se erige en garantía de su composición”, GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., págs. 161-162. En igual sentido, MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 554. Por su parte, GARCÍA ALBERO reserva la conducta de alteración de la composición genuina respecto a lo “declarado” para las fórmulas magistrales en las que se altere la composición declarada, siempre y cuando su contenido corresponda a otra formulación magistral de sustancias o medicamentos autorizados en España, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1454-1455. No comparto la opinión que sostienen GARCÍA ARÁN y MENDOZA CALDERÓN respecto a que cabría considerar incluidos dentro del ámbito típico a los medicamentos que se hallen en fase de autorización, entendiéndolo que en relación con ellos la alteración se produciría “según lo declarado” en la solicitud cursada para obtener la autorización administrativa correspondiente, en GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1530 y MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 554-555, respectivamente. A mi juicio, en estos casos estaríamos ante un producto de otra clase (un medicamento que carece de autorización o un medicamento falsificado, en su caso), pues parece que no puede asumirse que la simple declaración de composición, dosis o cantidad que se presenta en el expediente implique un reconocimiento legal efectivo.

⁸⁵⁵ De la opinión de que la conducta de alteración recae sobre un objeto material “genuino”, DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 266; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1067. Asimismo, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra

elabora sin respetar los términos de la autorización (individual o genérica), que se modifica una vez ha sido fabricado o elaborado con arreglo a tales términos⁸⁵⁶, o cuyo prospecto o etiquetado (también avalado por la Administración sanitaria) se manipulando dando lugar a una posología ineficaz o a un consumo fuera del plazo de validez que resultan peligrosos para la salud. No obstante, es preciso insistir en que tal carácter legal se pierde una vez que ha sido manipulado, pues a partir de ese momento deja de ser un medicamento legalmente reconocido, pasando a ser un producto que ha dejado de reunir las cualidades que permitieron a las autoridades sanitarias atribuirle tal condición⁸⁵⁷.

En segundo lugar, procede explicar por qué la referencia a la “cantidad”, la “dosis”, la “caducidad” o la “composición genuina” apunta asimismo a que el objeto de la alteración sea un medicamento que cuente con un reconocimiento legal y, por tanto, refuerza la tesis de que en este apartado se maneja un concepto restrictivo de medicamento. Es cierto que la ley solo se refiere al carácter genuino de la composición, carácter que necesariamente entiendo que ha de predicarse de un medicamento legítimo o auténtico, que responda a los requisitos de composición autorizados o declarados en el sentido señalado. Ya he indicado que parece ilógico pensar que un producto no controlado en su composición pueda calificarse de genuino y, mucho menos, asumir que el legislador pretende sancionar a través de este inciso alteraciones peligrosas de preparados cuya correcta composición no haya sido legitimada sanitariamente. Siendo así, en justa correspondencia, una interpretación consecuente debe conducir a que la dosis y la cantidad también sea genuina, o sea, que en cualquier caso la dosis o la cantidad que se altere haya sido también la autorizada o declarada conforme a la autorización correspondiente. Y, si se acepta, como propone un sector de la doctrina, que la alteración de la cantidad o la dosis se refiere a manipulaciones de la información relativa al medicamento, habrá que entender que se trata de modificar un etiquetado o un prospecto autorizado o declarado de acuerdo a la autorización (individual o genérica) del medicamento⁸⁵⁸. Asimismo, la “genuidad” debe conectarse necesariamente con la

la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 618. Para esta autora, “se trata de productos que inicialmente han sido autorizados por la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, por lo que oficialmente su composición y su uso están controlados para su eficacia en las indicaciones terapéuticas para las que se ofrece”.

⁸⁵⁶ SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, cit., pág. 371.

⁸⁵⁷ Precisamente sirve de apoyo a esta interpretación la ya citada STS 1207/2004, de 11 de octubre que, sobre la base de que el producto había sido autorizado inicialmente como medicamento por la Administración sanitaria, consideró que la conducta de fabricación añadiendo sustancias farmacológicas peligrosas que se habían ocultado a las autoridades podría haber sido castigada como una alteración de las dosis o la composición de las sustancias medicinales, privándolas total o parcialmente de su “eficacia curativa”.

⁸⁵⁸ Admite la posibilidad de incluir otras conductas que también pueden incidir directamente en la administración y posología de los medicamentos, GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 163-164.

caducidad, que debe figurar en el documento de autorización, cuando se trata de medicamentos de fabricación industrial y en la documentación que el farmacéutico debe elaborar y firmar como parte fundamental del sistema de garantía de calidad⁸⁵⁹, en el caso de los preparados oficinales o fórmulas magistrales. Dado que el etiquetado debe incorporar la fecha de caducidad, la alteración se referirá a los cambios del mismo que afecten a la fecha máxima de validez autorizada o declarada desde instancias sanitarias.

En tercer y último lugar, de acuerdo con las reflexiones expuestas, se puede concretar ya en qué consistirán la “cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, según lo autorizado o declarado” que, recordemos, son aspectos del objeto material “medicamento”.

En el caso de medicamentos fabricados con arreglo a un proceso industrial, puesto que es requisito ineludible que se obtenga la correspondiente autorización administrativa, la composición genuina, que se refiere tanto a la composición cuantitativa como cualitativa⁸⁶⁰ (incluyendo cualquier componente del medicamento, como principios activos, excipientes o materias primas empleadas en su preparación), será la que ha sido objeto de autorización⁸⁶¹. La alteración implicará que se sustraiga del medicamento alguno de sus ingredientes, que se incorpore alguna sustancia no autorizada o declarada, o que se modifiquen las proporciones del compuesto⁸⁶². De este modo, atendiendo al *iter* de la conducta que se castiga, y siempre que concurren los restantes elementos del delito, será típico tanto el comportamiento de quien modifique en la fabricación la composición del medicamento que fue autorizada por resolución de la AEMPS, como el del que, una vez fabricado, altere la que figura declarada por el fabricante en el prospecto o etiquetado que, por las razones expuestas, ha de coincidir con la autorizada.

Tratándose de medicamentos no industriales como las fórmulas magistrales tipificadas y preparados oficinales, que no requieren un acto administrativo que autorice expresamente la composición del producto caso por caso, parece que el carácter genuino

⁸⁵⁹ De acuerdo con lo prescrito en materia de documentación relativa a los medicamentos preparados en las oficinas de farmacia o en los servicios farmacéuticos por el Capítulo III del Real Decreto 175/2001.

⁸⁶⁰ El artículo 11 del Real Decreto Legislativo 1/2015 señala entre las garantías de calidad, que todo medicamento deberá tener perfectamente establecida su composición cualitativa y cuantitativa.

⁸⁶¹ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, pág. 37; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1454; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1530; GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 162; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 557; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho Penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1449; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 618.

⁸⁶² GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, cit., pág. 162.

de la composición vendrá dado por lo que establece el Formulario Nacional, que contiene las fórmulas magistrales tipificadas y los preparados oficinales reconocidos como medicamentos, sus categorías, indicaciones y materias primas que intervienen en su composición o preparación, así como las normas de correcta preparación y control de aquéllos⁸⁶³. Si son fórmulas magistrales no tipificadas, la composición genuina vendrá determinada por el hecho de que se preparen con sustancias de acción e indicación reconocidas legalmente en España y por la comprobación por el responsable de la idoneidad de la preparación desde el punto de vista farmacéutico (art. 5.1 RD 175/2001). También si se trata de otros medicamentos de fabricación no industrial, no sometidos a autorización individualizada, cabe hablar de una composición genuina. Por ejemplo, los medicamentos tradicionales a base de plantas han de ser también elaborados según el régimen previsto para las fórmulas magistrales y preparados oficinales. En todos estos supuestos ya he explicado que la inexistencia de una autorización específica no obsta a considerar que hay una autorización genérica de la composición, a través de exigencias legales que someten el producto a un férreo control, en aplicación del principio de intervención pública en materia de salud pública (art. 43.2 CE). Por tanto, en mi opinión, cuando se trate de este tipo de medicamentos, cabe entender que la alteración punible de la composición genuina abarca tanto la autorizada, cuando se modifican los ingredientes permitidos por la normativa en el momento de la elaboración del preparado, como la declarada, cuando la alteración se produce respecto a la composición declarada por el farmacéutico que se erige en garante de la misma dentro del marco de la autorización legal de carácter genérico.

Por lo que respecta a la dosis, inicialmente podría considerarse una reiteración legislativa, pues la Directiva 2001/83 la define como “el contenido de sustancia activa, expresado en cantidad por unidad de toma, por unidad de volumen o de peso en función de la presentación”, lo que quedaría abarcado por la composición cuantitativa. Lo mismo ocurre con la cantidad, pues si se entiende que se refiere a la proporción de los componentes del medicamento, de nuevo resulta que es un concepto que queda englobado en la composición cuantitativa. De ahí la interpretación doctrinal ya apuntada⁸⁶⁴, conforme a la cual alterar la dosis o la cantidad del medicamento supondrá

⁸⁶³ Así lo afirma, en relación con las fórmulas magistrales, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 37. En referencia a la composición genuina, tanto de las fórmulas magistrales como de los preparados oficinales, véanse GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1454; NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho Penal: el delito farmacológico”, cit., pág. 1449.

⁸⁶⁴ Véase *supra* nota 760, pág. 351.

una modificación de la información sobre posología y administración que acompaña al medicamento en el envase, etiquetado o prospecto, información que puede considerarse declarada formalmente, pero que no deja de ser aquella que se autorizó por la AEMPS o a través de la autorización genérica mencionada. Quedarían abarcadas, por tanto, aquellas hipótesis en que la peligrosidad del medicamento para la salud pública derive, no de la cantidad o de la proporción en que se encuentre el ingrediente, sino del hecho de que la información que acompaña al medicamento no se corresponda con la autorizada o declarada en el sentido señalado (por ejemplo, si se indica una dosis recomendada distinta o si se modifican las instrucciones para una administración sin riesgos y segura). Esta manipulación podrá tener lugar, bien en el proceso de fabricación o elaboración, o bien en fases posteriores. Como he manifestado al exponer las consideraciones generales sobre la nueva configuración de los delitos relativos a medicamentos, si se analiza con detalle esta modalidad se observa que contempla supuestos que se solapan con lo previsto en el apartado primero del mismo artículo. Y es que, precisamente, la interpretación propuesta de la conducta consistente en alterar la dosis o la cantidad, si se realiza al fabricar el medicamento, viene a encajar en la acción que se tipifica en el número primero consistente en elaborar o producir un medicamento de modo que se presente engañosamente el etiquetado, la composición de cualquiera de sus componentes o la dosificación de los mismos.

Para finalizar, hay que reiterar lo expresado más arriba: que la caducidad se refiere al momento en que el medicamento pierde sus cualidades originarias por el transcurso del tiempo. La fecha de caducidad, que se refleja en la etiqueta objeto de alteración, marca así el final del plazo de validez autorizado o declarado durante el cual mantiene intactas sus propiedades. Al igual que sucede con el resto de los caracteres sobre los que ha de recaer la conducta, la modificación de la caducidad supone una discrepancia con lo autorizado o declarado que puede tener lugar en cualquier momento previo a la distribución⁸⁶⁵, incluido el de la fabricación (por ejemplo, si se produce el medicamento y se refleja en el etiquetado una fecha de caducidad más allá de la que correspondería). Y, en línea con la técnica redundante y farragosa que es una constante en estas figuras, la referencia a la caducidad vuelve a provocar el inevitable solapamiento con el apartado primero de este artículo 362, pues la falsificación que aquel prevé puede recaer, por expresa indicación legal, sobre la fecha de caducidad.

⁸⁶⁵ FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., págs. 1120-1121.

b.2) La reducción de la seguridad, la eficacia o la calidad

A diferencia de lo que prescribía el artículo 362.1.1º con anterioridad a la reforma, que exigía que la alteración del medicamento afectase a su “eficacia terapéutica”, privándole de ella en todo en parte, la nueva redacción del precepto amplía el requisito, demandando que la alteración reduzca, no solo la eficacia (aunque ya no se recoge el adjetivo “terapéutica”), sino también la seguridad o la calidad. A mi juicio, todos estos aspectos vienen también a reforzar que el objeto material es el medicamento en sentido restrictivo, esto es, un medicamento genuino en origen.

En primer lugar, la eficacia concierne a los efectos terapéuticos del medicamento, a aquellas consecuencias que se derivan de su uso que son idóneas para tratar enfermedades. A ella se refiere expresamente el Real Decreto Legislativo 1/2015 en su artículo 13, exigiendo que la eficacia de los medicamentos para cada una de las indicaciones para las que se ofrezca, se establezca tras la realización de estudios y ensayos que permitan conocer el comportamiento del fármaco en el organismo y evaluarlo. Asimismo, es preceptivo que el efecto terapéutico se cuantifique para las distintas dosis y en todas las indicaciones solicitadas. Por tanto, se podrá afirmar que el medicamento alterado es total o parcialmente ineficaz cuando haya perdido la capacidad de producir los efectos curativos a él vinculados. Ahora bien, para que se produzca la intervención penal no bastará con que el medicamento devenga ineficaz, sino que será preciso que se cumplimente la exigencia legal de que se genere un peligro para la vida o la salud de las personas.

Aunque no voy a entrar a tratar los problemas que plantea esta referencia a la “eficacia”⁸⁶⁶, sí me parece necesario detenerme brevemente a explicar el valor que tiene para concluir que el término “medicamento” en este apartado se identifica con el legalmente reconocido.

A mi juicio, el legislador requiere que la alteración del medicamento suponga una minoración de su eficacia precisamente porque parte de que el medicamento *autorizado* o *declarado* objeto de la conducta típica es un producto con eficacia curativa comprobada. No se parte de un producto con una eficacia presunta pues, si así fuera, sería inviable la prueba de la reducción de la eficacia al no poder realizarse la comparación objetiva entre las propiedades previas del compuesto y las posteriores a la

⁸⁶⁶ Por ejemplo, se discute en la doctrina si, a efectos probatorios, basta con comparar en abstracto la eficacia previa a la alteración del medicamento y la posterior, o si es preciso establecer la comparación atendiendo al caso concreto de su aplicación.

alteración de su composición, dosis, caducidad o cantidad⁸⁶⁷. Así pues, ha de entenderse que el objeto de la acción típica no puede ser otro que el medicamento reconocido legalmente, aquél cuya eficacia inicial ha sido constatada a través de la evaluación y el control administrativo sanitario (bien a través de la AEMPS o del farmacéutico que elabora el preparado).

En segundo lugar, la seguridad alude a la garantía relativa a la ausencia de toxicidad del medicamento en condiciones normales de uso y en función de la duración del tratamiento, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 12 del Real Decreto Legislativo 1/2015. Se trata, en consecuencia, de que la alteración del medicamento afecte a tal extremo, aumentando su toxicidad más allá del riesgo permitido. Pues bien, también en relación con este requerimiento puede aplicarse la reflexión anterior, y admitir que la reducción de la seguridad versa sobre un producto que inicialmente presenta unos niveles de toxicidad permitidos y avalados por las autoridades sanitarias. Estamos, por tanto, ante un medicamento cuya seguridad está garantizada, en el sentido de que no debería producir en condiciones normales de utilización efectos tóxicos o indeseables desproporcionados al beneficio que procura, que se convierte en peligroso a consecuencia de la alteración punible.

En tercer y último lugar, la calidad se configura como la garantía relativa a la composición cuantitativa y cualitativa del medicamento (incluyendo materias primas y productos intermedios), así como al proceso de producción y comercialización del mismo (art. 11 RDL 1/2015). Del mismo modo que sucede con las garantías de seguridad y eficacia, la minoración exigida como condición para apreciar el delito, siempre que concurra el peligro típico, habrá de verificarse a partir del nivel de calidad que habría de presentar el medicamento de acuerdo con las condiciones de la autorización y con las normas de correcta elaboración y control de calidad previstas para las fórmulas magistrales y preparados oficinales, en su caso.

En definitiva, con las consideraciones expuestas sobre la formulación legal del artículo 362.2 del Código penal estimo que se puede concluir que su objeto material no es otro que el medicamento que cuenta con el reconocimiento legal que implica control sanitario de su calidad, seguridad y eficacia.

⁸⁶⁷ Ponen de relieve que en no pocas ocasiones será difícil precisar hasta dónde ha perdido el medicamento seguridad, eficacia o calidad que pueda poner en peligro la vida o la salud, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 573.

B) Concepto amplio: medicamentos en sentido impropio

Así como las exigencias típicas que han sido analizadas en los apartados anteriores sirven al efecto de delimitar como objeto de la acción al medicamento genuino, la descripción que acompaña al término “medicamento” en otras modalidades entiendo que desvía la interpretación hacia otra clase de productos que no son verdaderos medicamentos subsumibles en la acepción restrictiva que los identifica con los medicamentos legalmente reconocidos. Concretamente, esta situación se presenta en el inciso primero del artículo 361 del Código penal, que alude a “medicamentos que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley”; y en el apartado primero del artículo 362, que se refiere a medicamentos “que se presenten engañosamente” en relación con una exhaustiva serie de datos y características.

Con carácter previo, es preciso destacar que, en ambas figuras, el compuesto que resulta de la fabricación (o que se importa, exporta, comercializa, etc., en el caso del art. 361, primer inciso) no es un medicamento genuino, controlado por la Administración, sino un preparado que se sitúa al margen de la legalidad y cuya calidad, seguridad y eficacia no está garantizada. Así pues, en todo caso, el medicamento no autorizado que se fabrica o se vende, o el producto que se elabora y se presenta engañosamente como un fármaco no es un verdadero medicamento.

Aclarado lo anterior, y por lo que respecta al alcance del término “medicamento”, a la vista de que las remisiones que se realizan en los dos ilícitos lo son a lo que dispone la normativa sanitaria extrapenal, parece conveniente acudir a ella para determinar qué concepto se maneja en cada ocasión. De este modo, se observa que, en principio, parece que ambos acogen la definición material amplia que se contiene en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015. Así, con carácter general, el vocablo es susceptible de sustituirse por la noción de medicamento “por función” y/o “por presentación” lo que, a mi juicio, constituye un empleo impropio de la etiqueta “medicamento” que provoca confusión a la hora de concretar el objeto material. Adicionalmente, sin embargo, la utilización de la expresión “medicamento” en el artículo 362.1 del Código penal presenta en mi opinión un contenido más amplio que en el primer inciso del artículo 361, pues puede identificarse también con los medicamentos legalmente reconocidos, que en este caso se toman como referentes para fabricar preparados falseando alguno de los aspectos previstos en la ley que permiten identificar y monitorizar la trazabilidad de aquellos. Aun con todo, como señalaba, la elaboración resultante, por su presentación

engañoso, no puede reputarse medicamento, al no cumplir con los requisitos formales que le confieren tal estatus jurídico.

Este panorama refleja, como ya he señalado, que la ley hace un doble uso del término⁸⁶⁸ y que, por consiguiente, las alusiones a los fármacos en los diversos tipos penales no se corresponden con un concepto unívoco, como sería deseable.

a) El medicamento en el artículo 361, primer inciso

El primer inciso del artículo 361 del Código penal describe, como hemos visto, un conjunto de conductas que van desde la fabricación hasta la puesta a disposición de los consumidores, y que se desarrollan, en lo que nos interesa, en torno a “medicamentos que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley”. Es una obviedad que en esta ocasión la utilización de la expresión “medicamento” no coincide con la acepción restrictiva y que, por lo tanto, el objeto material no es un medicamento legalmente reconocido. Justamente, el tipo requiere que el producto no haya obtenido la preceptiva autorización sanitaria que se establece en la legislación farmacéutica para que el medicamento pueda circular en el mercado, lo que significa que se trata de preparados que no han sido controlados ni evaluados por las autoridades competentes y de los que no se puede predicar que cumplan con las garantías de calidad, seguridad, eficacia, identificación e información que son exigibles de acuerdo con la normativa en la materia (arts. 9 y ss. RDL 1/2015)

Ahora bien, la cuestión espinosa es la de perfilar hasta dónde alcanza en este caso el precepto, lo que depende básicamente del contenido que se otorgue al vocablo “medicamento” en la formulación legal⁸⁶⁹. En una primera aproximación, parece que, dado que la ley no distingue, se ha tomado la noción material amplia que define al medicamento, incluyendo cualquiera de los dos criterios que la caracterizan, tanto el de la “función”, como el de la “presentación”, o una combinación de ambos. De modo que, en principio, podrían quedar abarcadas, en tanto falte la autorización administrativa y se genere el peligro requerido para la vida o la salud, toda sustancia o combinación de

⁸⁶⁸ Ya en relación con la regulación previa a la reforma de 2015 subrayaban este doble uso del término DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLO, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 262.

⁸⁶⁹ Por lo que se refiere al alcance del inciso, hay que señalar que el uso del término “autorización” puede resultar ambiguo. Evidentemente, alude a la autorización administrativa exigida expresamente para los medicamentos de fabricación industrial, pero no queda claro si se extiende a la autorización genérica que requieren los medicamentos que no se someten a un proceso industrial, como las fórmulas magistrales o los preparados oficinales, que deriva de las prescripciones legales que sujetan a un control estricto el producto para garantizar igualmente su calidad, seguridad y eficacia.

sustancias que se presente como poseedora de propiedades para la prevención o el tratamiento de enfermedades; y/o que pueda usarse o administrarse con el fin de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico. Esto significa admitir como punto de partida a una variada gama de productos ilegales, desde compuestos inocuos a los que se atribuyan propiedades terapéuticas, hasta cualquier otro que por su composición pueda afectar de un modo significativo a las funciones fisiológicas, aun cuando los consumidores no lo perciban propiamente como un medicamento.

Sin embargo, si ello es así, se plantean algunos problemas que afectan, no solo al encaje sistemático del ilícito dentro de los delitos relativos a medicamentos, sino también a sus relaciones con las restantes figuras del capítulo que conforman la intervención penal en materia de salud pública, como iré comentando. Por ello, a continuación voy a ocuparme de analizar algunos de los posibles objetos que tendrían cabida entre los medicamentos no autorizados de acuerdo con tan vasta acepción y a tratar de perfilar sus contornos dentro de límites razonables que respondan a una interpretación integradora y a la vez respetuosa con el principio de legalidad.

En primer lugar, es indudable que con esta acotación inicial se suscitan convergencias normativas con el apartado primero del artículo 362 del Código penal (medicamentos falsificados) cuando la conducta consista en fabricar. El inciso primero del artículo 361 del texto legal responde a la previsión contenida en el artículo 8 del Convenio *Medicrime*, bajo la rúbrica “delitos similares que supongan una amenaza para la salud pública”. En el Informe explicativo del Convenio se relata que con este artículo se pretende dar cobertura a ofensas que se consideran similares a la falsificación de medicamentos en el sentido de que constituyen también una seria amenaza para la salud pública, pero se insiste en una diferencia básica con las conductas de falsificación, pues en estos casos se destaca que se trata de productos que no entran en la categoría de medicamentos falsificados (apdo. 57).

Esta afirmación, sin embargo, considero que no se desprende con claridad de la nueva regulación de los delitos farmacológicos, aunque en mi opinión tiene un valor orientativo para la interpretación. En efecto, aunque luego me detendré con más detalle en este precepto, cabe adelantar que el medicamento falsificado que constituye el objeto del artículo 362.1 del Código penal podría englobar, a la vista de la extensa relación de datos que pueden presentarse engañosamente, tanto los compuestos que imitan a

medicamentos auténticos como los que simulan serlo (a los que se refería la ley antes de la reforma de 2015), incluyendo incluso elaboraciones que cuentan con un reconocimiento legal y que se fabrican por el titular autorizado con una composición correcta, pero que se identifican incorrectamente falseando intencionadamente algún dato que cabría calificar como no esencial (por ejemplo, el país de fabricación). Conforme a esta caracterización, parece que el producto resultante de la falsificación sería susceptible de encuadrarse también en la categoría de medicamentos no autorizados que describe el primer inciso del artículo 361, pues es indudable que esta clase de preparados carecen de la autorización administrativa exigida por la legislación farmacéutica que habilita su circulación en el tráfico jurídico. Se plantea así una duplicidad normativa que deriva de la oscuridad que caracteriza a la nueva regulación y que sitúa al intérprete ante el dilema de seleccionar la figura aplicable. Esta convergencia de normas se suscita, también, entre el artículo 361 y el 362 bis (que atañe también a los medicamentos falsificados), cuando la acción no consista en fabricar, elaborar o producir, pues muchas de las acciones descritas en ambos preceptos son equivalentes (por ejemplo, importar, exportar, suministrar o intermediar).

A mi parecer, el concurso de normas que provoca este posible solapamiento habría de resolverse a favor del artículo 362.1 (o, en función de cuál sea la conducta, del art. 362 bis Cp), por razones de especialidad. De este modo, entiendo que, presentes los elementos del delito, si el compuesto que se produce imita externamente a un medicamento real que se trata de suplantar, la solución técnicamente correcta será apreciar el artículo 362.1, en consonancia pues con la pretensión manifestada en el Convenio internacional de no integrar en el ámbito de los “delitos similares” a los medicamentos falsificados. Asimismo, creo que podrían calificarse por este precepto los supuestos en que se elabore un preparado que finja ser un medicamento verdadero sin serlo, siempre que se presente engañosamente alguno de los datos o características que en él se relacionan. Para estos casos en que la acción fraudulenta recae sobre alguno de los extremos descritos en el tipo, estimo que el tenor literal del artículo 362.1 acoge a esta clase de compuestos que se presentan con apariencia de ser medicamentos genuinos y sería de aplicación preferente, aun cuando el medicamento simulado no deje de ser un medicamento no autorizado. Por añadidura, parece más coherente con arreglo a una

interpretación histórica⁸⁷⁰ continuar equiparándolos a los medicamentos imitados, como hacía la normativa anterior cuando los recogía conjuntamente en el artículo 362 del texto penal.

No obstante, es preciso realizar un comentario adicional en relación con estos productos que simulan ser fármacos. Me refiero, en particular, a que existen algunos que, a mi modo de ver, caerían exclusivamente bajo el ámbito del artículo 361 del Código penal, siempre que, por supuesto, se generase el peligro que demanda el injusto. Y es que, ciertamente, un análisis minucioso de los datos y características que han de presentarse con engaño para aplicar el artículo 362.1 permite sostener que algunas hipótesis de simulación no serán subsumibles bajo el mismo ni, tampoco, bajo el artículo 362 bis. Así, aunque los extremos susceptibles de falseamiento son muchos, podría concebirse algún escenario en que el preparado, pese a aparecer ante los consumidores como un medicamento, por ejemplo porque se acompañe de folletos que prediquen supuestas propiedades terapéuticas o porque se publicite de ese modo en Internet, no sea engañoso respecto a los aspectos que describe el tipo de falsificación (identidad, origen, etc.). Este sería el caso, entiendo, en el que se comercializase un simple complemento alimenticio con un envasado y un etiquetado concordantes con la realidad (por ejemplo, indicando su verdadera composición a base de ingredientes naturales), pero con un prospecto en el que se le atribuyesen propiedades curativas de alguna enfermedad⁸⁷¹. En esta ocasión, creo que no cabría afirmar una presentación engañosa de la “identidad”, dado que el engaño versa sobre la información que acompaña al preparado, y este dato no aparece recogido entre los que enumera el artículo 362.1. Esta afirmación, a su vez, vendría a coincidir con el alcance previsto para el artículo 8 del Convenio *Medicrime* que sirve de base al artículo 361, pues parece ser que con este último se pretenden sancionar algunas hipótesis de simulación, apartándolas de la tipificación de las conductas relativas a medicamentos falsificados.

⁸⁷⁰ Aunque, como afirma LUZÓN PEÑA la interpretación histórica no tiene un carácter decisivo, puede ser útil para comprender preceptos cuyo significado puede resultar dudoso o contradictorio en apariencia con otros, como sería el caso, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 6/16.

⁸⁷¹ Así, de estar vigente la reforma de 2015, quizás podrían haberse calificado por el primer inciso del artículo 361 del Código penal los hechos que fueron enjuiciados por la ya citada SJP nº 18 de Madrid 268/2014, de 4 de julio, si hubiese quedado acreditada la creación de un peligro para la vida o la salud de las personas. En este caso el producto, que realmente era un compuesto de proteínas y aminoácidos (“Bio-bac”), tenía un etiquetado en el que se hacía constar que se trataba de un suplemento dietético y en el que se reflejaba su verdadera composición. Sin embargo, la juzgadora entra a analizar multitud de aspectos como el prospecto que acompañaba al compuesto, la página web donde se publicitaba, e incluso la información facilitada verbalmente, tanto en las charlas ofrecidas para promocionarlo, como a través de la centralita telefónica desde la que también se cursaban pedidos, y llega a la conclusión de que en realidad se intentaba vender como un medicamento, atribuyéndole numerosas propiedades terapéuticas. A mi juicio, este sería un medicamento simulado que, por las razones expuestas, en la actualidad podría no tener encaje en el artículo 362 del Código penal, sino más bien en el artículo 361 del mismo texto legal.

De hecho, en un documento del Consejo de Europa sobre esta norma internacional⁸⁷² se describe como ejemplo de medicamento ilegal no identificable con un medicamento falsificado y, por tanto, subsumible bajo los denominados “delitos similares”, un suplemento alimenticio que no sugería ser algo distinto de un producto nutricional, pero que se presentaba como efectivo en el tratamiento contra el cáncer pese a no incorporar en su composición sustancia farmacológica alguna.

Por tanto, hay que concluir que, en mi opinión, tratándose de medicamentos simulados, será preciso atender al caso concreto para determinar el encuadre de la acción típica en alguno de los preceptos referidos (arts. 361, primer inciso, 362.1 o 362 bis Cp). Estas diversas posibilidades de calificación, como he explicado, comportan una penalidad diferente, pues la pena prevista en el artículo 361 es inferior a la de los artículos 362.1 y 362 bis. Descubrir las razones que están detrás de esta disparidad penológica no es sencillo, aunque es claro que ello responde a una distinta valoración por el legislador de la gravedad del hecho. Creo que, como ya expresé en otro lugar, es discutible que pueda afirmarse con carácter general que los productos recogidos en los artículos 362 y 362 bis comporten un mayor riesgo para la salud que los que se contemplan en el 361. Por ello, cabe aventurar la idea de que quizás se haya atendido en estos supuestos a la intensidad del engaño y se haya tomado en consideración, para castigar más gravemente, la mayor posición de debilidad en la que se encuentra el consumidor frente a un preparado que se presenta exteriormente como un medicamento auténtico, que por su aspecto es fácilmente creíble que lo sea, que frente a otro cuya apariencia como medicamento no es tan clara y respecto del que el engaño es parcial.

En segundo lugar, es de interés precisar si el objeto material en este inciso tiene capacidad para englobar medicamentos legítimos, autorizados en nuestro país, que se desvíen de los cauces legales de distribución y suministro⁸⁷³. Aunque valorar esta posibilidad puede parecer una contradicción en los términos, lo cierto es que, de nuevo, el Informe explicativo del Convenio *Medicrime* recoge a título de ejemplo entre los

⁸⁷² Concretamente, el documento *Combating counterfeiting of medical products and similar crimes*.

⁸⁷³ Estos podrían ser, entre otros, y salvo que pudiesen subsumirse bajo algún tipo relativo a medicamentos falsificados en atención a las circunstancias concretas, los supuestos del conocido como “comercio inverso” de medicamentos o “distribución inversa”. El “comercio inverso” consiste en la venta de medicamentos legítimos por parte de las farmacias, que las adquieren a precio intervenido, a otros almacenes o distribuidores que los comercializan en países de la Unión Europea y en terceros países a un precio muy superior, siendo que aquellas solo poseen autorización para dispensar. Este tráfico ilegal ha sido objeto en los últimos tiempos de distintas operaciones policiales y judiciales que han tenido gran repercusión mediática, como la “Operación Convector”, la “Operación Pharmakon”, la “Operación Noisa” y la “Operación Caduceo”, que tiene un antecedente en la “Operación Campeón”. Sobre la imposibilidad de encuadrar estas conductas bajo la regulación anterior y su posible subsunción en el actual artículo 361 del Código penal, véase SEOANE DOMÍNGUEZ, C., “El tráfico ilegal de medicamentos o «distribución inversa»”, disponible en <http://blog.ccsabogados.com/?p=693> [última consulta: 31 de marzo 2016].

“delitos similares” los comportamientos que tienen lugar en el mercado clandestino y que giran en torno a medicamentos esteroides anabolizantes autorizados que se usan para propósitos terapéuticos y que se venden para mejorar el rendimiento físico de deportistas y otros. Al respecto, es conveniente reseñar que, en efecto, parece que la redacción del artículo 8 a) del Convenio admite la sanción penal de esta clase de conductas, pues se tipifica literalmente “la fabricación, el almacenamiento para el suministro, la importación, la exportación, el suministro, la oferta de suministro o la puesta en el mercado de [...] medicamentos sin autorización, cuando dicha autorización sea obligatoria en virtud de la legislación interna de la Parte”. La descripción emplea la locución “sin autorización” de un modo tal que cabe interpretar que la misma se refiere, indistintamente, a que lo no autorizado sea el propio medicamento o, también, la actividad concreta desarrollada (de fabricación, almacenamiento, importación, exportación, etc.), para cuyo ejercicio la legislación sanitaria exige que se posea un permiso administrativo⁸⁷⁴. De manera que puede afirmarse que la norma internacional acoge la posibilidad de sancionar penalmente en su caso a los fabricantes, almacenes de distribución, exportadores e importadores que no estén autorizados convenientemente, aun cuando el medicamento objeto de la conducta cuente con el aval de las autoridades sanitarias.

Por el contrario, a mi juicio, esta posibilidad no es subsumible bajo el primer inciso del artículo 361 de acuerdo con la redacción que presenta, pues de su lectura resulta que la falta de autorización no se conecta a la acción típica, sino que gramaticalmente aparece vinculada a los medicamentos, que son los que han de carecer de la autorización requerida. En esta ocasión, el empleo del singular para determinar el sujeto activo de la infracción despeja toda duda, pues el verbo “carecer” se conjuga en plural (“el que fabrique [...] medicamentos [...], que carezcan de la necesaria autorización...”). Por consiguiente, creo que el tráfico ilícito de medicamentos legales debería quedar fuera del injusto descrito en el primer inciso del artículo 361 del Código penal, lo que no es óbice para que, de concurrir los requisitos típicos correspondientes, los comportamientos que sobre ellos recaigan puedan eventualmente ser constitutivos de algún otro delito farmacológico (por ejemplo, si se convierten en peligrosos a consecuencia de una conservación inadecuada, o si se procede a reenvasarlos con un etiquetado engañoso).

⁸⁷⁴ Sobre esta clase de autorizaciones, puede consultarse el Real Decreto 824/2010, de 25 de junio, por el que se regulan los laboratorios farmacéuticos, los fabricantes de principios activos de uso farmacéutico y el comercio exterior de medicamentos y medicamentos en investigación.

Cuestión distinta es que el citado inciso pueda ser aplicable a los supuestos en que se trate de medicamentos legales en otros países pero no autorizados en España⁸⁷⁵, casos en los que quedaría cumplido el requisito típico de la ausencia de autorización. En relación con estas hipótesis, he de poner de relieve que esta decisión legislativa de incluir a los medicamentos no autorizados va a plantear, a mi modo de ver, disfunciones importantes con la figura de dopaje pues, precisamente, en el ámbito de las conductas relativas a este fenómeno es muy frecuente que las sustancias dopantes incautadas sean medicamentos que provienen de fuera de la Unión Europea y que no se hallan autorizados por la AEMPS. De seguirse con la praxis judicial que condena por dopaje supuestos de peligro general para un colectivo indeterminado de deportistas⁸⁷⁶, podrían producirse desajustes injustificables, pues en función de quiénes sean los sujetos pasivos (deportistas o no deportistas) los tipos que previsiblemente se aplicarán (el art. 362 quinquies o el primer inciso del art. 361 Cp, respectivamente), determinarán la imposición de penas diferentes (de seis meses a dos años de prisión, o de seis meses a tres años).

En tercer y último lugar, he de detenerme a evaluar la posibilidad de que el medicamento no autorizado sea un producto que por su contenido farmacológico pueda cumplir con alguno de los fines asociados a los fármacos, por ejemplo porque contenga algún principio activo, pero que no se presente ante los consumidores como tal; esto es, un medicamento “por función”, pero no “por presentación” Este análisis es de especial relevancia para determinar un eventual encaje en el tipo de los suplementos nutricionales dopantes sobre los que versa este capítulo, del que me ocuparé más adelante. En principio, puede decirse que no hay en el enunciado normativo ninguna referencia que permita excluir a los compuestos que solo puedan calificarse como medicamentos de acuerdo con el criterio de la “función” con lo que, a primera vista, podrían quedar comprendidos en el objeto de la acción. Desde este entendimiento, por tanto, el contenido del objeto material podría ser amplísimo y abarcar elementos de la

⁸⁷⁵ Para la comercialización en España de medicamentos de fabricación industrial es preciso obtener la autorización preceptiva que se regula en el Real Decreto 1345/2007, aunque aquellos se hallen autorizados en un tercer país, sea o no comunitario (salvo para los medicamentos contemplados en el anexo I del Reglamento (CE) 726/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se establecen procedimientos comunitarios para la autorización y supervisión de medicamentos de uso humano y veterinario y por el que se crea la Agencia Europea de Medicamentos, que quedan excluidos de su ámbito de aplicación). Para estos casos, en el expediente de autorización se exige, entre otra documentación, que se adjunte copia de la autorización de comercialización obtenida en el Estado correspondiente, junto con la ficha técnica y un resumen de los datos de seguridad, incluidos los datos contenidos en los informes periódicos actualizados en materia de seguridad, cuando se disponga de ellos, y las notificaciones de sospechas de reacciones adversas, junto con la lista de los Estados miembros en los que se esté estudiando una solicitud de autorización (art. 6 o)). Con todo, hay que destacar que si lo que se solicita es la autorización para comercializar un medicamento ya autorizado en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, se aplicará el procedimiento comunitario de reconocimiento mutuo que se regula en el artículo 72. En caso de que nuestro país no lo apruebe, la norma prevé un procedimiento de arbitraje (art. 74).

⁸⁷⁶ Véanse *supra* pág. 141 y nota 278.

más variada índole, lo que puede extender extraordinariamente el alcance del precepto. Aún así, como voy a explicar a continuación, creo que hay razones que pueden apoyar una restricción del mismo basada en consideraciones criminológicas y en la necesidad de dar coherencia sistemática al Capítulo III del Título XVII del Libro II del Código penal, referido a los delitos contra la salud pública.

En mi opinión, sostener un concepto lato que permita englobar entre los medicamentos no autorizados cualquier preparado o producto apto para desarrollar alguna de las funciones a que se refiere la definición administrativa contenida en el artículo 2 del Real Decreto Legislativo 1/2015 podría llevar a soluciones incongruentes y a una distorsión del sistema, además de generar confusión e inseguridad jurídica. La amplitud de la noción material que se fundamenta en la “función” del producto, por sí sola, facultaría para encuadrar en este tipo de injusto toda clase de sustancias que provoquen o puedan provocar cambios fisiológicos sustanciales en la persona, lo que entraría en conflicto con el alcance de otras figuras del Código penal también relativas a sustancias que pueden perjudicar la salud. Entender que quede abarcado por el primer inciso del artículo 361 del Código penal todo aquello que pueda afectar al organismo, resulta excesivo. Por ejemplo, habría que considerar que es un medicamento carente de autorización un vino adulterado con arsénico, por ser el arsénico un principio activo que se emplea para la elaboración de fármacos destinados a tratar enfermedades y porque podría afectar al metabolismo. La jurisprudencia, sin embargo, ya ha tenido ocasión de manifestarse sobre un producto de estas características y lo ha ubicado en el marco de los delitos de fraude alimentario, sin ni siquiera plantearse la posibilidad de apreciar un delito relativo a medicamentos⁸⁷⁷. También, podría valorarse la aplicación del delito farmacológico en el caso de que el hipotético objeto de la acción lo constituyesen las tartas de una pastelería que se hubiesen elaborado incorporando estimulantes a los ingredientes alimenticios habituales. Sin embargo, no cabe duda de que en este supuesto la condición de alimento corriente o convencional de un producto así (por contraposición a alimentos que, por su composición característica o por su particular proceso de fabricación, presentan peculiaridades que los apartan de tal consideración, como podrían ser los productos dietéticos o los complementos alimenticios) tendría un

⁸⁷⁷ STS 780/1982, de 22 de mayo. El Tribunal consideró de aplicación el artículo 346 del Código penal de 1973, que castigaba la conducta del que con cualquiera mezcla nociva a la salud alterare las bebidas o comestibles destinados al consumo público, vendiere géneros corrompidos, fabricare o vendiere objetos cuyo uso sea nocivo a la salud. Aunque se trata de una resolución dictada bajo la vigencia del Código penal de 1973, lo relevante es que no se valoró la posibilidad de considerarlo un medicamento en atención a la acción farmacológica del arsénico y a su incidencia en las funciones farmacológicas.

peso específico en la calificación jurídico-penal a favor de un delito de fraude alimentario, además de que, en atención al elemento concreto añadido al alimento pudiese entrar en juego el delito relativo a drogas tóxicas.

En estos casos, una interpretación extensa del término “medicamento” plantearía sin duda problemas concursales que no serían fáciles de resolver (por ejemplo, si se apreciase solapamientos, ¿qué regla concursal debería aplicarse?) y podría afectar al principio de proporcionalidad si se optase por castigar conforme a esta modalidad típica conductas que, como expondré más adelante, pueden implicar una expansión del riesgo y una lesividad mayor y que, por ello, a mi juicio, podrían subsumirse bajo otros tipos penales que tienen establecidas penas superiores.

Adicionalmente, hay que tener en cuenta el criterio referido al sector de actividad que he destacado al examinar el escenario criminológico en que tienen lugar las conductas relativas a medicamentos, cuyo papel considero que es asimismo fundamental para concretar las esferas de aplicación de las diversas infracciones que conforman el sistema de protección de la salud pública ante supuestos de eventuales solapamientos de objetos materiales. De acuerdo con él, dado que el ámbito de actividad o consumo al que se destina el medicamento es, con carácter general, el de la prevención y el tratamiento de enfermedades, el alcance de los artículos 361 a 362 quáter del Código penal debería circunscribirse a esa esfera de consumo y abarcar, por tanto, solamente aquellas sustancias que se dirijan a tales objetivos, ya circulen en el mercado oficial o en el clandestino. Quedarían, por tanto, reservadas a la intervención penal a través de los otros preceptos del capítulo, las sustancias que se presenten ante los consumidores vinculadas a otros fines, como el alimentario (delitos de fraude alimentario) o el consumo ilegal de sustancias adictivas (delitos relativos a drogas tóxicas), con las precisiones que he relatado más arriba respecto al injusto de dopaje⁸⁷⁸. Desde mi punto de vista, si se admitiese un concepto amplio que acogiese cualquier producto que cumpla alguna de las funciones especificadas en el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2015, incluso si se dirige a un ámbito de actividad o consumo ajeno a aquél en el que transitan las sustancias medicinales, se estaría rompiendo con uno de los criterios que considero esenciales para delimitar el alcance de las distintas figuras que protegen la salud pública.

En consecuencia, al efecto de concretar el contenido del objeto material “medicamento no autorizado” del primer inciso del artículo 361 del Código penal, creo

⁸⁷⁸ Véanse *supra* págs. 344 y ss.

que mantener una noción amplia referida a la sola aptitud del producto para afectar a las funciones fisiológicas supondría una extensión innecesaria de su ámbito de aplicación y provocaría disfunciones que pueden comportar un vaciamiento parcial de otras disposiciones que protegen también la salud pública. De este modo, entiendo que será condición imprescindible para evaluar la posibilidad de apreciar este tipo penal, además de la falta de autorización, que como mínimo el producto presente la apariencia de ser un medicamento, dotado de propiedades terapéuticas, incluso aunque su composición sea inocua. Para ello habrá que valorar, por ejemplo, datos como el envasado, la presencia de un falso código nacional en el etiquetado, la información suministrada al consumidor, el contenido del mensaje publicitario y el tipo de público hacia el que se dirige el producto⁸⁷⁹. En estos casos, no obstante, no hay que olvidar que, como he señalado previamente, si la falsa representación de la realidad se produce con respecto a algunos de los datos o características especificadas en el artículo 362 del Código penal, será este el tipo prevalente.

En definitiva, las consideraciones expuestas en estas páginas conducen a una restricción del alcance del primer inciso del artículo 361 que, desde mi punto de vista, es útil en la medida en que podría resolver algunos de los problemas a que daría lugar una interpretación extensiva del objeto de la acción. Sentado lo anterior, no se puede obviar la realidad de que es posible que acabe convertido en un tipo de recogida al que se reconduzcan toda clase de productos que contengan alguna sustancia de acción farmacológica, aun cuando quepa valorar la concurrencia de otras figuras penales. Y es que, considerando lo impreciso del término “medicamento” por la amplitud de la noción administrativa, así como la ausencia en la ley de otros elementos –además de la falta de autorización– que puedan concretar los perfiles del objeto material, no hay que descartar que finalmente su virtualidad práctica sea mayor que la que propongo. Quizás, a imagen y semejanza de lo que sucede en el orden administrativo, este delito farmacológico termine atrayendo a su ámbito supuestos que correspondería sancionar a través de otras

⁸⁷⁹ La importancia del requisito de la “presentación” se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones judiciales. En concreto, además de en la ya citada SJP nº 18 de Madrid 268/2014, de 4 de julio y, entre otras, en la SAP de Castellón 17/2000, de 18 de octubre y en la STS 1612/2002, de 1 de abril, que resolvió en casación. Se trataba del conocido caso del “Amatrisán”, un producto ineficaz no autorizado por la Administración, compuesto básicamente de urea y suero, que se fabricaba y se vendía simulando ser un medicamento apto para curar e incluso prevenir el cáncer, y que llevó a muchos pacientes enfermos a abandonar los tratamientos convencionales, falleciendo muchos de ellos. Ambas resoluciones tomaron en consideración la exigencia legal de la “presentación” para calificar con arreglo a un delito del artículo 344 ter.3º y 4º del Código penal de 1973, artículo 362.1.2º y 3º del Código penal de 1995 antes de la reforma de 2015. Así, quedó acreditado a través de la prueba testifical y de las propias declaraciones del médico acusado, que este se dedicó a afirmar que el producto contaba con la autorización de las autoridades sanitarias y que tenía propiedades terapéuticas para curar el cáncer, de lo cual quedó constancia a través de publicaciones varias e incluso de un video en el que así se publicitaba. Indirectamente, en la misma línea, subrayando la importancia de la “presentación”, la SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril y el AAP Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre.

infracciones contra la salud pública. En cualquier caso, habrá que esperar a ver qué soluciones se aportan desde los tribunales.

b) El medicamento en el artículo 362.1

El apartado primero del artículo 362, con una redacción claramente mejorable, recoge como conducta típica la elaboración o producción de, entre otros, “medicamentos” “de modo que se presente engañosamente: su identidad, incluidos, en su caso, el envase y etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes, o, en su caso, la dosificación de los mismos; su origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización de comercialización o de los documentos de conformidad; datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones; o su historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados, siempre que estuvieran destinados al consumo público o al uso por terceras personas, y generen un riesgo para la vida o la salud de las personas”.

En este apartado se incriminan comportamientos que se refieren a la elaboración o producción de, entre otros, los comúnmente denominados “medicamentos falsificados”. La creciente preocupación por el tráfico de productos que son falsos medicamentos ha llevado a una ofensiva internacional para luchar contra las redes criminales que se lucran a costa de la salud de los ciudadanos⁸⁸⁰. Las estrategias adoptadas para hacer frente a este negocio ilícito han incidido en la necesidad de, entre otras medidas,

⁸⁸⁰ Así, la respuesta europea para hacer frente al tráfico de medicamentos falsificados se ha reflejado en la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal. Además, cabe reseñar diversas iniciativas internacionales que se suman a la elaboración en el seno del Consejo de Europa del conocido como Convenio *Medicrime* que sirve de base a la reforma penal de la regulación sobre medicamentos. En concreto, es intensa la labor de la Organización Mundial de la Salud, entre cuyas medidas destacan la Resolución WHA65.19, adoptada durante la celebración de la 65ª Asamblea Mundial de la Salud, en 2012, en la que se decidió establecer el Mecanismo de Estados Miembros sobre Productos Médicos de Calidad Subestándar, Espurios, de Etiquetado Engañoso, Falsificados o de Imitación (en adelante, SFFFC); y la creación de un Sistema Mundial de Vigilancia y Monitoreo de productos médicos SFFFC, que se presentó en 2013 y para cuyo uso se ha capacitado a 113 países. Asimismo, se puede citar el papel que desarrolla en la materia el *Permanent Forum on International Pharmaceutical Crime* (PFIPC) y las actividades desarrolladas en el entorno iberoamericano por EAMI (Encuentros de Autoridades Competentes en Medicamentos de los Países Iberoamericanos). Para más información, puede consultarse el documento de la AEMPS “Estrategia frente a medicamentos falsificados 2012-2015”, disponible en http://www.aemps.gob.es/publicaciones/publica/docs/Estrategia_falsificados_2012-2015.pdf [última consulta: 31 de marzo 2016].

reforzar las legislaciones nacionales para controlar adecuadamente la fabricación y la distribución de medicamentos. A consecuencia de ello, se han incorporado a la normativa sanitaria disposiciones dirigidas a prevenir e impedir la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal y, a través de políticas coordinadas en la materia, se ha procedido a modular una intervención penal más severa para prevenir y evitar estas prácticas ilícitas. Sin embargo, aun cuando es necesario proteger con contundencia a los consumidores frente a los graves riesgos que pueden comportar muchos de estos preparados, se observa que esta pretensión legítima se ha materializado en un modelo de actuación penal que, en mi opinión, excede los límites marcados por los principios de intervención mínima y de proporcionalidad.

En concreto, el injusto que se ha introducido con la reforma de 2015 da cumplimiento a la obligación impuesta por el artículo 5 del Convenio *Medicrime* de tipificar como delito la fabricación intencionada de, entre otros, medicamentos falsificados. Como ya he señalado anteriormente, la definición de medicamento falsificado que se utiliza en la norma penal no se corresponde con la que proporciona el Convenio (“presentación engañosa de la identidad y/o la fuente”), sino con la que se contiene en el Real Decreto Legislativo 1/2015 (art. 2 o)) y que tiene su origen en la Directiva 2011/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2011, sobre prevención de la entrada de medicamentos falsificados en la cadena de suministro legal. Esta noción, que se ha “enriquecido” añadiendo nuevos elementos susceptibles de ser falseados (la fecha de caducidad y los datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad y autorizaciones), dista con mucho de ser precisa. En efecto, una primera lectura de las innumerables características que pueden presentarse engañosamente provoca grandes dudas interpretativas que, a mi parecer, son reflejo de la descuidada técnica legislativa empleada y de la escasa atención que el legislador ha prestado al principio de taxatividad⁸⁸¹. Es muy probable que ello sea debido a que ni siquiera en el ámbito internacional existe una noción uniforme de medicamento falsificado⁸⁸², pero no es aceptable que no se haya realizado

⁸⁸¹ En este sentido, se cuestionan cuál es el alcance que tienen los apartados a) y b) respecto a la conducta engañosa que se menciona después de ellos, MUÑOZ CUESTA, J./RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, 2015, pág. 216.

⁸⁸² No se ha logrado un consenso mundial en torno a qué haya de entenderse por medicamento falsificado. Por ejemplo, la OMS los define como aquellos en cuyo etiquetado se incluye, de manera deliberada y fraudulenta, información falsa acerca de su identidad o su origen. El Grupo de Trabajo Internacional Contra la Falsificación de Medicamentos (IMPACT), señala que es “aquel al que se da una representación falsa y de forma fraudulenta y deliberada, de su identidad (incluyendo declaraciones engañosas con respecto al nombre, la composición, la dosis farmacéutica u otros elementos) y/o procedencia (incluyendo declaraciones engañosas respecto al fabricante, el país de fabricación, el país de origen, el titular de la licencia de comercialización o las vías de distribución”. Este Grupo,

un esfuerzo por acotar con más claridad el objeto material, teniendo en cuenta las consecuencias que para los derechos fundamentales se derivan de la actuación del Derecho penal.

En cualquier caso, el punto de partida para la interpretación, a la vista del precepto, entiendo que lo constituye el concepto de medicamento “por presentación”, que es el que se maneja en esta ocasión. El requisito de que “se presente engañosamente” alguno de los datos que se indican no deja espacio, desde mi punto de vista, a la posibilidad de integrar el objeto con arreglo tan solo al criterio de la “función” que contempla el artículo 2 a) del Real Decreto Legislativo 1/2015. Aunque la nueva redacción ha prescindido de la exigencia que figuraba en el anterior artículo 362.1.2º del Código penal, consistente en que a los productos que imitasen o simulasen medicamentos se les diera “apariencia de verdaderos”, entiendo que las referencias que contiene el nuevo precepto abocan inevitablemente a mantenerla. Así pues, será preciso que el compuesto, como mínimo, reúna una serie de características que lo hagan aparecer ante los ojos de los consumidores como auténticos medicamentos, idóneos para prevenir o tratar enfermedades. Esta primera condición necesaria, como veremos, no impide que el objeto material pueda comprender elaboraciones de variada índole, desde aquellas que cumplan simultáneamente con los criterios “por función” y “por presentación” de la definición amplia de medicamento (art. 2 RDL 1/2015), hasta preparados que sean inocuos y no encajen en la noción funcional, a los que simplemente se les de apariencia de ser medicamentos falseando alguno de los datos que señala el precepto (que cumplirían tan solo el criterio de la “presentación”); pasando por medicamentos que inicialmente cuentan con autorización para su comercialización, que se elaboren correctamente, pero que se acompañen de documentos engañosos (que serían medicamentos legalmente reconocidos *ab initio*). De este modo, resulta que en esta modalidad típica se puede afirmar que la ley emplea el término “medicamento” de un modo muy abierto, pues puede conformarse con arreglo a diversas acepciones.

en cambio, no considera medicamento falsificado aquel que aparezca en un país donde no este autorizado pero sí que lo esté en cualquier otro. Además tampoco incluye en esta definición los medicamentos denominados de baja calidad, ya que considera que se tratan de fármacos fabricados por laboratorios legítimos, pero que no cumplen las exigencias mínimas de calidad. Por su parte, la *International Pharmaceutical Federation* (FIP), indica en su Declaración de Política sobre medicamentos, adoptada en Sidney en 2003, que “la falsificación en relación con los productos medicinales significa un etiquetado deliberadamente erróneo y fraudulento con respecto a la identidad, composición y/o fuente de un producto medicinal acabado, o de un ingrediente para la preparación de un producto medicinal. La falsificación se puede aplicar a productos de marca y genéricos, y a los remedios tradicionales. Los productos falsos pueden incluir productos con los ingredientes correctos, con ingredientes incorrectos, sin principios activos, con cantidad insuficiente de principio activo, o con envases falsos o engañosos; también pueden contener diferentes cantidades de impurezas peligrosas y tóxicas”.

Se configura así la “presentación” como un elemento clave que ha de ir acompañado del necesario engaño sobre ciertos elementos, de manera que el aspecto del producto sea el de un medicamento genuino, presuntamente controlado por la Administración sanitaria como garantía de que no es tóxico, es eficaz y de la calidad adecuada. Este engaño, por tanto, determina una discordancia entre apariencia y realidad que se produce a consecuencia del falseamiento de extremos que permiten identificar al objeto y verificar su trazabilidad⁸⁸³.

A continuación examinaré sucintamente cuáles son los datos sobre los que ha de recaer la acción fraudulenta. Como explicaré, la relación contempla un *numerus apertus* de características de las más variada clase, algunas de las cuales, según el caso concreto, podrían considerarse no esenciales en el sentido de que su presentación engañosa no convierte al preparado en idóneo para generar el peligro típico. Por ello, cabe sostener que las referencias legales contribuyen deficientemente a fijar el objeto material, tanto por su indeterminación (lo que afecta al principio de legalidad), como por la posibilidad de incluir compuestos que simplemente incumplan requisitos formales (en contra del principio de ofensividad, entre otros). Es cierto que, de acuerdo con la descripción típica, no es suficiente con que se falseen los elementos señalados, pues la aplicación de la figura se supedita expresamente a su destino al consumo público⁸⁸⁴ y a que la actuación fraudulenta provoque un peligro para la vida o la salud de la personas. Sin embargo, aun cuando el contenido de injusto de la infracción debería erigirse en el límite que permitiese distinguir el ilícito penal del ilícito administrativo⁸⁸⁵, los contornos imprecisos del peligro y la certeza de que es posible adivinar algún riesgo, aun mínimo, en los comportamientos falsarios que se describen, deja expedita la posibilidad de una ampliación desmesurada del alcance del precepto. Veamos, pues, los aspectos del medicamento que han de ser presentados engañosamente y su alcance en orden a concretar el objeto material.

En primer lugar, la falsedad puede recaer en la identidad. La ley señala diversos elementos que identifican al producto como un medicamento, en particular el envase, el

⁸⁸³ Se refieren expresamente a la trazabilidad e identificación, FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1119; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 362”, cit., pág. 587

⁸⁸⁴ A juicio de FERRANDIS CIPRIÁN estamos ante un delito mutilado en dos actos por cuanto que el autor, al ejecutar la acción típica, pretende dirigirla a realizar otra actividad posterior (su distribución y uso), en “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., pág. 1120.

⁸⁸⁵ Diversos autores inciden en la necesaria concurrencia del peligro para la vida o la salud para marcar la frontera con la infracción administrativa. Así, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1244. En igual sentido, QUERALT JIMÉNEZ insiste en que el peligro ha de hacerse patente para dotar de antijuricidad penal más allá del mero quebranto formal de la norma sectorial, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1066.

etiquetado, la fecha de caducidad, el nombre o composición de cualquiera de sus componentes o, en su caso, la dosificación de los mismos. No obstante, la utilización del término “incluidos”, que se repite en varias ocasiones, refleja que se trata de una lista abierta, que admite otros que puedan servir al fin de identificarlo como un verdadero medicamento⁸⁸⁶.

Para tratar de integrar esta característica, puede ser útil acudir al Real Decreto 1345/2007, que regula las garantías de identificación que permiten la autenticación del producto. En esta materia, y en lo que nos interesa, la norma se refiere básicamente al etiquetado, incluido el embalaje exterior y el acondicionamiento primario (arts. 31 a 35 RD 1345/2007), cuyo contenido se fija exhaustivamente en el Anexo III, que recoge un catálogo de datos que son obligatorios. Entre otros, además de los que menciona la norma penal, se incluyen el Código Nacional del Medicamento, así como determinados símbolos, siglas y leyendas que se describen en el Anexo IV, o el lote de fabricación. Toda falsedad en torno a ellos habilitará para atribuir al producto la condición de medicamento falsificado en cuanto que suponen un engaño sobre la identidad del supuesto medicamento. También regula el prospecto, que aunque incorpora una serie de datos identificativos que se refieren en el Anexo V, se presenta, sin embargo, orientado principalmente a cumplir con las garantías de información del medicamento, con el objetivo de que los pacientes o usuarios conozcan las indicaciones terapéuticas a él asociadas, puedan realizar un correcto uso y conocer los efectos adversos o contraindicaciones del compuesto (arts. 36 a 38 RD 1345/2007). Como he relatado previamente, la diversidad de contenidos que abarca el prospecto abre la puerta a que puedan elaborarse remedios que tan solo recojan falsa información sobre propiedades terapéuticas, pero no engañen sobre la identidad (ni sobre el resto de datos que relaciona el art. 362.1 Cp) y que podrían reconducirse al ámbito del artículo 361, primer inciso, del Código penal (medicamentos no autorizados).

Presupuesto que estos son los aspectos concernientes a la identidad que han de presentarse engañosamente, he de señalar que, a mi modo de ver, si se atiende a la literalidad de la ley y a las posibilidades que ofrece el concepto de medicamento en el contexto del artículo, existirá el falseamiento requerido, tanto si se trata de un preparado que toma como referencia a un medicamento legalmente reconocido, cuyos datos identificativos se utilizan fraudulentamente, como si también se crea *ex novo* un

⁸⁸⁶ De esta opinión, CORCOY BIDASOLO, que alude a este término para destacar que los que se incluyen lo son a nivel ejemplificativo, “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1244.

compuesto que no responde a modelo alguno, pero que se presenta con una identidad inventada para la ocasión, declarando, por ejemplo, una composición inexistente o cuantitativamente distinta a la que contiene realmente. Esto se traduce, conforme he anticipado, en que quedarán incluidos los supuestos de imitación y simulación de medicamentos que antes tipificaba el artículo 362.1.2º, con la matización expuesta más arriba respecto a los supuestos de simulación⁸⁸⁷.

Sin embargo, como apuntaba, el mero requisito de que se falseen los datos relativos a la identidad, aunque se limite con la exigencia del peligro, puede resultar excesivo en algunos casos. Este exceso se hace más patente, incluso, en relación con los otros elementos sobre los que puede operar la falsedad, de los que me ocuparé enseguida. Me refiero a que, en mi opinión, el recurso al *ius puniendi* puede no estar justificado siempre que intencionadamente se engañe sobre alguno de los extremos que aquí define el tipo penal. Así, considero que tendría sentido intervenir penalmente en aquellos supuestos en que, por ejemplo, el etiquetado indique en su composición un principio activo que no está presente en el producto; cuando los verdaderos ingredientes son sustancias tóxicas que se encubren en un envasado aparentemente correcto; o si se hace constar una fecha de caducidad más allá de la real. En estas hipótesis, la salud de los consumidores se puede ver puesta en peligro en la medida en que el falso medicamento no cumple el efecto terapéutico esperado, o tiene una composición nociva. Por el contrario, creo que en otras, la literalidad de la ley puede conducir a castigar hechos sin incidencia lesiva relevante penalmente⁸⁸⁸. En concreto, cabe imaginar situaciones en las que el falso medicamento cumpla con todas las condiciones establecidas en la autorización del medicamento legalmente reconocido que se tome como referencia, salvo la de indicar un correcto Código Nacional del Medicamento o el lote de fabricación correspondiente. En estas ocasiones, es cierto que la autenticidad del medicamento se ve afectada y que la identificación incorrecta permitiría afirmar que su seguridad o su eficacia no se puede garantizar plenamente⁸⁸⁹, pero creo que sería

⁸⁸⁷ De la opinión de que se comprenden los productos que imitan o simulan medicamentos, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 617. Esta autora no aprecia la posibilidad de incluir algunos medicamentos simulados en el artículo 361, como he propuesto, sino que se limita a señalar que el objeto material del artículo 362.1 comprende preparados a los que se le atribuyan falsamente cualidades terapéuticas lo que, a mi juicio, no es suficiente, pues ha de darse el falseamiento de alguno de los datos que prescribe la ley. También alude expresamente a estas dos categorías VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 596.

⁸⁸⁸ Salvo que se entendiera, como proponen JAÉN VALLEJO y PERRINO PÉREZ, que se trata de un tipo de peligro abstracto que castiga conductas que, en abstracto se consideran peligrosas para la salud, opinión que no comparto, en *La reforma penal de 2015*, cit., pág. 167.

⁸⁸⁹ Insisten en que para aplicar el delito será preciso que como consecuencia de la presentación engañosa resulten reducidas las condiciones de seguridad y eficacia del medicamento o el producto en cuestión, ANDRÉS

desproporcionado castigar a través del Derecho penal una conducta que, en mi opinión, debería quedar relegada al ámbito de la infracción administrativa⁸⁹⁰. De ahí que deba insistirse en la necesidad de verificar rigurosamente la idoneidad del objeto para constituir un verdadero peligro para la vida o la salud.

En segundo lugar, la presentación engañosa puede concernir al origen, incluidos el fabricante, el país de fabricación, el país de origen y el titular de la autorización (o de los documentos de conformidad, si la conducta versa sobre productos sanitarios). Se trata de elaborar el compuesto con información falsa respecto a su procedencia, de modo que, al faltar a la verdad, se pierde el control sobre su fiabilidad y, por tanto, se plantea la imposibilidad de acreditar que reúne las condiciones de seguridad, calidad y eficacia que van ligadas a una correcta identificación de la fuente.

Del mismo modo que señalaba en relación con los datos relativos a la identidad, estas referencias, sin mayor acotación, pueden expandir el ámbito de aplicación del precepto desmesuradamente. Basta volver al ejemplo mencionado anteriormente en que se fabrica correctamente el producto y, por razones que pueden ser puramente lucrativas, se indica un país de fabricación distinto. Igualmente, cabe pensar en un preparado elaborado por un laboratorio no autorizado al efecto, que imite a un medicamento legal que se reproduce utilizando los principios activos correspondientes en la proporción adecuada y observando las normas de correcta fabricación, pero que se etiquete utilizando engañosamente el nombre y la dirección del verdadero titular de la autorización de comercialización. Creo que es difícil que en estos escenarios el falseamiento de tales datos pueda suponer una amenaza para la salud pública de la suficiente gravedad como para merecer la intervención del Derecho penal. En realidad, en mi opinión, la referencia genérica a estos aspectos que realiza la ley, podría ser un

DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 362”, cit., págs. 346-347; FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., págs. 1119-1120. Para este autor, en los casos en que el medicamento falsificado incluya los componentes o sustancias activas correctas, tanto la seguridad como la eficacia se ven afectadas, ya que “dependen de su correcta identificación en cuanto que solo a través de ella se proporciona, especialmente a las autoridades y profesionales sanitarios información fidedigna para su comercialización, prescripción y uso”.

⁸⁹⁰ Afirma OLMEDO CARDENETE que, a su juicio, aunque el artículo 362.1 no lo precise, en los supuestos que recoge “parece partirse de que el medicamento o producto en cuestión posee la autorización o documentación de conformidad exigida por la legislación farmacéutica, puesto que en caso contrario estaríamos ante una hipótesis del artículo 361 del Código penal”. De ser así, señala, carece de justificación la mayor gravedad del marco punitivo del artículo 362 del Código penal, pues en aquel el objeto no ha obtenido ni siquiera la autorización administrativa correspondiente. En estos casos, insiste, “al menos la Agencia de Medicamentos y Productos Sanitarios ha intervenido y tiene conocimiento de los mismos, pudiendo ejercer en mejores condiciones sus potestades fiscalizadoras y de control de los mismos”, en “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, cit., pág. 791. En mi opinión, el precepto acoge también a los productos que simplemente simulan ser fármacos sin pretender suplantar a un medicamento autorizado, siempre que se presente engañosamente alguno de los extremos que menciona la norma. Sin embargo, creo que este planteamiento refuerza indirectamente la idea de que no debería apreciarse el delito si el producto que se elabora ha sido autorizado y presenta un defecto formal que no determina la aptitud para desencadenar el peligro típico.

reflejo de otra preocupación que también subyace en relación con la falsificación de medicamentos y que tiene que ver, más que con la salud de los ciudadanos, con los intereses de los laboratorios en controlar la producción y el suministro, y en evitar las pérdidas millonarias que se producen por un uso ilegítimo de su marca comercial y de su nombre. En este sentido, es llamativo que el Convenio *Medicrime* haya utilizado para referirse a los medicamentos falsificados el término *counterfeit*, en lugar de *falsified*, y ello pese a que el Informe explicativo de la norma internacional declare expresamente que con él se alude a la interpretación amplia que comprende productos falsos que se hacen pasar por genuinos. Como indica la Comisión Europea, el segundo se refiere a todas las formas de falsificación, mientras que el primero se emplea específicamente en referencia a infracciones de los derechos de propiedad intelectual⁸⁹¹.

En tercer lugar, la norma contempla otros extremos sobre los que puede recaer la falsedad, que como he remarcado, no figuran en la definición de medicamento falsificado que se toma como modelo para la descripción del tipo: datos relativos al cumplimiento de requisitos o exigencias legales, licencias, documentos de conformidad o autorizaciones. Desentrañar cada uno de estos aspectos implica atender a la compleja y extensa legislación sanitaria, que sujeta todas las actividades relativas a medicamentos a obligaciones estrictas con el fin de monitorizar la cadena de distribución de medicamentos, desde su fabricación o su importación hasta su dispensación, para asegurar la calidad de los medicamentos y avalar que las condiciones de conservación, transporte y suministro son adecuadas. Nuevamente, la referencia a “requisitos o exigencias legales” es tan abierta e imprecisa que puede dar lugar a considerar presente el elemento típico ante incumplimientos de exigencias no esenciales para desencadenar el peligro típico.

En cuarto lugar, el precepto alude al historial, incluidos los registros y documentos relativos a los canales de distribución empleados. Se trata de garantizar la trazabilidad del supuesto medicamento, que permite hacer un seguimiento desde que se fabrica hasta que se entrega al consumidor a los efectos de controlar su calidad y su seguridad. Sin embargo, hay que poner de relieve que, puesto que se describen conductas de elaboración o producción, parece que la referencia a los “documentos relativos a los canales de distribución empleados” es confusa y no resulta muy congruente, salvo que

⁸⁹¹ Puede consultarse esta distinción que hace la Comisión Europea en http://ec.europa.eu/health/human-use/falsified_medicines/index_en.htm [última consulta: 31 de marzo 2016]. En este punto hay que reiterar que QUERALT JIMÉNEZ aprecia una pluralidad de bienes jurídicos protegidos, incluyendo específicamente a los “derechos de propiedad industrial de los fabricantes y al patrimonio de intermediarios legítimos y de los consumidores, públicos o privados”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1062.

se entienda que se limita a los documentos de esa índole que puedan generarse en alguna de las fases de producción del compuesto. Asimismo, hay que destacar que el término “historial”, unido al empleo del vocablo “incluidos”, configura también un elenco abierto e indeterminado de elementos que pueden ser objeto de falseamiento, con la consecuencia de que es difícil concretar los límites de la acción punible y, en consecuencia, marcar la frontera entre la infracción penal y la administrativa. Como decía, el peligro requerido debería limitar los excesos a que puede dar lugar la formulación legal, de manera que solo aquellos objetos que tengan aptitud para generar un riesgo para la vida o la salud puedan constituir el elemento típico. En cualquier caso, serán los órganos jurisdiccionales los que hayan de discriminar según el caso en orden a verificar si la conducta fue apta para generar un riesgo para la vida o la salud, lo que seguramente no será una tarea sencilla.

IV. SUPLEMENTOS NUTRICIONALES DEPORTIVOS PELIGROSOS Y MEDICAMENTOS. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LOS DELITOS FARMACOLÓGICOS.

El objetivo final perseguido a través de este estudio de las figuras relativas a medicamentos ha sido el de valorar acerca de si sería posible la subsunción en ellos de aquellas conductas que recaigan sobre suplementos nutricionales deportivos que contienen sustancias dopantes prohibidas y que comporten un peligro general para la salud.

Con este propósito, puede concluirse tras lo expuesto que, atendiendo a las diversas acepciones de medicamento que se utilizan en los tipos penales y a la delimitación de sus objetos materiales, resulta la imposibilidad de apreciar las modalidades recogidas en los artículos 361, segundo inciso y 362.2. En todos estos supuestos, las exigencias típicas impiden incluir a los suplementos nutricionales deportivos, dado que no son en modo alguno medicamentos legalmente reconocidos. Sin embargo, queda un pequeño margen para encuadrar algunas conductas que recaen sobre estos productos en el marco del inciso primero del artículo 361 y de los artículos 362.1 y 362 bis, si bien limitado a aquellos que como mínimo adopten la apariencia, esto es, se presenten, como verdaderos medicamentos. Con todo, es preciso incidir en que, según la interpretación que se sostenga, la referencia a los medicamentos que carezcan de autorización (art. 361 Cp, primer inciso) podría absorber este tipo de preparados.

Así pues, procederé a explicar, respecto de cada tipo penal contemplado, las razones que me llevan a sostener esta conclusión general.

1. MODALIDADES EXCLUIDAS

Ha quedado claro que, en mi opinión, el medicamento a que aluden los artículos 361, segundo inciso y 362.2 no es otro que aquel que ha sido legalmente reconocido: ha de ser uno de los relacionados en la clasificación recogida en el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2015 y contar con la aceptación de la Administración a través del cumplimiento de los requisitos formales y materiales establecidos por la ley para que pueda circular en el mercado (mediante una autorización individualizada o genérica). Conforme a esto, toda conducta que recaiga sobre un suplemento nutricional medicamentoso para deportistas y que genere un peligro general para la salud no podrá castigarse por aplicación de los preceptos que tienen por objeto material al medicamento genuino. Por razones obvias, en ningún caso podrá afirmarse que un preparado con estas características, introducido en el mercado como complemento alimenticio o producto dietético, es un medicamento en sentido estricto, legalmente reconocido. Su fabricación y puesta en circulación al margen de la normativa de medicamentos, rigurosa en cuanto autorizaciones y exigencias de calidad, seguridad y eficacia, impiden considerarlos medicamentos genuinos conforme al concepto restrictivo que subyace en estos preceptos.

Si bien *a priori* cabría considerar que un producto disfrazado bajo la apariencia de ser un inofensivo producto alimenticio incumple todas o la mayoría de las exigencias técnicas sobre composición, estabilidad y eficacia, ello no significa que quede incluido en el ámbito del segundo inciso del artículo 361 del Código penal, de acuerdo con la interpretación que sostengo del mismo⁸⁹². La falta del requisito formal del reconocimiento legal que considero que han de poseer también los medicamentos que infringen aquellas prescripciones técnicas determinaría la atipicidad del compuesto nutricional como objeto de la acción.

De igual modo, no le alcanzaría el segundo apartado del artículo 362 del Código penal, que sanciona supuestos de alteración de la cantidad, la dosis, la caducidad o la composición genuina, “según lo autorizado o declarado”. Si atendemos a la exégesis de

⁸⁹² Véanse *supra* págs. 385 y ss.

esta expresión ofrecida más arriba, se verifica que al no sujetarse la elaboración y la distribución de este tipo de preparados al requisito formal de la autorización administrativa exigida para los medicamentos habría que rechazar la idea de que una hipotética alteración se produjese respecto a lo declarado o autorizado de acuerdo con el sentido del precepto. En efecto, en relación con estas elaboraciones, sencillamente no puede afirmarse que existe una autorización legal que concrete la composición genuina, la dosis, la caducidad o la cantidad de un “medicamento”, ni tampoco que existe una declaración (equivalente sustancialmente a la autorización) acerca de estos extremos. Es cierto que, si se trata de complementos alimenticios, la normativa que los regula recoge los requisitos de composición y exige notificar el lanzamiento del complemento al mercado mediante el envío obligatorio de la etiqueta en la que consta expresamente el contenido específico (composición, cantidad, dosis recomendada, etc.). Y también es cierto que, cuando el suplemento es un producto dietético, aunque no cabe hablar de una composición autorizada directamente por la ley (pues la lista que enumera los posibles componentes es abierta), también es obligatorio notificar la composición mediante el envío de la etiqueta a la autoridad competente. Sin embargo, no se puede ignorar que la dicción literal del precepto se refiere a alterar un “medicamento”, y los supuestos que se analizan aquí no dejarían de ser casos de alteración de un “alimento” conforme a lo declarado ante la autoridad competente en materia alimentaria y nutrición o lo autorizado por la legislación específica⁸⁹³.

Junto a ello, en este apartado se exige que se produzca una reducción de la seguridad, la eficacia o la calidad del medicamento. Si el producto se comercializa como suplemento nutricional, su teórica naturaleza alimentaria no debería conllevar un efecto terapéutico, pues se trata de productos destinados supuestamente a suplir necesidades nutricionales. Por tanto, no sería predicable una eficacia terapéutica constatada asociada a los preparados alimenticios que pudiera verse reducida como consecuencia de la introducción entre sus ingredientes de sustancias farmacológicas. No existiría, por tanto, una garantía de eficacia curativa o preventiva comprobada y evaluada que pudiese ser violentada a través de la conducta típica de alteración. Asimismo, al no tratarse de un fármaco avalado por la Administración sanitaria, tampoco cabría considerar una

⁸⁹³ Distinto sería el caso en que se alterasen típicamente medicamentos legalmente reconocidos para ser usados como productos dopantes por una pluralidad indeterminada de sujetos, que claramente podrían subsumirse bajo este inciso, aunque se hiciera un uso desviado de ellos. Al respecto, es ilustrativa la SAN 70/2008, de 11 de diciembre. En esta ocasión, se manipularon un número muy amplio de medicamentos anabolizantes que se mezclaban en una nave y se envasaban con una maquinaria específica, utilizando ampollas y envases vacíos, tapones y otros elementos que permitían su posterior distribución y comercialización en gimnasios por una empresa cuyo objeto social era el comercio al por menor de productos de dietética y salud.

eventual reducción de unos niveles de seguridad o de calidad que no han sido certificados previamente por la instancia competente en materia de medicamentos.

En definitiva, los productos nutricionales que contienen sustancias dopantes y que pueden suponer un riesgo para la salud de los consumidores no pueden entrar en la esfera de aplicación de las modalidades típicas señaladas porque no son medicamentos legalmente reconocidos *ab initio*. La detección en el mercado de su presencia llevará en principio a su retirada y, solo si se cumplen las premisas requeridas de peligro para la salud y concurren los elementos de las figuras correspondientes (en otro caso se estaría ante infracciones administrativas sancionables conforme establece la legislación sanitaria), cabrá plantearse la posibilidad de castigar penalmente. En estos casos, como voy a explicar a continuación, las posibilidades quedarán limitadas al primer inciso del artículo 361, o a los artículos 362.1 y 362 bis (si se tratase de una elaboración que pudiese calificarse como medicamento falsificado conforme al art. 362.1 Cp), en la medida en que se les atribuyan propiedades idóneas para preservar la salud y aparezcan destinados al ámbito propio del medicamento. De no ser así, habrá que valorar si cabe apreciar algún delito alimentario (por el ámbito de actividad a que se orienten, o porque sustancialmente el preparado cumpla también una función nutritiva)⁸⁹⁴, o incluso el injusto del artículo 359, o el del artículo 368 del Código penal, según la ocasión.

2. MODALIDADES DE APLICACIÓN (LIMITADA)

Excluida la posibilidad de considerar a los suplementos nutricionales dopantes como medicamentos legalmente reconocidos y, por tanto, desechada la aplicación de los artículos 361, segundo inciso, y 362.2 del Código penal, falta examinar si cabría la opción de encuadrarlos en los artículos 361, primer inciso, 362.1 y 362 bis, que tipifican comportamientos que tienen por objeto productos que no son genuinos fármacos, esto es, medicamentos no autorizados, medicamentos falsificados, y medicamentos falsificados o alterados, respectivamente.

Por lo que se refiere al primer inciso del artículo 361, que sanciona acciones que van desde la fabricación hasta la puesta a disposición de medicamentos que carezcan de la autorización exigida, la conclusión puede ser diversa según el alcance que se otorgue a esta modalidad. Así, si se admitiese que el término “medicamento” en este inciso abarca

⁸⁹⁴ Como ocurrió en la ya citada SAP Badajoz 8/2006, de 14 de febrero, a propósito de un preparado dietético que contenía la sustancia mazindol.

a productos que tan solo encajen en el amplio concepto administrativo de medicamento “por función”, centrado en la capacidad para *modificar* las funciones fisiológicas del ser humano, habría que acoger dentro del objeto material a aquellos suplementos nutritivos deportivos que se presentasen al público como meros preparados alimenticios, que contuviesen alguna sustancia farmacológica prohibida en el deporte entre sus ingredientes y que desencadenasen el peligro general típico para una pluralidad indeterminada de sujetos.

Por el contrario, de acuerdo con la interpretación que me parece más correcta, los suplementos nutricionales dopantes que únicamente pudieran responder a la noción de medicamento “por función” deberían quedar fuera del inciso mencionado. Creo que aceptar sin más que se atribuya la condición de medicamento no autorizado a cualquier compuesto que pueda afectar al organismo y que se haya elaborado al margen de los cauces previstos para que pueda circular como un fármaco legítimo sería disfuncional y ampliaría extraordinariamente el alcance del precepto en perjuicio de otras figuras que también sirven para salvaguardar la vida y la salud de los ciudadanos.

A mi juicio, para que estos suplementos alimenticios dopantes pudiesen constituir el objeto material “medicamento no autorizado” habrían de cumplir con el requisito necesario de que los consumidores los percibieran como medicamentos idóneos para tratar o prevenir enfermedades. En este sentido, estimo que en tanto se presentasen de un modo verosímil como compuestos de estas características, sería irrelevante que pudiera dárseles un uso desviado, para dopaje o con fines estéticos, por ejemplo. De modo que, si se verificase que el suplemento se presenta con indicaciones o propiedades terapéuticas y reúne condiciones para poner en riesgo la salud, cabría subsumir la conducta bajo el primer inciso del artículo 361 en tanto que es claro que no dispone de la autorización exigida por la ley. Al respecto, no está de más indicar que es frecuente que se trate de soslayar el riesgo de que el complemento se clasifique como un medicamento y se prohíba en atención a su presentación recurriendo a incorporar en el envase leyendas tales como “este producto no tiene por objeto diagnosticar, tratar, curar ni prevenir ninguna enfermedad”.

Aun con todo, hay que poner de relieve que, como he expresado más arriba, una interpretación integradora y sistemática de esta modalidad debería dejar fuera aquellas hipótesis en que la presentación del producto como medicamento sea engañosa respecto a los datos o características que se describen en el artículo 362.1. De ser así, considero que el hecho habría de encuadrarse en esta última norma o en el artículo 362 bis, según

sea la ubicación de la conducta en el *iter* que se inicia con la elaboración (art. 362.1 Cp) y se termina con la venta (art. 362 bis Cp). En consecuencia, habrá que estudiar el preparado en particular y su presentación en cada caso concreto para determinar si el artículo aplicable es uno u otro. Si, por ejemplo, pese a adoptar la apariencia de un complemento alimenticio, el mensaje publicitario que se transmite o la información que se adjunta le atribuye efectos curativos, pero no se falsean los extremos previstos en el artículo 362.1, el tipo que en mi opinión debería apreciarse sería el previsto en el primer inciso del citado artículo 361 del Código penal. Sin embargo, entiendo que, de concurrir el peligro requerido, la acción típica sería subsumible bajo el artículo 362.1 del texto penal si se fabrica con la apariencia de ser un verdadero medicamento, aunque no exista un modelo de referencia en el mercado, de modo que se presente externamente como tal, identificándolo falsamente como un fármaco controlado y legítimo, compuesto por ingredientes presuntamente adecuados y acompañado fraudulentamente de documentos que acrediten un origen o una trazabilidad inexistente. Y, del mismo modo, opino que será este el precepto a tener en cuenta si la conducta consiste en imitar el envase o el etiquetado de un medicamento genuino, indicando dolosamente, por ejemplo, una composición o una dosificación incorrecta. Aunque esta última posibilidad podría parecer más improbable al tratarse de compuestos que se lanzan al mercado como complementos alimenticios o suplementos dietéticos, se han detectado casos en los que adoptan simultáneamente la apariencia de suplemento y medicamento.⁸⁹⁵

En definitiva y para concluir, si el suplemento no cumple el requisito de la “presentación”, aunque tenga *de facto* una composición farmacológica, quedará fuera del alcance del inciso primero del artículo 361 y de los artículos 362.1 y 362 bis. Esto supone, como ya he adelantado, restringir considerablemente las posibilidades de aplicación de estos tipos farmacológicos ante esta clase de productos. Así, a mi modo de ver, sería atípico el comportamiento consistente en vender a través de Internet un suplemento peligroso envasado con una etiqueta y una información que indicase simplemente que se trata de un complemento alimenticio ideal para incrementar la masa muscular y potenciar la resistencia. No obstante, he de insistir en que tal atipicidad

⁸⁹⁵ Así, se ha advertido de la existencia en el mercado de complementos alimenticios que a su vez se anunciaban como medicamentos, incluso reproduciendo la etiqueta de medicamentos legalmente reconocidos. Concretamente, la *Food and Drug Administration* estadounidense ha alertado a los consumidores en relación de una serie de complementos alimenticios que se vendían también como medicamentos antimicrobianos, algunos de ellos con un etiquetado que imitaba un medicamento mejicano. En su etiquetado contenían afirmaciones de que curaban enfermedades como infecciones del sistema respiratorio superior, sinusitis, pulmonía o bronquitis. Puede consultarse la nota de prensa en <http://www.fda.gov/NewsEvents/Newsroom/PressAnnouncements/ucm255394.htm> [última consulta: 31 de marzo 2016].

respecto a los delitos relativos a medicamentos no conllevaría una desprotección de la salud, pues el sistema de tutela de la salud pública presenta recursos suficientes para abordar estos casos.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La nueva regulación penal de los denominados delitos relativos a medicamentos se caracteriza por ser especialmente farragosa y oscura. Se ha justificado en la necesidad de dar cumplimiento a obligaciones internacionales adquiridas para prevenir y evitar la elaboración y circulación de productos que son medicamentos ilegales, muchos de ellos fármacos falsificados, que no solo se distribuyen en el mercado negro, sino que se están introduciendo en los canales farmacéuticos autorizados. Muchos de estos preparados pueden constituir una amenaza para la vida o la salud de las personas, de ahí que las conductas que a ellos conciernen puedan merecer la intervención del Derecho penal. Sin embargo, la trasposición de la normativa internacional, efectuada de un modo precipitado e irreflexivo, con una deficiente calidad técnica, así como su integración con algunos de los tipos farmacológicos que preveía la normativa anterior a la reforma de 2015 y que se han mantenido, ha derivado en un régimen francamente complejo y confuso que dista con mucho de ser respetuoso con principios básicos como los de taxatividad (seguridad jurídica) o proporcionalidad, entre otros.

En el estudio acerca de las posibilidades de aplicar alguna infracción relativa a los medicamentos cuando la acción recae sobre los suplementos nutricionales dopantes que se examinan, el principal problema que se plantea es el de fijar cuál es el alcance de la referencia al medicamento de uso humano en los variados ilícitos. Con tal fin, la jurisprudencia y la doctrina han tratado de dotar de contenido al término buscando una definición válida en el orden penal, aunque con poca eficacia práctica. En general, se han propuesto acepciones amplias, ligadas a la noción extensiva que ofrece la legislación sanitaria, que atribuye tal condición atendiendo a que el producto se presente como poseedor de propiedades para el tratamiento o la prevención de enfermedades (criterio de la “presentación”), y/o cumpla o pueda cumplir la función de restaurar, corregir o modificar las funciones fisiológicas o de establecer un diagnóstico médico (criterio de la “función”). Asimismo, minoritariamente, se sostienen opiniones que identifican el medicamento con los legalmente reconocidos, en línea con el concepto

restrictivo que también se maneja en el orden administrativo a través de una interpretación integradora y sistemática de la normativa farmacéutica.

Ciertamente, parece que el concepto de medicamento debería circunscribirse exclusivamente a aquellas sustancias o combinaciones de sustancias que, además de cumplir con los dos criterios materiales descritos, cuenten con el reconocimiento legal que les confiere tal estatus jurídico y las habilita para circular en el tráfico jurídico. Tal reconocimiento formal es precisamente la garantía de que aquello que llega al consumidor es un auténtico fármaco, eficaz, seguro y de la calidad adecuada.

Ahora bien, un análisis detenido de las infracciones penales pone de relieve que la ley no utiliza un significado unívoco, sino que en unos casos emplea el vocablo con propiedad, para referirse a los medicamentos genuinos; y, en otros, se vale de la noción amplia señalada, haciendo un uso del término “medicamento” que considero impropio y que admite a sustancias de la más variada índole que, a mi juicio, no son verdaderos fármacos. En estos supuestos, la amplitud con la que se concibe puede ser excesiva y, por añadidura, suscitar conflictos normativos con otras disposiciones del mismo capítulo del Código penal que también se prevén para proteger la salud. Por ello, parece conveniente establecer límites si se quiere preservar la coherencia del sistema integral diseñado para tutelar la salud pública frente a los ataques más graves. En este sentido, entiendo que será un criterio básico exigir que el preparado se presente de un modo creíble como si fuera un medicamento dotado de propiedades terapéuticas y dirigido al ámbito de consumo que es propio de los fármacos, el de la prevención y el tratamiento de enfermedades.

Desde este planteamiento, cabe afirmar, por un lado, que cuando la acción verse sobre medicamentos que en origen cumplan con las prescripciones formales exigidas por la normativa farmacéutica que determinan el reconocimiento legal, aunque se utilicen desviadamente con fines dopantes, serán de aplicación las modalidades previstas en los artículos 361, segundo inciso y 362.2, ambos del Código penal. Para ello, habrán de darse los elementos requeridos por cada figura y será preciso que se genere un peligro común o general que vaya más allá del peligro individual para un deportista que exige el delito de dopaje.

Por otro lado, cuando la conducta afecte a un compuesto dopante que no sea un medicamento legalmente reconocido, sino un producto que se fabrica y comercializa con apariencia preventiva o curativa de enfermedades, pero orillando abiertamente la regulación farmacéutica, la operatividad de los tipos penales sobre medicamentos

quedará restringida a los artículos 361, primer inciso, 362.1 y 362 bis del Código penal. En relación con esta última norma hay que matizar que, puesto que los suplementos nutricionales dopantes no puede ser considerados medicamentos legítimos, su alcance quedaría restringido a las hipótesis en que se verifique que encajan en la descripción legal de los medicamentos falsificados, de modo que no cabría valorar la modalidad del artículo 362 bis en la vertiente que se refiere a los medicamentos alterados.

Solo estos preceptos, a mi juicio, tendrán capacidad para subsumir los hechos que conciernan a esta clase de objetos, en tanto se elaboran y comercializan al amparo de las normas más permisivas que conforman la legislación alimentaria. Con todo, la calificación dependerá, además de la necesaria concurrencia del peligro y el resto de elementos de la infracción en liza, de que el presunto suplemento nutricional cumpla con el criterio de la presentación, esto es, que su destino sea el propio del medicamento, de modo que a los ojos de los consumidores aparezca como un producto idóneo para curar una dolencia o prevenirla. Este límite, en mi opinión, implica que muchos de estos preparados quedarán fuera del ámbito de los delitos farmacológicos.

SECCIÓN TERCERA: LOS DELITOS DE FRAUDE ALIMENTARIO

I. INTRODUCCIÓN

Una vez analizadas las limitadas posibilidades de aplicar las figuras relativas a medicamentos en los supuestos en que la conducta recaiga sobre suplementos nutricionales que contengan sustancias dopantes prohibidas y se genere un peligro general para la salud, procede estudiar las opciones que ofrecen los denominados delitos de fraude alimentario nocivo en relación con esta clase de productos. Estas infracciones se recogen en los artículos 363 a 365 del Código penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 363: “Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de seis a doce meses e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por tiempo de tres a seis años los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores:

1. Ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.

2. Fabricando o vendiendo bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.

3. Traficando con géneros corrompidos.

4. Elaborando productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud, o comerciando con ellos.

5. Ocultando o sustrayendo efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos”.

Artículo 364: “1. El que adulterare 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, será castigado con las penas del artículo anterior. Si el reo fuera el propietario o el responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, se le impondrá, además, la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años.

2. Se impondrá la misma pena al que realice cualquiera de las siguientes conductas:

1.º 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 autorizados.

2.º *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.º *Sacrificar animales de abasto a los que se hayan aplicado tratamientos terapéuticos mediante sustancias de las referidas en el apartado 1.º*

4.º *Despachar al consumo público las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los períodos de espera en su caso reglamentariamente previstos”.*

Artículo 365: “*Será castigado con la pena de prisión de dos a seis años 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”.*

Algunas de las razones que me llevan a explorar la viabilidad de sancionar a través de la regulación penal sobre alimentos son las siguientes: la primera, que estos preparados, que se comercializan generalmente como complementos alimenticios o, en menor medida, como productos dietéticos, presentan con frecuencia una doble naturaleza, dopante y alimentaria.

La segunda razón reside en el ámbito de actividad o consumo al que se dirigen. Se distribuyen en el mercado alimentario (supermercados, tiendas de productos dietéticos, “naturales” o ecológicos) y, aunque también los suministran establecimientos (y páginas web) dedicados específicamente al deporte, lo cierto es que siempre aparecen asociados a la nutrición, como compuestos que mejoran el rendimiento deportivo porque complementan necesidades nutricionales de los consumidores.

La tercera razón que explica que se analicen las figuras relativas a alimentos es que podría entenderse que las conductas típicas que les afectan son potencialmente más lesivas que las que conciernen a los fármacos, en tanto que el peligro que generan es más extenso, lo que explicaría el hecho de que el Código penal prevea penas algo más severas en los tipos de alimentos que en los ilícitos relativos a medicamentos⁸⁹⁶. A pesar de que el bien jurídico tutelado es el mismo, a lo largo de ambos grupos de delitos se sancionan de modo diverso actuaciones de *creación o expendición de nocividad* que, en algunas modalidades, generan un mismo grado de peligro para el objeto de protección.

⁸⁹⁶ Aunque con la reforma de los delitos farmacológicos se han elevado notablemente las penas, llegándose casi a equiparar en algunas figuras con las previstas en varias de las infracciones de fraude alimentario (concretamente, las de los arts. 362 y 362 bis Cp en relación con las de los arts. 363 y 364 Cp), aun persisten diferencias penológicas (así la pena de prisión máxima prevista en el art. 361 Cp es de tres años, frente a los 4 años que puede alcanzar la pena prevista en los arts. 363 y 364, o a los seis años previstos como pena máxima de prisión en el art. 365 Cp). Pone de manifiesto los desajustes existentes en la regulación de los delitos contra la salud pública, señalando que “requieren un replanteamiento morfológico y penológico en profundidad”, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1072.

Cabe pensar, pues, que en la lógica del legislador penal el desigual tratamiento penológico pueda radicar en una diferente valoración del injusto de esas figuras típicas, concretamente en el entendimiento de que los comportamientos relativos a alimentos son más lesivos en potencia porque originan un peligro de alcance superior.

Esta mayor extensión del peligro que justificaría una hipotética aplicación de los tipos de fraude alimentario viene determinada, a mi juicio, por varios factores. En primer lugar, el mercado alimentario, en cierta medida menos controlado y restringido que el de los fármacos (y, por tanto, más inseguro)⁸⁹⁷. En segundo lugar, los canales de distribución empleados, que posibilitan un acceso libre, lo que supone una expansión del riesgo que no existiría si estos productos se comercializaran como medicamentos. A diferencia de lo que ocurre cuando se trata de alimentos, el ciudadano que necesita un medicamento teóricamente solo puede obtenerlo en una farmacia o un centro hospitalario y, en muchas ocasiones, precisa de prescripción médica (receta). En tercer lugar, el círculo de destinatarios de los alimentos, mucho más amplio que el de los consumidores de fármacos. Por último, en cuarto lugar, el perfil del consumidor, caracterizado también en función de cuál sea la presentación del suplemento. La presentación que se hace de estos elaborados, en mi opinión, puede jugar un papel fundamental en la percepción de los mismos, que no debería quedar en un segundo plano. La imagen asociada a ellos, como suplementos de carácter alimenticio, conduce a que quien emplea estos preparados confíe inicialmente en que está complementando su dieta con un producto sano, que le va a fortalecer y va a mejorar su rendimiento deportivo de forma “natural”. Si la percepción ciudadana equiparase el suplemento deportivo al medicamento, la posición del consumidor sería distinta, pues no solo contaría con un control médico y farmacológico adecuado, sino que tendría más posibilidades de autoprotección, limitando su uso o evitando su adquisición por vías que devendrían ilegales. Así pues, estimo que podría apoyarse la posibilidad de calificar algunos comportamientos que recaigan sobre suplementos nutricionales dopantes peligrosos para la salud a través de las infracciones de fraude alimentario, en tanto que materialmente el bien jurídico protegido es expuesto a un riesgo más propio de esta clase de delitos.

⁸⁹⁷ Estos rasgos característicos se ponen de manifiesto por ÍÑIGO CORROZA, M. E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001, pág. 218, al señalar que en el campo del medicamento la regulación administrativa es muy compleja, no existiendo prácticamente espacios de riesgo permitidos. Por el contrario, en el campo alimentario hay menos control administrativo y el riesgo permitido es mayor, quizás como una consecuencia de los intereses políticos y económicos que subyacen.

Sentado lo anterior, cabría volver a plantear la aplicación del tipo de dopaje si el suplemento nutritivo dopante, por su contenido, reiteración de la ingesta u otras circunstancias, pone en peligro (individual) la salud del deportista. Sin embargo, como indicaba al estudiar la viabilidad de los injustos sobre medicamentos, la propia estructura de este delito limita su alcance, por lo que en los casos en que se produzca un peligro general o común para la salud habrá que determinar qué figura de peligro general es aplicable y, concretamente, si cabría apreciar algún ilícito alimentario de los regulados en los artículos 363 a 365 del Código penal.

Con este propósito, el análisis se desarrollará en tres fases: en la primera, examinaré si estos suplementos nutricionales dopantes pueden constituir alguno o varios de los objetos materiales previstos en la regulación penal especificada. De nuevo, como ocurría en relación con los delitos relativos a medicamentos y elementos afines, se plantea aquí la necesidad de comprobar si un producto de estas características puede quedar incluido en el concepto de alimento. En la segunda, trataré algunas cuestiones preliminares comunes a los delitos de fraude alimentario que considero importantes para tener una visión general de estas infracciones penales y, a continuación, abordaré aquellas figuras que, por razón del objeto material, sean en principio susceptibles de ser apreciadas, señalando los aspectos más controvertidos de cada una y las consecuencias que comportan las diferentes interpretaciones en relación con los preparados alimenticios objeto de este capítulo. Para finalizar, en la tercera fase del estudio procederé a concretar las posibilidades de aplicación de los ilícitos de fraude alimentario a los suplementos nutricionales deportivos peligrosos.

II. LOS SUPLEMENTOS NUTRICIONALES DOPANTES PELIGROSOS COMO OBJETO MATERIAL DE LOS DELITOS DE FRAUDE ALIMENTARIO

1. LOS OBJETOS MATERIALES DE LOS DELITOS DE FRAUDE ALIMENTARIO

1.1. Introducción

Los preceptos penales relativos a medicamentos y los que se refieren a alimentos tienen varias cosas en común. Así, además de ser oscuros y recurrir a la técnica de la ley penal en blanco, se caracterizan porque establecen una serie de conceptos normativos pendientes de valoración cuya interpretación requiere atender también a lo que dispone

la normativa administrativa que, no obstante, en principio no es vinculante a estos efectos en el orden penal⁸⁹⁸. Se podría sostener, incluso, que se produce un abuso, por la ingente cantidad de elementos que necesitan ser dotados de contenido. Consecuencia de ello es que la indeterminación que genera este exceso conduce inexorablemente a una afectación del principio de seguridad jurídica⁸⁹⁹. Concretamente, en lo que concierne a los ilícitos de fraude alimentario, figuran referencias tan imprecisas como “productores”, “distribuidores”, “comerciantes”, “caducidad”, “composición”, “ofreciendo”, “mercado”, “nocivos”, “corrompidos” o “adulterare”. Entre estos conceptos me interesa reseñar algunos de los que aluden a los distintos objetos materiales de estos delitos, concretamente: “productos alimentarios”, “bebidas”, “comestibles”, “géneros”, “productos”, “efectos”, “alimentos”, “sustancias”, “bebidas” y “sustancias alimenticias”.

Un primer análisis de estos términos pone de manifiesto alguna disfunción significativa. Por una parte, cuando se acude a la normativa administrativa en busca de definiciones o criterios válidos en ese ámbito a efectos de interpretación en el orden penal, no existe correspondencia entre la terminología que emplea el Código penal y la que utiliza la legislación administrativa⁹⁰⁰ (fundamentalmente el Código Alimentario

⁸⁹⁸ Así, por lo que se refiere a las figuras de fraude alimentario, se aprecian remisiones a las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición, a la normativa aplicable sobre autorización de uso, sobre autorización de “agentes”, o a la normativa técnico-sanitaria sobre productos cárnicos y otros productos de origen animal. El empleo de la técnica de la remisión normativa ha sido una constante en este ámbito. Véanse, en referencia a la legislación penal anterior a 1995, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 236-240; DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, en *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre 1992, pág. 150. Por lo que concierne a la regulación posterior, que se ha mantenido sin modificaciones por la Ley Orgánica 1/2015, pueden consultarse ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 79-95; BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1664; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., págs. 758-759; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1463; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 363”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, pág. 593; IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., págs. 371, 378-379; *id.*, “Artículo 364”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 383-384; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 567; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., cit., pág. 582; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 635; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 363”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, pág. 194.

⁸⁹⁹ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, pág. 204; DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 150. Muy críticas, en referencia al artículo 364.2 del Código penal, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 100 y 105; ESCOBAR VÉLEZ, S., *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, cit., pág. 93.

⁹⁰⁰ Esta disfunción, perfectamente trasladable a la regulación vigente, ya se señalaba, en relación con la redacción de los artículos 346 y 347 del Código penal de 1973 por DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 150. Denuncia este exceso

Español de 1967, aprobado por D 2484/1967, de 21 de septiembre, en adelante CAE)⁹⁰¹. Por ejemplo, el CAE no distingue entre “comestibles” o “bebidas”, como hace el texto penal, ni tampoco relaciona ni define elementos típicos como las “sustancias alimenticias”.

Por otra parte, se producen solapamientos de objetos materiales que solo conducen a la confusión. Por ejemplo, cuando se habla de “bebidas o comestibles”, de “alimentos, sustancias o bebidas”, o de “sustancias alimenticias”.

Además, si bien los objetos materiales parece que apuntan a que se protege exclusivamente el marco alimentario, esto no es así. La alusión a “productos”, “géneros” y “efectos” ha llevado al entendimiento de que la esfera alimentaria no es la única que se tutela, sino que, con carácter general, lo que se regula es la intervención penal por productos defectuosos de cualquier índole destinados a los consumidores y usuarios⁹⁰².

1.2. Delimitación

En conexión con lo anterior, corresponde delimitar a continuación cada uno de los objetos señalados, atendiendo, en su caso, a la normativa administrativa de ámbito nacional y comunitario, así como a las opiniones doctrinales y jurisprudenciales en la materia. El examen de estos elementos del tipo permitirá corroborar las afirmaciones previamente expuestas.

a) “Productos alimentarios” (art. 363.1 Cp). El artículo 363 del Código penal se refiere en su primer apartado a los “productos alimentarios”, que han de ofrecerse “con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”. Si se acude a la legislación comunitaria, que ha de tenerse

en la regulación vigente, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., pág. 204

⁹⁰¹ La última modificación del Decreto 2484/1967, por el que se aprueba el CAE, es de diciembre de 2012.

⁹⁰² DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 343-346; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1468 (en referencia al art. 363.4 Cp); IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 375. Considera que el apartado 4 del artículo 363 (el más amplio, al referirse a “productos”) constituye un tipo de recogida, que abarca “cualquier objeto que se destine al mercado”, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253. Ofrece una definición de “responsabilidad penal por los productos”, ÍÑIGO CORROZA, M. E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001, pág. 61.

muy presente en la esfera alimentaria, se puede comprobar que el Reglamento (CE) 178/2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero, por el que se establecen los principios y los requisitos generales de la legislación alimentaria, se crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan procedimientos relativos a la seguridad alimentaria, no recoge una definición al respecto. Sin embargo, sí ofrece un concepto el CAE, que los define en su artículo 1.02.13 como “todas las materias no nocivas, en sentido absoluto o relativo, que, sin valor nutritivo, puedan ser utilizadas en la alimentación”. Este concepto, sin embargo, no se acepta completamente por los autores en el orden penal. Si se repara en la dicción literal, se observa que al contemplar materias sin valor nutritivo, podrían estar excluyéndose los productos alimenticios que cumplen una función nutritiva lo que, trasladado a la figura penal en cuestión parece incoherente, por razones obvias⁹⁰³. Así pues, con carácter general se admite que los productos alimentarios engloban, por tanto, no solo a los alimentos en sentido estricto o productos alimenticios, que son lo mismo de acuerdo con el art. 2 del Reglamento (CE) 178/2002, sino cualesquiera otros que puedan ser utilizados en la alimentación, como los aditivos⁹⁰⁴.

En relación con el alcance de este objeto material se discute en la doctrina si cabría o no incluir entre los productos alimentarios a los útiles alimentarios, que, conforme al artículo 1.02.14 del CAE abarcan, de un lado, los vehículos de transporte, maquinaria, utillajes, recipientes, envases, embalajes, etiquetas y precintos de todas clases en cuanto usualmente se utilicen para la elaboración, fraccionamiento, conservación, transporte, rotulación, precintado y exposición de alimentos o de productos alimentarios; y, de otro lado, los productos, materias, utensilios y enseres de uso y consumo doméstico. Al respecto, algunos autores descartan tal posibilidad por considerarla una extensión inviable del concepto de alimento⁹⁰⁵, si bien otros la secundan, porque entienden que hay productos relativos a los alimentos, que los acompañan, y que pueden determinar su

⁹⁰³ Apunta la posibilidad de una interpretación en este sentido DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, cit., pág. 346, nota 6.

⁹⁰⁴ Es interesante poner de manifiesto que el anterior artículo 346 del Código penal de 1973, así como el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992, designaban como objeto material a los “productos alimenticios”, lo que venía siendo ampliamente criticado por algunos autores, porque restringía el ámbito de aplicación del precepto. El código penal de 1995, atendiendo a estas demandas, modificó esta referencia, sustituyéndola por la de “productos alimentarios”.

⁹⁰⁵ Así, no los admiten CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 760; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 40.

nocividad, bien porque puedan transmitir alguna propiedad tóxica al alimento, o porque puedan provocar que este se vea alterado en su naturaleza con peligro para la salud⁹⁰⁶.

b) “Bebidas o comestibles” (art. 363.2 Cp). El tipo restringe la acción a los supuestos en que se fabriquen o vendan “bebidas o comestibles” que se destinen “al consumo público y (sean) nocivos para la salud” quedando excluidos, en consecuencia, aquellos que tengan un destino privativo o que sean inocuos⁹⁰⁷. Las bebidas o comestibles no aparecen expresamente contempladas en las definiciones que proporciona la legislación comunitaria y el CAE. No obstante, el propio concepto de alimento que ofrece el artículo 2 del Reglamento (CE) 178/2002 los abarca con claridad: “A efectos del presente Reglamento, se entenderá por «alimento» (o «producto alimenticio») cualquier sustancia o producto destinados a ser ingeridos por los seres humanos o con probabilidad razonable de serlo, tanto si han sido transformados entera o parcialmente como si no. «Alimento» incluye las bebidas, la goma de mascar y cualquier sustancia, incluida el agua, incorporada voluntariamente al alimento durante su fabricación, preparación o tratamiento. Se incluirá el agua después del punto de cumplimiento definido en el artículo 6 de la Directiva 98/83/CE y sin perjuicio de los requisitos estipulados en las Directivas 80/778/CEE y 98/ 83/CE.”

Podría pensarse que con la alusión tan solo a “bebidas o comestibles” la norma pretende reducir el objeto material de la acción, excluyendo del mismo a los productos alimentarios que no sean propiamente alimentos, a los géneros, a los efectos y a los productos a que se refiere en los apartados siguientes de este artículo. La consecuencia de una interpretación así llevaría a excluir la punición a través de este apartado de aquellos casos en que se fabriquen o se vendan objetos nocivos que no sean estrictamente bebidas o comestibles. Sin embargo, podría interpretarse que estamos ante una restricción relativa, ya que si bien el objeto material es restrictivo respecto al conjunto de productos de uso o consumo en la medida en que ha de tratarse de alimentos o bebidas (lo que implica, por ejemplo, la imposibilidad de incluir los casos en que se vende un juguete nocivo, que quedarían reservados al art. 363.4 Cp), es al mismo tiempo más amplio. La razón de esta amplitud es que, a diferencia de lo prescrito

⁹⁰⁶ Entienden que tienen cabida en este objeto material, en tanto los útiles alimentarios sean susceptibles de ser ofertados con el alimento propiamente dicho PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 268-269; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1464. También los considera incluidos DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, cit., pág. 346.

⁹⁰⁷ RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 184.

en el apartado primero, en el apartado segundo el origen de la nocividad es indiferente, de modo que su aplicación también alcanzaría a las hipótesis en que la nocividad traiga causa de otra clase de objetos (un envase, un vehículo, o incluso las instalaciones donde se fabrica la bebida o el comestible), en tanto en cuanto se proyecte sobre el comestible o la bebida⁹⁰⁸.

c) “Géneros” (art. 363.3 Cp). En principio, por lo que respecta a este elemento, podría decirse que, objetivamente, los “géneros” no son coincidentes con los productos alimentarios, las bebidas o los comestibles. El DRAE define “género”, en el ámbito del comercio, como “mercancía”⁹⁰⁹. Sin embargo, dado que el tipo expresamente exige que los géneros se hallen corrompidos, es precisamente este estado de corrupción el que hay que tomar en consideración para tratar de acotarlo. Al respecto, se observa que es difícil encontrar un concepto de “corrupción” claro y preciso. Por un lado, el DRAE describe “corromper” como “echar a perder, depravar, dañar o pudrir algo”⁹¹⁰; por otro lado, podría identificarse el “género corrompido” con la definición que efectúa el CAE de “alimento contaminado”: “todo alimento que contenga gérmenes patógenos, sustancias químicas radioactivas, toxinas o parásitos capaces de transmitir enfermedades al hombre o a los animales”. Esta indeterminación tiene su reflejo en la gran variedad de vocablos de distinto alcance que se utilizan en la doctrina y la jurisprudencia para identificar qué se entiende por “corrompido”: en “mal estado”, “contaminado”, “contagiado”, “estropeado”, “podrido”, “rancio”, “pasado”, “putrefacto”, “descompuesto”, etcétera⁹¹¹. Con todo, la jurisprudencia parece decantarse por un concepto lato⁹¹², que secundan algunos autores, equivalente a “descomposición”, a “putrefacción” y, también, a “adulteración, alteración o conmixción, producidas por causas naturales o de forma artificial”⁹¹³.

Así las cosas, puede decirse que se aprecian dos líneas interpretativas para concretar el objeto material “géneros”. La primera, de carácter amplio, admite a todo tipo de

⁹⁰⁸ De esta opinión, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466.

⁹⁰⁹ Cuarta acepción del DRAE (23ª ed.).

⁹¹⁰ Segunda acepción del DRAE (23ª ed.).

⁹¹¹ Muchos de estos adjetivos se pueden encontrar en diversas sentencias del Tribunal Supremo. En este sentido, véanse a título de ejemplo las SSTs de 26 de septiembre de 1973, 29 de noviembre de 1976, 7 de diciembre de 1976, 15 de diciembre de 1976, 18 de diciembre de 1981, 12 de abril de 1989, o 10 de marzo de 1992.

⁹¹² Así lo indica DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 41.

⁹¹³ Puede consultarse la STS 780/1982, de 22 de mayo, que corrobora este concepto sustentado por otras sentencias anteriores del mismo tribunal, específicamente: las SSTs de 6 de junio de 1905, de 23 de abril de 1906, de 21 de junio de 1907, de 30 de enero de 1909, de 20 de marzo de 1920 y de 30 de noviembre de 1927. No obstante, hay que señalar que el Tribunal ha reconocido que incluir a un vino adulterado con arsénico en el apartado referido a géneros corrompidos implicaría una interpretación extensiva.

objetos cuyo uso o consumo pueda afectar negativamente a la salud, de modo que con ella se da cabida a objetos al margen del ámbito estrictamente alimentario (habría que incluir, por tanto, elementos como juguetes, calzado, pequeños electrodomésticos, etc.)⁹¹⁴. La segunda línea, más restrictiva, agrupa a su vez dos posiciones diferenciadas. En particular, de una parte, un sector de la doctrina entiende que los “géneros” se identifican con los productos alimentarios (comprendidos de alimentos en sentido estricto, cualesquiera otros productos o sustancias que puedan ser utilizados en la alimentación y útiles alimentarios)⁹¹⁵; y, de otra parte, partiendo de una noción más limitada de “corrupción”, otro sector considera que el estado corrupto del género determina que, en la práctica, la expresión se limite a los alimentos, que son los que normalmente son susceptibles de corrupción⁹¹⁶. En consecuencia, el alcance material de este apartado tercero del artículo 363 del Código penal quedará a expensas de cuál sea la interpretación que se apoye.

d) “Productos” (art. 363.4 Cp). Lo que caracteriza aquí al producto es que su “uso no se halle autorizado”, como indica el precepto. Al margen de la controversia que suscita la referencia a que el producto sea de “uso no autorizado”⁹¹⁷, se puede afirmar que

⁹¹⁴ BALLESTEROS MARTÍN, J. M. “El delito alimentario”, *Protección penal de consumidores y usuarios, Manuales de Formación Continuada*, núm. 15, Consejo General del Poder Judicial, 2001, pág. 235; RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 187; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 601. Con dudas, señalando que, si bien la amplia referencia a “géneros” posibilitaría también acoger productos no alimenticios o alimentarios, la condición legal de que se hallen corrompidos parece apuntar al ámbito alimentario, DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, cit., pág. 346, nota al pie 5.

⁹¹⁵ CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 761; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253 (que, no especifica, tan solo alude a los productos alimentarios); PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 281.

⁹¹⁶ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1467. También en este sentido, GUINARTE CABADA, G., “Artículo 363”, cit., pág. 593. Parece de esta opinión, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 631 (aunque expresamente se refiere a “productos alimentarios”, se infiere que los equipara a los alimentos).

⁹¹⁷ De “referencia perturbadora” la califica GARCÍA ALBERO pues, como señala, normalmente las prohibiciones o autorizaciones van referidas a la producción y a la comercialización, y no al uso en sentido estricto del objeto que se comercializa. Este autor considera que las autorizaciones o prohibiciones de fabricación o comercialización no pueden cumplir el tipo, porque no están referidas al uso y, por tanto, su toma en consideración llevaría a una interpretación extensiva rayana con la analogía *in malam partem*, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1468-1469. También considera perturbador para la interpretación que la alusión a la falta de autorización esté referida al uso, GUINARTE CABADA, G., “Artículo 363”, cit., pág. 593. Por su parte, DE VICENTE MARTÍNEZ interpreta que con esta locución la ley se refiere a géneros no reconocidos legalmente, o sea, se trata de productos que “no han de gozar de las normas de confección, producción y garantía exigibles legalmente, bien por omisión de las normas reglamentarias o por prohibición expresa”, en *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 42. En el mismo sentido, CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 761. RUBIO LARA señala que el tipo se refiere a la “debida autorización”, como la que cubre la posibilidad de elaborar o comercializar estos concretos productos. La preceptiva autorización administrativa se erige así en un elemento normativo del tipo y constituye una condición objetiva de punibilidad, en Artículo 363”, cit., pág. 189. De otro parecer, DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de

genéricamente se entiende que “productos” son cualesquiera, de cualquier género o naturaleza, de ahí que se afirme que esta modalidad puede convertirse en un “precepto de recogida o básico de las afecciones a la salud provenientes de objetos de consumo no regulados específicamente en el Código penal”⁹¹⁸. El desacuerdo se plantea en relación a si, además de productos no alimenticios o alimentarios, cabría incluir también a los objetos propios del ámbito alimentario, dado que estos ya se contemplan en los números precedentes, aunque parece que la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia consideran que sí, probablemente para evitar hipotéticas lagunas de impunidad⁹¹⁹. En mi opinión, sin embargo, esta modalidad debería reservarse como tipo de recogida para aquellos supuestos en que el peligro para la salud pública derive de otros productos de uso. Creo que sostener un concepto tan extenso de “producto” carece de sentido a la vista de la regulación precedente. Y es que, si en los números anteriores ya se sancionan conductas de *creación y expendición de nocividad* (“fabricar”, “ofrecer”, “vender”, “traficar”), que afectan a la esfera alimentaria en sentido amplio (“productos alimentarios”, “bebidas”, “comestibles”, “géneros”), parece redundante que nuevamente quieran sancionarse la elaboración y el comercio de estos objetos, pues se trata de comportamientos que ya se encuentran incluidos en las modalidades anteriores. Además, opino que el tenor literal del precepto puede contribuir a perfilar en este sentido el objeto de la acción, pues ha de tratarse de objetos de “uso”, lo que excluye al menos a los alimentos, que son productos de “consumo”.

fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 163, quien estima que tal expresión induce a confusión pues, normalmente, indica que los objetos cuyo uso sea nocivo en general ya estarán prohibidos, con lo que la alusión a la falta de autorización es redundante.

⁹¹⁸ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1468. Entienden que se trata de un tipo de recogida CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 633 (que lo califica de “tipo general residual”).

⁹¹⁹ A favor de considerar que los productos pueden ser de cualquier clase, excluyendo los alimentarios, ya recogidos en los delitos precedentes, RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 191. También parece pronunciarse en este sentido, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1468. Por el contrario, admiten tanto a los objetos propios del ámbito alimentario como a los que están fuera de él, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253 (“cualquier objeto que se destine al mercado”); DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, cit., pág. 346; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 285 (en referencia a los “objetos” que constituían el objeto material del anterior art. 346.2 del Código penal de 1973, posteriormente sustituido por el apartado que nos ocupa); QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1070; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., págs. 633-634. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 780/1982, de 22 de mayo, consideró aplicable la modalidad delictiva referida a “objetos cuyo uso sea nocivo para la salud” del artículo 346 del Código penal de 1973 (precedente del actual apartado 4 del artículo 363 del texto penal) a un supuesto de venta de vino adulterado con arsénico, incluyendo por tanto a los alimentos en este objeto material.

e) “Efectos” (art. 363.5 Cp). La norma establece el requisito de que los efectos estén destinados a ser inutilizados o desinfectados, obviamente por razones de protección de la salud pública. También este término, como ocurre con los “géneros”, se define ampliamente por el DRAE (“artículo de comercio”)⁹²⁰, lo que posibilita también acoger toda clase de objetos de uso o consumo en principio (del ámbito alimentario o no)⁹²¹. No obstante, algunos autores restringen su alcance a los productos alimentarios exclusivamente⁹²².

f) “Alimentos, sustancias o bebidas” (art. 364.1 Cp). Anteriormente ha quedado expuesto el concepto de alimento, tal y como lo define el artículo 2 del Reglamento (CE) 178/2002. Esta amplia definición recoge una lista de sustancias que se consideran alimentos y, también, una lista de otras que quedan expresamente excluidas (entre ellas, los medicamentos). De acuerdo con lo que se establece en ella, por tanto, será alimento cualquier sustancia o producto, independientemente de que adopte forma sólida, líquida o gaseosa que esté destinada a ser ingerida por las personas (con cualquier fin, nutritivo, frutivo, o de otro tipo) o con probabilidad de serlo, haya sido transformada en todo o en parte, o no. En este sentido, pues, cabría afirmar que la utilización por el Código penal del término “bebidas” es claramente redundante. Mayor complejidad comporta interpretar el significado de “sustancias”, con el que parece que la norma pretende referirse a algo diferente del alimento. Desde luego, es un dato primordial, exigido expresamente, que se destinen al comercio alimentario. Pero, a partir de ahí, surgen dudas. Algún autor contempla la posibilidad de que se trate de otras sustancias que enriquecen los alimentos, que no son aditivos, y que pueden ser objeto de comercio alimentario⁹²³; otros, incluyen también sustancias estimulantes como el café, el té o el

⁹²⁰ Cuarta acepción del DRAE (23ª ed.).

⁹²¹ Apunta esta posibilidad DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, cit., pág. 346, nota 5. Abiertamente a favor de incluir cualquier producto, incluidos los de uso alimenticio, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 633. Señala que el concepto de “efectos” abarca “cualquier objeto destinado al uso o consumo”, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1470.

⁹²² Entre otros, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 288. Indica GARCÍA ALBERO que la jurisprudencia ha venido haciendo también una interpretación restrictiva, reservando el artículo 347.1 del anterior Código penal de 1973 (antecedente del actual art. 363.5) a los comestibles y bebidas. Al efecto, cita las SSTs de 30 de enero 1954, 20 de mayo 1955, 18 de enero 1964, 10 de octubre 1988 y 12 de abril 1989, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1470.

⁹²³ Ya lo apuntó PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, pág. 1081, nota 42. En igual sentido, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., págs. 217-218.

tabaco⁹²⁴; y, también, hay quien propugna un contenido más extenso, que comprenda a los productos alimentarios *lato sensu* (por ejemplo, envases)⁹²⁵

g) “Sustancias alimenticias” (art. 365 Cp). Castiga este apartado el envenenamiento o adulteración de “aguas potables” y “sustancias alimenticias” con sustancias gravemente nocivas para la salud. En este caso, el elemento finalístico que contiene el tipo exige que estén destinadas al “uso público” o al “consumo de una colectividad de personas”. La diferencia esencial con el precepto anterior, que también sanciona la adulteración en su apartado primero, radica en el carácter gravemente nocivo para la salud, lo que justifica una mayor severidad punitiva. Quizás porque la jurisprudencia en varias de sus resoluciones utiliza la expresión “sustancias alimenticias” como sinónimo de “comestibles”, “bebidas” o “alimentos”⁹²⁶, no se aprecia en la literatura una gran controversia respecto a qué comprenden. Así, se identifican en general con los “alimentos y sus complementos”⁹²⁷, o con los productos alimentarios⁹²⁸.

En definitiva, a la vista de las consideraciones expuestas y conforme he anticipado, el análisis de los diversos objetos materiales sobre los que recaen las conductas de los denominados delitos de fraude alimentario confirma las dificultades a la hora de calificar las conductas ilícitas que puedan plantearse. Contribuyen a ello la falta de acuerdo sobre el alcance de algunos y la duplicidad que se advierte en ocasiones, unidas a la complejidad que comporta desentrañar otros elementos de estos delitos.

2. LA CONTROVERTIDA NATURALEZA DE LOS SUPLEMENTOS NUTRICIONALES DEPORTIVOS DOPANTES Y SU ENCAJE EN LOS OBJETOS MATERIALES TÍPICOS

Los suplementos nutricionales para deportistas, como se ha visto, se lanzan

⁹²⁴ BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1674.

⁹²⁵ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1473; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 635.

⁹²⁶ Así lo indica DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 162, nota 25.

⁹²⁷ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1075.

⁹²⁸ CRUZ BLANCA, M. J., “Artículo 365”, cit., pág. 254; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 365”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, pág. 595. Críticamente con la expresión, que ya se incluía en el Proyecto de Código penal de 1992, DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 162, nota 25. Señala este autor que su empleo le parece desacertado, por su indeterminación. Es más, considera dudoso que con ella se esté aludiendo a los alimentos en general, por las menciones que en otros preceptos se hacen a “sustancias” que parecen pretender distinguirse de las “sustancias alimenticias” (que serían, trasladando el comentario al articulado del Código vigente, las “sustancias” que aparecen en el art. 364.1 Cp, junto a los alimentos y bebidas; y, también, las “sustancias” a las que el propio art. 365 Cp califica de “infecciosas”). Sin embargo, finalmente concluye con BOIX REIG, que las sustancias alimenticias hacen referencia a los “objetos nutritivos”, aunque entendidos de un modo amplio y no solo reducidos a los contenidos esenciales que los hacen, propiamente alimenticios, como pudiera sugerir la expresión indicada, en “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1676.

habitualmente al mercado como complementos alimenticios y, en un porcentaje muy inferior, como los conocidos comúnmente como productos dietéticos. Adoptan, por tanto, el formato de un producto alimenticio que cada día alcanza a un segmento mayor de la población integrado tanto por deportistas, como por ciudadanos de cualquier condición.

Su naturaleza, como ya he señalado, es controvertida. Por una parte, el régimen al que se sujetan inicialmente, compuesto por un complejo entramado de normas estatales y comunitarias, los sitúa entre los alimentos: los complementos alimenticios, como productos alimenticios que complementan la dieta, y los productos dietéticos, como preparados alimenticios que se destinan a satisfacer necesidades nutritivas particulares de determinados individuos. La normativa específica que los regula, sin embargo, no parece que garantice suficientemente el control y la seguridad de estos productos, pues se aprecia un deficiente control administrativo y también se observan carencias en la regulación de su composición⁹²⁹. Por otra parte, desde un punto de vista material, es una realidad que se trata de preparados fronterizos, de naturaleza ambigua, que en ocasiones se encuentran a caballo entre el alimento y el medicamento. Precisamente, la constatación de este extremo, entre otros, es la que llevó a modificar el concepto amplio de medicamento que proporcionaba la normativa comunitaria, para evitar dudas sobre la legislación aplicable cuando un producto pudiese encajar plenamente en tal acepción (medicamento “por función” o “por presentación”) pero pudiera responder también a la definición contemplada en otra norma⁹³⁰. De este modo, se estableció la regla “para caso de duda” (art. 2.2 Directiva 2001/83/CE y art. 8.6 RDL 1/2015), que determina que en estas ocasiones la legislación a la que deberá quedar sometido el compuesto es la relativa a medicamentos.

Así las cosas, habrá hipótesis en las que el complemento alimenticio o el preparado dietético, por su composición o por el modo en que se presente ante los consumidores sea considerado medicamento a los efectos de sujetarse a la normativa farmacéutica. Justamente, esta será la calificación cuando se trate un suplemento nutricional que circule en el mercado alimentario como un simple preparado alimenticio y que contenga sustancias dopantes medicamentosas: la regla “para caso de duda” obligará a que quede supeditado exclusivamente a la regulación administrativa en materia de medicamentos, por aplicación de la noción de medicamento “por función”. Ahora bien, caso de que sea

⁹²⁹ Véanse *supra* págs. 291 y ss.

⁹³⁰ Véanse *supra* págs. 322 y ss.

necesaria la intervención del Derecho penal, cabe plantearse si podría acudirse a alguna de las figuras de fraude alimentario que se recogen en el capítulo de los delitos contra la salud pública. Para ello, como primer requisito, habría que poder sostener que estos suplementos pueden constituir alguno de los objetos materiales allí descritos, sobre lo que me pronunciaré enseguida. Con todo, la cuestión previa es determinar si el sometimiento a la normativa farmacéutica por aplicación de la regla “para caso de duda” podría suponer un obstáculo a estos efectos.

A mi juicio, esta sujeción a la legislación administrativa específica no comporta necesariamente la aplicación de los ilícitos sobre medicamentos y la exclusión automática de los delitos de fraude alimentario. Como he explicado al analizar la viabilidad de los delitos farmacológicos ante esta clase de compuestos, el alcance de estos injustos es limitado y no abarca los productos que se califican como medicamentos únicamente atendiendo al criterio de la “función” que proporciona el Real Decreto Legislativo 1/2015. En estos casos, es cierto que la reforma de 2015 ha abierto la posibilidad de sancionar a través del primer inciso del artículo 361 del Código penal al contemplar a los “medicamentos no autorizados” como objeto material. Sin embargo, he puesto de manifiesto que la vasta definición administrativa de medicamento que atribuye tal condición únicamente en atención a que el preparado pueda restaurar, corregir o *modificar* las funciones fisiológicas (medicamento “por función”), aunque no se presente como fármaco ni se dirija al mercado (reglado o clandestino) de medicamentos, no ha de considerarse vinculante para el Derecho penal. Por consiguiente, y en mi opinión, no debería utilizarse para reconducir al ámbito del primer inciso del artículo 361 del Código penal (como “medicamentos que carezcan de autorización”) a aquellos suplementos nutricionales que contengan sustancias dopantes y adopten la apariencia de ser simples preparados alimenticios inocuos⁹³¹. Además de que resulta excesiva, entiendo que no debe condicionar la aplicación de otras infracciones cuyo objeto material puede englobar también a esta clase de productos. Así pues, cabe sostener que la aplicación de la regla “para caso de duda” a los suplementos nutricionales dopantes en estudio no ha de representar un problema en orden a valorar la aplicación de los delitos de fraude alimentario. Aunque obliga a considerarlos medicamentos a los efectos de aplicar la legislación farmacéutica pese a encajar también en las definiciones que ofrece la normativa alimentaria, no hay que olvidar que

⁹³¹ Véanse *supra* págs. 410 y ss.

se establece en el ámbito estrictamente administrativo, pero no hay una imposición expresa de tal criterio en el campo del Derecho penal.

Sentado lo anterior, no parece especialmente conflictivo que los compuestos de este tipo puedan integrarse en alguno de los objetos de la acción previstos en los artículos 363 a 365 del Código penal. Conforme he referido, formalmente se comercializan como alimentos, se dirigen al ámbito del consumo alimentario, impropio del medicamento, y, además, sustancialmente pueden desarrollar también una función nutricional. Hay, por tanto, argumentos que apuntan a la posibilidad de contemplar las figuras de fraude alimentario en aquellas ocasiones en que el suplemento nutricional no adopte la apariencia de ser un fármaco dotado de propiedades para prevenir o tratar enfermedades (supuestos en los que sí podrían entrar en juego los tipos relativos a medicamentos susceptibles de aplicación).

Partiendo de esta conclusión general, y vista la clase de productos que conforman los objetos materiales de estos delitos así como la interpretación acerca de su contenido, parece que, en principio (a condición de que concurren los elementos típicos correspondientes), un suplemento nutricional que contuviese sustancias prohibidas en el deporte podría encuadrarse en las categorías “productos alimentarios”, “bebidas” (cuando se trate de líquidos destinados a ser ingeridos), “comestibles” (cuando, por ejemplo, se presenten como pastillas, cápsulas, tabletas, píldoras o polvos), “géneros” o “efectos” (sea cual sea la interpretación que se sostenga sobre los mismos) y “sustancias alimenticias”. Más dudas puede generar su inclusión en las “sustancias” a que se refiere el artículo 364 del Código penal, lo que dependerá del alcance que se otorgue al término. Sin embargo, en la medida en que estos suplementos son productos de “consumo” y no de “uso”, entiendo que quedará excluida la posibilidad de considerarlos “productos de uso no autorizado” (art. 363.4 Cp).

En consecuencia, procede entrar a analizar la viabilidad de aquellas figuras previstas en los artículos 363 a 366 del Código penal que se refieren a objetos que pueden abarcar estos compuestos, con exclusión del injusto regulado en el artículo 363.4 del Código penal. Por razones obvias, tampoco abordaré los ilícitos contemplados en el artículo 364.2, relativos a animales de abasto.

III. SUPLEMENTOS NUTRICIONALES DEPORTIVOS PELIGROSOS Y ALIMENTOS. POSIBILIDADES DE APLICACIÓN DE LOS DELITOS DE FRAUDE ALIMENTARIO NOCIVO

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LAS FIGURAS PENALES

La regulación penal de los denominados delitos de fraude alimentario nocivo, como ya he reseñado, se caracteriza por ser compleja, farragosa y confusa. Las críticas doctrinales al modo en que se han tipificado estos ataques a la salud son muy frecuentes⁹³². Así, se alude a los riesgos que conlleva el que en este ámbito se recurra a la técnica de la ley penal en blanco, por la posibilidad de afectar a principios básicos del Derecho penal, como el de legalidad o el de igualdad⁹³³; se denuncia el abuso en el empleo de términos normativos pendientes de valoración; y, también, se pone de manifiesto la conflictiva relación entre el Derecho administrativo y el Derecho penal en materia de fraudes alimentarios⁹³⁴. Los principios de intervención mínima y *ultima ratio* suponen que la intervención penal se limite a los supuestos en que la conducta infractora conlleve la creación de un peligro de cierta entidad para la salud, reservando la actuación administrativa para aquellos otros en los que no se origine tal peligro. No obstante, el problema que se plantea es que hay ilícitos administrativos que también contemplan la creación de un riesgo (indeterminado y en ocasiones hasta “grave”) para la salud, lo que dificulta marcar una frontera nítida entre uno y otro orden y favorece una vulneración del principio *non bis in idem* (como sucede en otros ámbitos, por ejemplo, en materia de seguridad vial y de medio ambiente)⁹³⁵.

⁹³² En general, como indica PÉREZ ÁLVAREZ, la legislación penal española en materia de salud pública ha sido deficitaria desde sus orígenes, más centrada en aspectos sistemáticos que en cuestiones materiales, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 86. La califica de maximalista, oportunista y precipitada DOVAL PAIS, A., “Fraudes alimentarios”, en GARCÍA RIVAS, N. (Coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, 2005, págs. 252-255.

⁹³³ Examina extensamente los problemas que plantea el recurso a las normas penales en blanco en la conformación de los tipos contra la salud pública, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., págs. 79-95.

⁹³⁴ Analiza en profundidad las relaciones entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal en materia de consumo, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., págs. 71-80. También ponen de manifiesto esta problemática BALLESTEROS MARTÍN, J. M. “El delito alimentario”, cit., págs. 219-220; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., págs. 293-294; y RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 180.

⁹³⁵ Como ejemplos de esta posible duplicidad se pueden citar, en el ámbito de la normativa general en materia de protección al consumidor, las infracciones contenidas en los artículos 2.4.2, 2.4.3 y 2.4.5 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, por el que se regulan las infracciones y sanciones en materia de defensa del consumidor y de la producción agro-alimentaria. En todas ellas se requiere expresa o implícitamente la producción de un riesgo para la salud (incluso a veces, se cualifica el riesgo como “grave y directo”). Asimismo, los ilícitos recogidos en los artículos 49.1.b) y 49.1.c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. También en estos casos se hacen en la norma alusiones al peligro con expresiones tales como “riesgos o daños efectivos para la salud o la seguridad de los consumidores y usuarios” o “gravemente perjudiciales para la salud pública”. Por último, pueden mencionarse algunas de las infracciones muy graves tipificadas en el artículo 51.3 de

Junto a estos inconvenientes, no son pocos los aspectos sustanciales de estos delitos que generan debate. A algunos de ellos me voy a referir brevemente a continuación, con el propósito de presentar una visión general de las cuestiones más polémicas que suscitan estas figuras.

En primer lugar, y al margen de que siga siendo discutido cuál sea el bien jurídico protegido, con posiciones a favor de que se trata de proteger la salud pública entendida como un interés colectivo de carácter autónomo y otras que defienden que lo que se tutela es la salud individual, uno de los temas más controvertidos es el de la configuración del peligro en cada uno de los ilícitos.

Los delitos tipificados en estos preceptos son todos de peligro general o común, como anuncia la rúbrica del Título que los recoge y confirma el injusto propio de estas figuras. Sin embargo, así como en relación con las infracciones sobre medicamentos puede unificarse la exigencia de una misma clase de peligro (concreto o de aptitud, dependiendo de la posición doctrinal que se secunde), en el ámbito de estas figuras penales puede considerarse que coexisten modalidades de peligro abstracto con otras de peligro concreto y otras de aptitud o idoneidad del peligro, sin que exista un acuerdo claro entre la doctrina⁹³⁶ y la jurisprudencia⁹³⁷ respecto a qué modalidades demandan un

Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición, que sancionan conductas que comportan un “riesgo grave para la salud pública”. Ya aludía a la duplicidad sancionatoria, bajo la vigencia del anterior Código penal, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 256-264. Más recientemente, ofrece un estudio del principio *non bis in idem* y sus consecuencias en materia de consumo DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., págs. 81-96.

⁹³⁶ En la doctrina cabe distinguir clasificaciones dispares del peligro en estas figuras. Así, por ejemplo, entiende que los supuestos recogidos en los artículos 363, 364 y 365 del Código penal son delitos de peligro abstracto-concreto, a excepción de la conducta prevista en el artículo 364.2.4º, que constituye un delito de peligro abstracto estricto, BALLESTEROS MARTÍN, J. M. “El delito alimentario”, cit., pág. 228. En opinión de CARMONA SALGADO solo el artículo 363 configura un auténtico delito de “peligro concreto genérico o colectivo” para la salud de los consumidores. Los otros dos preceptos (arts. 364 y 365 Cp) los considera, sin embargo, como delitos de peligro potencial o peligro hipotético, en los que existe una cierta aptitud lesiva de la conducta, en “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 759. Se aproxima a esta opinión GARCÍA ALBERO para quien, si bien las modalidades del artículo 363 del Código penal son también de peligro concreto y requieren un inminente contacto entre alimento y consumidor final, las contempladas en el artículo 364.1 y en el 365, ambos del texto penal (referidas genéricamente a la adulteración), son de peligro potencial, bastando la aptitud, pero sin exigir la prueba de un adicional resultado de peligro. Por lo demás, configura las infracciones del artículo 364.2 como de peligro abstracto, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1461-1462 y 1473-1474. Califica como un delito de peligro concreto el tipificado en el artículo 363 del Código penal y, como delitos de peligro hipotético, los recogidos en el artículo 364.1 y 2 del Código penal, GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., págs. 1539 y 1544-1546. Para GUINARTE CABADA el artículo 363 del Código penal exige un peligro concreto (en “Artículo 363”, cit., pág. 592). Sin embargo, tratándose del artículo 364, establece distinciones. Así, respecto al número uno, señala que no es necesario esperar la concreta puesta en peligro de la salud. Por lo que se refiere al número dos, indica que las modalidades recogidas en los apartados primero, segundo y tercero son de peligro hipotético, en tanto que la que se contempla en el apartado cuarto del número dos es de peligro abstracto en sentido estricto, en “Artículo 364”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, págs. 594-595. Por su parte, MUÑOZ CONDE sostiene, en relación con las conductas del artículo 363 del Código penal, que el punto de referencia que aglutina la tipicidad es la exigencia de una puesta en peligro concreta de la salud de los consumidores. Por lo que respecta a los artículos 364.1 y 365, señala que desde el punto de vista de los bienes individuales mediatamente protegidos se trata de delitos de peligro hipotético o de aptitud lesiva. No obstante, remarca que en estos casos se trata de conductas que afectan directamente a la salud pública, en cuanto que se alteran las condiciones que aseguran el bienestar de los ciudadanos en general, en

tipo de peligro u otro. En esta falta de uniformidad confluyen diversos factores. De un lado, contribuyen a ello las diversas fórmulas empleadas en la redacción de los tipos, que contienen referencias al peligro indeterminadas y tan variadas como: “pongan en peligro la salud de los consumidores” (art. 363), “nocivos” (art. 363.2 Cp), “perjudicial para la salud” (art. 363.4 Cp), “susceptibles de causar daño a la salud” (art. 364.1 Cp), “generen un riesgo para la salud de las personas” (art. 364.2.1º), “infecciosas” y “gravemente nocivas” (ambas en el art. 365 Cp)⁹³⁸. Incluso en algunos casos ni siquiera se requiere indirectamente (como ocurre en el art. 364.2.4º, relativo al despacho de carnes o productos de animales de abasto sin respetar los periodos de espera previstos reglamentariamente), lo que provoca la percepción de que se adelantan excesivamente las barreras punitivas, elevando a delito lo que son meras infracciones administrativas, en perjuicio de principios como el de intervención mínima, el de *ultima ratio* y, también, el de ofensividad⁹³⁹. De otro lado, tiene clara incidencia en la calificación del

Derecho penal. Parte especial, 20ª ed., cit., págs. 567, 569-570. Para QUERALT JIMÉNEZ todas las infracciones en este ámbito han de interpretarse como delitos de peligro concreto, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1071. Considera que todos los preceptos recogen delitos de peligro general concreto, a excepción del artículo 364.2.4º, que constituye un delito de peligro abstracto, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., cit., pág. 629. A favor de interpretar que todos ellos son delitos de peligro hipotético o aptitud, IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit. págs. 379-380.

⁹³⁷La jurisprudencia tampoco ha aclarado especialmente la caracterización del peligro en estos delitos. De hecho, llama la atención que con una regulación tan prolija, con vocación de abarcar una gran variedad de supuestos, sea relativamente escaso el número de pronunciamientos judiciales. Además, la inmensa mayoría se refieren a hipótesis de administración de sustancias no permitidas a animales cuyas carnes o productos se destinan al consumo humano, subsumibles bajo el primer inciso del art. 364.2.1º, respecto del que el Tribunal Supremo ha concluido que constituye un injusto de peligro abstracto. Sobre esta interpretación jurisprudencial, críticamente, DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, cit., págs. 360-379. En cualquier caso, parece que la jurisprudencia mayoritaria considera que para el delito del artículo 363 el requisito “pongan en peligro la salud de los consumidores” ha de interpretarse como exigencia de un peligro abstracto, bastando la aptitud lesiva del producto (nocividad potencial) y sin que sea preciso que se ponga en peligro a un consumidor particular (SAP Granada 228/2000, de 3 de abril; SAP León 45/2003, de 14 de abril; SAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio; SAP Cuenca 104/2004, de 7 de octubre; SAP Pontevedra 13/2012, de 24 de enero; SAP Pontevedra, 23/2015, de 11 de febrero; AAP Gerona 192/2009, de 29 de abril). En igual sentido, por lo que se refiere al artículo 364.1 del Código penal, la SAP Gerona 515/2004, de 23 de junio declara que se trata de un delito de peligro potencial que exige la existencia de un producto que, pese a encontrarse en una fase previa a su puesta en el mercado, pueda realmente producir un peligro para la salud. Por último, por lo que concierne al artículo 365 del texto legal, la jurisprudencia se decanta por el peligro abstracto. Así se desprende de la SAP Huelva 263/2000, de 13 de julio, señala que “es la gravedad de la conducta, con independencia del concreto peligro que se haya producido por el riesgo de ingesta o contacto, la que explica la elevada penalidad de la conducta”. También afirma que se trata de un tipo delictivo de peligro abstracto la SAP Lugo 33/2004, de 4 de febrero, “bastando para su consumación la realización del hecho, es decir, la impregnación con elementos no aptos para el consumo humano y nocivos para la salud, con independencia de que lleguen a consumirse o no”.

⁹³⁸ Ya DOVAL PAIS puso de manifiesto esta falta de uniformidad terminológica en su comentario a la regulación proyectada de estos delitos en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992, en DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 166.

⁹³⁹ En referencia al Proyecto de Código penal de 1992, véase esta opinión, trasladable a la regulación vigente, en DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 169. En esta misma línea, IGLESIAS RÍO subraya que no se respeta el postulado de *ultima ratio* pues, a su juicio, en algunos casos (concretamente en los arts. 363.1 y 364.2.4º Cp) la ausencia de peligrosidad objetiva *ex ante* hace que no se supere el ámbito de las simples desobediencias administrativas, lo que convierte a intervención penal en innecesaria y excesiva frente al Derecho administrativo, en “Artículo 363”, cit., pág. 380. En mi opinión, resulta coherente, a la vista de la desafortunada redacción legal, que desde la perspectiva del

peligro y, por tanto, en los requisitos para la consumación del delito⁹⁴⁰, la posición que se mantenga respecto al bien jurídico protegido pues situaciones que podrían considerarse de peligro concreto desde la perspectiva del bien jurídico colectivo (por ejemplo, ofrecer en el mercado un producto, poniéndolo a disposición de los consumidores), podrían entenderse que reclaman un peligro hipotético o potencial para la salud individual, siendo suficiente con la aptitud lesiva de la conducta⁹⁴¹. Además, podría ser un factor añadido que contribuiría a optar por las fórmulas menos exigentes de peligro (peligro abstracto y peligro potencial, abstracto-concreto o hipotético, según la terminología que se maneje), el de hacer frente a las dificultades probatorias del peligro, muy complejas en los casos en que ha de quedar acreditado un resultado de peligro concreto, especialmente en este ámbito de consumo, en el que el peligro no significa necesariamente inminencia del daño para la salud, que puede sobrevenir en un futuro más o menos lejano, por el consumo continuado del producto⁹⁴².

En segundo lugar, otro aspecto fundamental en este análisis que suscita no pocas críticas se refiere al hecho de que la regulación limite los sujetos activos del delito previsto en el artículo 363 del Código penal a los “productores, distribuidores o comerciantes”, convirtiéndolo en un delito especial⁹⁴³. Así, en principio, quienes no encajen en estas categorías no podrán ser imputados por este delito, quedando la posibilidad de la intervención penal en relación con estos sujetos limitada a los artículos 364 y 365 del Código penal, que contemplan delitos comunes.

El problema radica en concretar qué se entiende por productor, distribuidor y comerciante. Al respecto, se ofrecen definiciones muy amplias, a mi juicio próximas a la apreciación de un delito común, presididas por la conveniencia de abarcar todos los supuestos en que se *Cree o se expendan nocividad*, con independencia de criterios

bien jurídico protegido se venga exigiendo que la conducta suponga al menos la posibilidad de que el interés salud resulte afectado, como señalan DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., en “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 292.

⁹⁴⁰ Sobre la relación entre el momento consumativo, el bien jurídico y la modalidad de peligro adoptada en la ley, véase DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 351.

⁹⁴¹ No obstante, es preciso recordar que hay posiciones doctrinales que sostienen, desde el entendimiento de que la salud pública constituye un valor autónomo complementario de la salud individual que, en realidad, cuando se trata de bienes jurídicos colectivos, estamos ante delitos de lesión-peligro, pues concurre la lesión del bien jurídico colectivo y, al mismo tiempo, la puesta en peligro del bien jurídico individual al que aquél complementa. Sobre ello, véanse *supra* págs. 80 y ss.

⁹⁴² GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1462.

⁹⁴³ Afirman que el artículo 363 del Código penal recoge un delito especial, entre otros, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1459; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, pág. 1539; IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 372; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 567; ORTOS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., cit., pág. 583; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 629; RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 195.

formales o reglamentarios⁹⁴⁴. En este marco extensivo, se toma en consideración un concepto material de productor, distribuidor y comerciante vinculado a la realidad del comportamiento desarrollado. En consecuencia, “productor” sería todo aquel que recoge, fabrica o elabora alimentos; “distribuidor”, quien los importa, transporta o almacena; y, “comerciante” toda persona que vende el producto a los consumidores. Pero también existen definiciones restrictivas en mayor o menor medida, que inciden especialmente en la condición de profesional del sujeto y que excluyen, por tanto, a los particulares que no desarrollen profesionalmente estas actividades⁹⁴⁵, aunque no hay acuerdo acerca de si deberían quedar comprendidos en el precepto aquellos profesionales que intervienen en la cadena de producción y distribución, pero que no son propiamente productores, distribuidores o comerciantes (caso de los manipuladores de alimentos, los envasadores o los transportistas, por ejemplo)⁹⁴⁶.

Desde esta posición, la restricción de sujetos activos que establece el precepto es valorada negativamente porque se pueden generar lagunas de punibilidad, dado que parece que la voluntad del legislador ha sido la de excluir a los particulares del ámbito del artículo 363 del Código penal, y además no se tipifica un delito común que recoja las mismas conductas (los tipos descritos en los arts. 364 y 365 Cp castigan comportamientos de adulteración en general, o relativos al ámbito específico de los animales de abasto, pero no contemplan conductas de *expedición de nocividad* como ofrecer, vender o traficar, que comportan un peligro más próximo al bien jurídico). Por eso, no es de extrañar que se haya planteado por algunos autores, de *lege ferenda*, reproducir en el artículo 363 del Código penal el esquema que contempla el artículo siguiente (art. 364.1 Cp); esto es, referir las conductas reguladas en aquel a sujetos indeterminados, estableciendo un delito común, y añadir una agravación específica para los profesionales⁹⁴⁷. Asimismo, parece razonable la propuesta de que, para dar cabida a

⁹⁴⁴ En esta línea, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Los fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes”, cit., págs. 403-404; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., págs. 759-760; GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, págs. 1538-1539; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1070.

⁹⁴⁵ Se refieren específicamente al carácter profesional de estos sujetos DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 39; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., págs. 288-289; RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 195.

⁹⁴⁶ Ponen de relieve estos supuestos problemáticos GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1459-1460; IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 373. Para este autor, estos sujetos solo podrían ser sujetos activos penalmente responsables si su condición profesional permite incluirlos dentro del campo semántico de las tres nociones legales descritas en el artículo 363 del Código penal.

⁹⁴⁷ En referencia al primer párrafo del artículo 346 del Código penal de 1973, antecedente del actual artículo 363, BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho penal. Parte especial*, Barcelona 1991, pág. 226; LORENZO SALGADO, J. M., “Delitos contra la seguridad colectiva. De los delitos contra la salud pública”, en *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, Madrid, 1983, pág. 970 (citados por DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude

otros sujetos cualificados que intervienen en la producción, distribución y comercialización, pero que no son estrictamente productores, distribuidores o comerciantes (caso de los manipuladores, los almacenistas o los transportistas), se renuncie a la técnica del delito especial y se determine el sujeto activo de un modo más flexible, atendiendo a la actividad empresarial o industrial e incluyendo, por tanto, a sujetos que operen en cualquiera de estas fases⁹⁴⁸.

En mi opinión, sin embargo, es posible realizar una interpretación respetuosa con el principio de legalidad que, sin transformar la figura en un delito común⁹⁴⁹, reduzca parcialmente ese ámbito de impunidad. Con este fin, creo que constituye una cuestión central determinar el contenido del término “profesional” al que aluden los autores partidarios de posiciones más restrictivas. Podría entenderse, por ejemplo, que comprende solo a aquellos implicados en la cadena alimentaria que cumplan con las prescripciones legales establecidas para garantizar su control y proteger la salud pública⁹⁵⁰. De este modo, el término alcanzaría solo a quienes se encuentren legalmente establecidos, bien mediante inscripción en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, (en adelante, RGSEAA), cuando se trate de empresas y establecimientos alimentarios sujetos a inscripción de acuerdo con el artículo 2.1 del Real Decreto 191/2011, de 18 de febrero, sobre el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos; o bien, como indica en su artículo 2.2, mediante la inscripción en el registro autonómico competente, en los casos en que los establecimientos y sus empresas titulares exclusivamente manipulen, transformen, envasen, almacenen o sirvan alimentos para su venta o entrega *in situ* al consumidor final (por ejemplo, tiendas minoristas)⁹⁵¹. También, tratándose de comerciantes, podría considerarse que entran en esta categoría, sin perjuicio de lo que dispone la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su

alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 152). En el mismo sentido, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1460; PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., págs. 1091-1092.

⁹⁴⁸ DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 160.

⁹⁴⁹ Lo que entiendo que ocurriría si fuese la acción la que determinase la cualidad del actor (*cualquiera* que produjese, distribuyese o comerciase sería sujeto activo), con el menoscabo consiguiente del principio de legalidad. Desde otro enfoque, frente a quienes sostienen que la cualidad del sujeto especial se adquiere simultáneamente a la realización de la acción típica, PÉREZ ÁLVAREZ argumenta que la preexistencia de la cualidad especial del sujeto agente es intrínseca a la naturaleza de los delitos especiales y no puede determinarse *ex post*. A su juicio, ello significaría que todos los delitos serían especiales desde el momento en que tiene lugar la acción, porque ella marcaría los contornos del círculo de sujetos activos, en *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*”, cit., págs. 165-166.

⁹⁵⁰ En este sentido, véase la SAP Cáceres 31/1999, de 11 de mayo.

⁹⁵¹ Puede consultarse además, en lo que se refiere a determinados operadores de empresas alimentarias, el Reglamento 852/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativo a la higiene de los productos alimenticios.

ejercicio, quienes cumplan con los requisitos genéricos establecidos al efecto en el Código de comercio⁹⁵² y otra normativa aplicable (por ejemplo, el RD 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos)⁹⁵³.

Sin embargo, estas propuestas quizás sean excesivamente limitadoras, pues reducirían notablemente el ámbito de aplicación del precepto. Hay que tener en cuenta que la existencia de un mercado clandestino es una realidad. En él se mueven sujetos que, sin ser profesionales en sentido estricto o formal, se dedican a producir, a distribuir o a vender productos diversos de uso o consumo; por tanto, si se trata de proteger la salud frente a ataques que puedan ponerla en riesgo, el criterio del peligro para el bien jurídico debería jugar un papel preeminente, dentro de los límites que impone el principio de legalidad, especialmente si ello supone impunidad. El hueco punitivo podría justificarse en el interés por castigar en aquellos ámbitos profesionales en los que, previsiblemente, la creación del peligro para la salud puede tener mayor intensidad, por la posición que el sujeto ocupa dentro de una cadena estructurada y orientada a una pluralidad amplia de consumidores, sin embargo este argumento dejaría fuera supuestos en los que el peligro provenga de un ámbito profesional que podríamos llamar “irregular” y tenga la misma intensidad. Por ello, considero que cabría admitir al “profesional de hecho”, a aquel individuo que de *facto* desempeña funciones de productor, distribuidor o comerciante, si bien solo en los casos en que ejerza la actividad con habitualidad y no de un modo ocasional⁹⁵⁴. De este modo, integrarían el injusto también aquellas conductas que, pese a provenir de sujetos que no son profesionales establecidos legalmente, tienen capacidad para generar con su conducta un peligro para el bien jurídico equivalente al que pudiese crear un productor, distribuidor o comerciante profesional en sentido estricto⁹⁵⁵. Así, por ejemplo, cabría

⁹⁵² En los Títulos II y III del Real Decreto de 22 de agosto de 1885, por el que se publica el Código de Comercio, relativos al Registro mercantil y a la contabilidad de los empresarios.

⁹⁵³ Así, el artículo 3 de esta norma, relativo a los censos tributarios, establece que el Censo de Empresarios, Profesionales y Retenedores estará formado por las personas o entidades que desarrollen o vayan a desarrollar en territorio español, entre otras, actividades empresariales o profesionales. Tales actividades son “aquellas cuya realización confiera la condición de empresario o profesional, incluidas las agrícolas, forestales, ganaderas o pesqueras”.

⁹⁵⁴ Desarrolla el requisito de la habitualidad, admitiendo al comerciante de hecho PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 165-166. Alude al desempeño “con carácter estable” de la condición de profesional, incidiendo en que resulta problemático poder incluir a quien realice tareas coyunturalmente esporádicas, IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 372.

⁹⁵⁵ En esta línea, señala MORENO CARRASCO, en relación con los que denomina “superalimentos”, que se hace muy difícil la aplicación del artículo 363 del Código penal, ya que lo habitual es que intervengan personas que no propiamente han mercantilizado su actividad, sino que hacen “auténtico pirateo o intrusismo en la misma”. No

aplicar el tipo penal a particulares que, pese a dedicar su vida profesional a otra actividad, emplean parte de su tiempo en la venta de productos a colectivos amplios (podría entenderse, por tanto, que es sujeto activo de este ilícito el monitor de un gimnasio que en su tiempo libre se dedica habitualmente a vender complementos alimenticios dopantes peligrosos en varios centros deportivos). En definitiva, se respetaría el carácter especial de la figura, que requiere una cualidad específica en el sujeto activo y, al mismo tiempo, en atención al bien tutelado, se evitarían en cierta medida algunas de las lagunas de punición señaladas.

En otro orden de cosas, cabe señalar otra crítica a esta configuración de los sujetos de la acción por el artículo 363 de Código penal. A juicio de algunos autores, con esta delimitación del círculo de sujetos activos se pone de relieve un desajuste penológico en relación con el delito común de adulteración con sustancias nocivas (art. 364.1 Cp), que se castiga con la misma pena. El argumento que se esgrime es que los profesionales de la cadena de producción, distribución y comercialización de los productos ostentan una posición de garante respecto de la inocuidad y la salubridad de los alimentos y productos, con lo que la infracción de tal deber especial de cuidado debería conllevar una pena mayor⁹⁵⁶. No obstante, también hay quien considera que la equiparación penológica es razonable, al tratarse de conductas diferentes y limitarse a los productores, distribuidores y comerciantes que no sean propietarios o responsables de producción de una fábrica de productos alimenticios, para los que se prevé una pena más grave en el artículo 364 del Código penal⁹⁵⁷. Por mi parte, considero que el Código penal debería sancionar más gravemente a los profesionales en sentido estricto, además de porque su grado de diligencia debe ser mayor, por la razón de que su condición los coloca en una posición en la que sus posibilidades de expandir el producto en el mercado y acercarlo al consumidor son mucho más amplias que si se trata de un particular que no se dedica profesionalmente a producir, distribuir o comerciar, o de un profesional “irregular” entendido conforme acabo de explicar. Aunque el artículo 364.1

obstante, entiende que una adecuada explotación del precepto “no debería ser instrumento baladí para la lucha contra los mercaderes de los superalimentos que tanto prolifera por los gimnasios”, en “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, cit. pág. 65.

⁹⁵⁶ Así, PÉREZ ÁLVAREZ considera que esto supone un tratamiento penal más favorable para estos profesionales, en contra de la idea de que los delitos especiales generalmente se recogen para castigar más gravemente en atención al sujeto activo, en “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., págs. 1065 y 1075. También considera que la identidad de penas que el Código penal señala para los delitos tipificados en el artículo 363 y el 364.1 del Código penal desemboca en un trato punitivo discriminatorio en perjuicio del sujeto activo común (art. 363 Cp) y privilegiado para el sujeto cualificado (art. 364.1 Cp) CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 763.

⁹⁵⁷ DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., págs. 128-129.

contempla una pena más grave para los propietarios o responsables de producción de una fábrica de productos alimenticios, la agravación no alcanza a aquellos productores que no cumplan con tal exigencia y, tampoco, a los distribuidores o comerciantes del producto nocivo.

En tercer lugar, es conveniente realizar una serie de observaciones en relación con las conductas típicas. El Código penal tipifica hasta dieciséis comportamientos que, siguiendo a Rodríguez Ramos⁹⁵⁸, pueden agruparse –casi todos– en torno a los dos criterios clasificatorios que propone: conductas *creadoras de nocividad* y conductas *expendedoras de nocividad*. De un lado, en el primer grupo se encuentran la fabricación de bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud (art. 363.2 Cp); la elaboración de productos de uso no autorizado y perjudicial para la salud (art. 363.4 Cp); la adulteración de alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daño a la salud (art. 364.1 Cp); la administración a los animales de abasto de sustancias no permitidas que generen riesgo para la salud de las personas, o en dosis superiores o para fines distintos a los autorizados (art. 364.2.1º Cp); y el envenenamiento o adulteración con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud, de aguas potables o sustancias alimenticias destinadas al uso público o al consumo de una colectividad de personas (art. 365 Cp). De otro lado, en el grupo que recoge acciones *expendedoras de nocividad*, se contemplan el ofrecimiento en el mercado de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición (art. 363.1 Cp); la venta de bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud (art. 363.2 Cp); el tráfico con géneros corrompidos (art. 363.3 Cp); el comercio con productos de uso no autorizado y perjudicial para la salud (art. 363.4 Cp); el destino de productos derivados de animales de abasto al consumo humano, sabiendo que se les han administrado las sustancias perjudiciales a que se refiere el número anterior (art. 364.2.2º Cp); y el despacho al consumo público de las carnes o productos de los animales de abasto sin respetar los periodos de espera previstos en los reglamentos (art. 364.2.4º Cp). Fuera de esta clasificación quedan la conducta consistente en ocultar o sustraer efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos (art. 363.5 Cp), y aquellas que se refieren al sacrificio de animales de abasto (art. 364.2.2.º y 3º Cp).

⁹⁵⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública”, cit., págs. 447-448.

Este excesivo casuismo ha sido consecuencia de ir acompasando la regulación penal a los nuevos riesgos para la salud de los consumidores y usuarios que históricamente han ido surgiendo con la introducción de algunas modalidades que han venido marcadas por sucesos de gran repercusión social (el “caso de la colza” y los daños a la salud causados por el consumo de carne contaminada con clenbuterol). Sin embargo, y pese a la finalidad legítima que se persigue de proteger la salud, lo cierto es que el conjunto final resulta algo caótico.

Desde luego, la amplia variedad de verbos típicos empleados, de contornos imprecisos, unida a la indeterminación que aportan elementos como el objeto material y referencias quizás superfluas a ámbitos de destino diversos (el “consumo público”, el “comercio alimentario”, el “consumo humano”, el “uso público” o el “consumo de una colectividad de personas”), complican la labor del intérprete.

Concretamente, por lo que se refiere a los comportamientos típicos, se ha objetado que se producen solapamientos –lo que genera incertidumbre y obliga a acudir al concurso de normas–, a la par que se dejan sin sanción algunos supuestos⁹⁵⁹, de modo que, finalmente, la operatividad de la intervención penal se resiente. Muestra de la confusión que produce la deficiente redacción de los tipos, incluso en los tribunales, es la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo 780/1982, de 22 de mayo. En este caso se juzgaba al dueño de un bar que ocultó a las autoridades que tenía existencias de un vino nocivo (adulterado con arsénico) y continuó vendiéndolo pese al requerimiento efectuado por aquellas para que no lo comercializase y a conocer que había producido varias intoxicaciones e incluso una muerte. Es significativo que el Tribunal considerase que la conducta podía haberse encuadrado en diferentes tipos: en el que sancionaba la mezcla nociva alteradora de bebidas o comestibles destinados al consumo público, al entender que comprendía la expendición de los mismos a sabiendas de la alteración efectuada por otros y de la nocividad de lo expendido; en el que recogía la venta de géneros corrompidos; y en el que finalmente se aplicó, el del inciso del artículo 346 del Código penal de 1973 relativo a fabricar o vender objetos cuyo uso sea nocivo para la salud. Además, la Sala barajó la posibilidad de subsumir los hechos bajo la infracción que entonces se recogía en el artículo 347.1 del texto legal, “ocultar o sustraer efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados para vender o comprarlos”, aunque

⁹⁵⁹ DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 289. En relación con las conductas del artículo 363 del Código penal, señala QUERALT JIMÉNEZ que muchas de ellas pueden ser intercambiables y/o subsumibles unas en otras, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1071. Asimismo, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466.

finalmente no lo hizo por considerar que el dolo del sujeto no había abarcado el conocimiento de que el vino estuviese destinado a ser destruido.

Así pues, puede ocurrir que en principio un mismo supuesto de hecho encaje en diversas modalidades típicas, como explicaré más adelante. Si bien no cabe hablar de una duplicidad normativa, pues no hay una coincidencia de todos los elementos típicos⁹⁶⁰, se podrá comprobar que sí pueden darse superposiciones de conductas que simultáneamente pueden incardinarse en varios preceptos, aunque asimismo hay que reconocer que existen ámbitos específicos de prohibición exclusivos de cada modalidad. Esta situación, pese a que es cierto que cuando se produce en el marco del artículo 363 carece de consecuencias penológicas (pues la pena es la misma para todas las acciones que contempla), conduce a la percepción de que la profusión de verbos típicos propicia –junto a otros excesos– una regulación que se caracteriza por su indeterminación, lo que redundaría en perjuicio de principios como el de taxatividad y, en consecuencia, el de seguridad jurídica. Por ello, tiene sentido la proposición doctrinal que sostiene que acaso hubiese sido mucho más operativo y clarificador tipificar un tipo amplio, pero preciso, que abarcase supuestos de *creación de nocividad* y otro que englobase los de *expendición de nocividad* dado que, en definitiva, se recogen varias modalidades de creación y de *expendición de nocividad*, y que con tal multiplicidad de comportamientos se trata de otorgar una protección integral al bien jurídico cuando se trata de ataques a la salud a través de productos de uso o consumo⁹⁶¹.

Otra de las objeciones que se han planteado en referencia a las conductas tipificadas se refiere al principio de proporcionalidad, pues se sancionan del mismo modo algunas conductas (las de los arts. 363 y 364 Cp) que se encuentran en posición de causar un distinto grado de peligro para el bien jurídico. En efecto, la sanción penal es la misma si se *crea nocividad* (fabricando o elaborando un producto nocivo, o adulterando un alimento), que si se *expende*, produciendo un peligro próximo al bien jurídico (ofreciendo en el mercado el producto o vendiéndolo al consumidor final)⁹⁶².

Para finalizar, suscita discusión en relación con las modalidades tipificadas en el artículo 363 del Código penal la calificación y sanción de aquellos hechos en los que un mismo sujeto activo *fabrique* o *Cree nocividad* y la *expenda*, casos en los que se

⁹⁶⁰ Analiza una posible duplicidad normativa entre las figuras de fraude alimentario reguladas en el Código penal de 1973, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 297-303.

⁹⁶¹ En la dirección ya propuesta por PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 311.

⁹⁶² DOVAL PAIS, A., “Fraudes alimentarios”, cit., pág. 254; OCTAVIO DE TOLEDO, E., “Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en Derecho penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, cit., pág. 84. En igual sentido, IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 375.

acumulan comportamientos punibles. En tales circunstancias, y puesto que la fórmula adoptada por el legislador equipara a lo largo de todo el precepto la punición de diversas conductas de *creación y expendición de nocividad*, se hace necesario pronunciarse acerca del concurso. Para ello será preciso realizar una interpretación teleológico-valorativa del tipo mixto, a fin de decidir si hay o no un concurso de delitos en los casos en que el sujeto realiza más de una de las acciones típicas. A mi juicio, lo más razonable es entender que se trata de un tipo mixto alternativo y no de un tipo mixto acumulativo⁹⁶³; esto es, que no procede el concurso de delitos. Esta afirmación se sustenta en dos argumentos: por una parte, tratándose de delitos en los que el peligro posee la misma naturaleza de riesgo general o común, parece que no tendría sentido castigar dos veces, pues el círculo de sujetos pasivos es el mismo (una pluralidad indeterminada de personas); por otra parte, y por la misma razón, podría sostenerse que la realización de una o varias de las modalidades típicas no añade mayor desvalor desde el punto de vista de la extensión del peligro. Tanto si el sujeto solo fabrica el producto dañino para la salud, como si además lo vende, parece que el haz de peligro que genera es el mismo (peligro general, indeterminado). Quizás podría apreciarse un desvalor intensivo mayor en estos casos de acumulación de acciones pero, a mi modo de ver, ello no habilitaría suficientemente para mantener la existencia de una pluralidad de delitos⁹⁶⁴. Por tanto, entiendo que estaríamos ante un concurso de normas y no de delitos, si bien, en atención a esta intensidad superior, podría estar justificada la graduación de la pena en la franja superior del marco punitivo establecido⁹⁶⁵.

⁹⁶³ Sobre la distinción entre los tipos mixtos alternativos y los acumulativos y sus consecuencias a efectos concursales, véase, LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/41.

⁹⁶⁴ Precisamente, PÉREZ ÁLVAREZ rechaza establecer un concurso real de delitos cuando un mismo sujeto elabora un alimento nocivo destinado al consumo público y, a la vez, es quien lo destina a los consumidores. En su opinión, sería conveniente, de *lege ferenda*, que se creara un tipo que previera la realidad práctica del concurso y contemplase una solución agravatoria en consonancia con la efectiva relación medial que se da entre estas infracciones, en PÉREZ ÁLVAREZ, F., en *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 312.

⁹⁶⁵ En referencia a los casos en que se trafica con géneros destinados a ser inutilizados o desinfectados que se han sustraído u ocultado previamente (caso en el que se realizarían las conductas previstas en el art. 363.3 y 5 Cp), señala DOVAL PAIS que no debería apreciarse el concurso de delitos, pues la conducta de tráfico consumiría la anterior, en “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 163. RUBIO LARA también afirma que el artículo 363 recoge un tipo mixto alternativo y que, tanto si se realiza una sola de las conductas, varias, o todas, existirá un único delito, en “Artículo 363”, cit., pág. 192. Por su parte, QUERALT JIMÉNEZ considera que, puesto que muchas de las conductas que se relacionan en el artículo 363 del Código penal pueden ser intercambiables y/o subsumibles unas en otras, la regla general será el principio de consunción. Para este autor, “la conducta anterior absorberá a la posterior, siendo esta la realización del agotamiento del delito”, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1071. SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO afirman respecto al artículo 363.2 del Código penal que “si quien fabrica, además vende los productos, solo comete un delito”, en “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 576.

2. ANÁLISIS ESPECÍFICO DE LAS MODALIDADES APLICABLES

Una vez expuestos algunos de los problemas generales que suscitan las figuras de fraude alimentario nocivo, y puesto que el propósito perseguido es determinar si alguno o algunos de estos ilícitos serían aplicables cuando se realizasen conductas de elaboración o transmisión de suplementos nutricionales dopantes que generasen un peligro para la salud pública, analizaré cada una de las modalidades susceptibles de ser apreciadas. No me detendré en todos los elementos típicos, algunos de los cuales ya han sido tratados previamente, sino solo en aquellos que considero más relevantes en relación con los productos objeto de este trabajo.

2.1. *Conductas de ofrecimiento en el mercado (art. 363.1 Cp)*

Se sanciona en el artículo 363.1 a los productores, distribuidores o comerciantes que pongan en peligro la salud de los consumidores “ofreciendo en el mercado productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”. De acuerdo con ello parece que, en principio, cabría subsumir bajo esta modalidad los casos de puesta a disposición de suplementos nutricionales deportivos dopantes en cualquier escalón de la cadena productiva (por ejemplo, si se ofrecen a los distribuidores intermediarios o a los consumidores finales), si ello supone poner en riesgo la salud de las personas. Ahora bien, esta afirmación general ha de ser explicada.

Al tratarse de un delito especial, el sujeto activo habría de ser un productor, distribuidor o comerciante en el sentido anteriormente expresado; esto es, incluyendo también a quienes son profesionales de hecho y desarrollan la actividad con habitualidad. Siendo así, y pese a que la interpretación más arriba propugnada del círculo de actores permite englobar un mayor número de supuestos, lo cierto es que quedarían sin sanción algunos que también pueden comportar, aunque sea ocasionalmente, un peligro para colectivos extensos. Por ejemplo, si un particular, con el objetivo de obtener un ingreso extra en una única ocasión, vende a través de Internet, en un foro para deportistas, una partida de suplementos que sabe que han sido elaborados en la clandestinidad, al margen de toda normativa y control, y que contienen sustancias dopantes que los convierten en un peligro para la salud de los consumidores.

Asimismo, sería preciso que la acción concreta desarrollada encajase en el verbo típico “ofrecer” que, con carácter general, implica la puesta a disposición del producto alimentario en cualquiera de los sucesivos eslabones de la cadena productiva⁹⁶⁶. Al respecto, considero conveniente señalar que estoy de acuerdo con el sector doctrinal que interpreta el ofrecimiento de un modo amplio, comprensivo no solo del negocio jurídico de la compraventa en sentido estricto, sino también de otros como la permuta o la donación⁹⁶⁷. De este modo, el injusto típico comprendería también los casos de envío de muestras gratuitas de un complemento vitamínico dopante nocivo para su distribución a los clientes de un establecimiento dedicado a productos dietéticos. En este punto, hay que tener presente que la descripción típica exige que el ofrecimiento se realice “en el mercado”, con lo que no quedarán comprendidos en el precepto los supuestos en que se trate de un ofrecimiento privado a un particular⁹⁶⁸.

Con todo, para que el comportamiento pudiera integrar este delito, sería presupuesto que en relación al producto que se ofreciese se hubiesen omitido o alterado los requisitos normativos en materia de caducidad y composición. Con esta expresión se alude a productos alimentarios que no solo son nocivos desde un punto de vista material (lo que viene requerido por la exigencia de que se ponga en peligro la salud), sino también desde un punto de vista formal, al ser preciso que se incumplan las prescripciones legales a las que se refiere el artículo⁹⁶⁹. Luego, para poder aplicar el

⁹⁶⁶ Así, entienden que el ofrecimiento en el mercado va más allá del consumidor final y abarca también la oferta al detalle y al por mayor, BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1669; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., págs. 760; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1463 (que acoge también el ofrecimiento del ámbito de la producción primaria a los procesos de fabricación o producción en sentido estricto); MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 567; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 630; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 235-236. Este último incluye expresamente la oferta a efectos de transporte o almacenaje. Para RUBIO LARA, la conducta consiste en la puesta en el comercio o la entrada en el comercio de los productos alimentarios, quedando excluidos el tránsito, el depósito, la exportación y la reexportación, en “Artículo 363”, cit., pág. 184. Por lo que respecta a la jurisprudencia, en líneas generales se señala que no es preciso que la oferta se realice al consumidor final, siendo suficiente con que los productos se encuentren en almacenes o en disposición de venta, aunque esta no se haya efectuado. No obstante, en alguna resolución se sostiene expresamente la necesidad de que se haya logrado la puesta a disposición del alimento al consumidor, de modo que se produzca un inminente contacto entre el producto nocivo y el consumidor final. Así, SAP Cáceres 31/1999, de 11 de mayo.

⁹⁶⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 235-236. Este autor entiende que ofrecer al mercado no es sinónimo de venta en sentido estricto u ofrecimiento en venta, pues los alimentos nocivos pueden ofrecerse en el mercado desde diversos mecanismos ajenos a la venta, como la donación o la permuta. Parece que puede confluír parcialmente con esta interpretación DE VICENTE MARTÍNEZ, quien opina que el ofrecimiento comprende cualquier “operación con ánimo de lucro en el más amplio sentido mercantil” DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 39.

⁹⁶⁸ De esta opinión, entre otros, SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 576; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 601.

⁹⁶⁹ Así lo afirma GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1463. Sobre los conceptos de nocividad formal y nocividad material, véanse GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, págs. 1540-1541; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 110-111.

precepto habría que comprobar, no solo que se ha ofrecido en el mercado el producto alimentario y que se ha generado el peligro para la salud pública, sino que también habría de verificarse la infracción de la normativa alimentaria sobre tales aspectos. Ello implica acudir al ámbito del Derecho administrativo alimentario y atender a las normas generales y específicas sobre los ingredientes que componen los diversos productos alimenticios y también a las alusivas a la caducidad de los mismos. Por tanto, tratándose de suplementos nutricionales para deportistas que se introducen en el mercado como complementos alimenticios o como los conocidos comúnmente como alimentos dietéticos, habría que tener presente la normativa europea y la nacional en la materia⁹⁷⁰.

Quizá pueda afirmarse que las principales deficiencias de la regulación de estos supuestos derivan, precisamente, de la exigencia de que los productos alimentarios se ofrezcan “con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición”. Sobre todo, porque la referencia a la omisión o alteración no es lo suficientemente clara, de modo que se hace difícil concretar su alcance específico.

Así, por una parte, es necesario fijar qué ha de entenderse por omisión o alteración. Acertadamente se ha puesto de manifiesto, en el terreno puramente formal, la inexactitud de la formulación legal, pues no se trata de que literalmente se omitan o alteren *requisitos* sino, en definitiva, de que se infrinjan o no se cumplan⁹⁷¹. En consecuencia, puede decirse que la omisión o la alteración se refiere al incumplimiento de los requisitos previstos en las normas relativas a la caducidad o a la composición. Concretamente, la omisión supondrá un no hacer, mientras que la alteración consistirá en una conducta que implique cambio o modificación de alguno de los elementos del

⁹⁷⁰ En particular, el Real Decreto 1487/2009, relativo a complementos alimenticios, que traspone la Directiva 2002/46/CE. Respecto a los alimentos dietéticos adaptados a un intenso desgaste muscular, conviene recordar que al no existir una reglamentación técnico-sanitaria específica que regule su composición, etiquetado, etc., es de aplicación la normativa general que sigue: el Reglamento (CE) 1925/2006, sobre adición de vitaminas, minerales y otras sustancias determinadas a los alimentos (aplicable a los complementos alimenticios y, también, a los productos alimenticios destinados a una alimentación especial), modificado junto con la Directiva 2002/46, por el Reglamento (CE) 1170/2009 de la Comisión; y, hasta julio de 2016, fecha en la que será sustituido por el Reglamento (UE) 609/2013, el Reglamento (CE) 953/2009, sobre sustancias que pueden añadirse para fines de nutrición específicos en alimentos destinados a una alimentación especial. En lo que se refiere a la caducidad, habrá que tener presente, entre otros, el Reglamento (CE) 1924/2006, relativo a las declaraciones nutricionales y de propiedades saludables en los alimentos; el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios, y que incorpora una serie de disposiciones de la legislación comunitaria en la materia; hasta el 13 de diciembre de 2016, el Real decreto 930/1992, de 17 de julio, que regula en la actualidad los aspectos del etiquetado relativos a las propiedades nutritivas de los productos alimenticios y sus modificaciones posteriores; y, a partir de esa fecha, el Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor. Este texto consolida y actualiza dos campos de la legislación en materia de etiquetado: el del etiquetado general de los productos alimenticios, regulado por la directiva 2000/13/CE, y el del etiquetado nutricional, objetivo de la directiva 90/496/CEE.

⁹⁷¹ Indica DOVAL PAIS que los requisitos “permanecerán incólumes en su tenor literal allí donde consten”, en DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 161.

producto sin respetar la normativa correspondiente⁹⁷². Aun así, esto no significa que toda alteración u omisión de los requisitos legales comporte automáticamente la apreciación del tipo, pues será preciso que el producto se oferte en el mercado y que se ponga en peligro la salud⁹⁷³.

Conforme a lo anterior, cabría preguntarse si serían supuestos de “alteración de los requisitos de composición” aquellos en los que se ofrece un complemento nutricional en cuya composición figure algún elemento dopante que lo convierta en nocivo. Aunque algún autor ha manifestado que omitir o alterar no equivale a incorporar sustancias⁹⁷⁴, en mi opinión no habría inconveniente en admitir que tendría cabida en el precepto toda incorporación de elementos que suponga una contravención de la normativa aplicable sobre composición y que genere el peligro requerido para la salud. Piénsese que, respecto a la composición de los complementos alimenticios, el Real Decreto 1487/2009 habilita para utilizar en su fabricación, además de las vitaminas y minerales que se enumeran en los Anexos I y II, otras sustancias o ingredientes que no regula específicamente (los aminoácidos, los ácidos grasos esenciales, la fibra y diversas plantas y elementos vegetales). Pero, en cualquier caso, tales elementos han de ser siempre nutrientes que sirvan para complementar una dieta adecuada y equilibrada y que no transformen el producto en peligroso. Del mismo modo, cuando las disposiciones aplicables sean las que se refieren a los denominados “alimentos destinados a una alimentación especial”, aunque también quepa la posibilidad de incluir sustancias nutritivas no relacionadas expresamente (como ocurre en el art. 2 del Reglamento (CE) 953/2009, donde se deja abierta la posibilidad de añadir para fines de nutrición específicos sustancias no pertenecientes a las categorías enumeradas en el anexo que lo acompaña), también se exige como requisito general, aplicable a todas las sustancias que se añadan (catalogadas o no), que den lugar a productos seguros que

⁹⁷² CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 760; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 245-246; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 363”, cit., pág. 185. Por lo que se refiere a la infracción sobre caducidad, especifican que se producirá cuando se incumpla con la obligación de determinarla en el envase del producto, o cuando se falsee la fecha de expiración, permitiéndose el consumo más allá del límite permitido por la normativa correspondiente, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 40; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1464. También alude a la acción de omitir o falsear datos de composición o caducidad en el etiquetado, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 630. En relación con ello, véase la SAP Cáceres 27/2001, de 22 de marzo.

⁹⁷³ Así, la exigencia general de que se ponga en peligro la salud de los consumidores viene a marcar el límite con la mera infracción administrativa, de modo que si no se supera el ámbito de las simples desobediencias administrativas, el tipo penal no será aplicable. En este sentido, IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 380; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 576. Insiste en que la simple caducidad no deviene en delito si no se pone en peligro la salud, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 601.

⁹⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 265.

satisfagan los requisitos particulares de nutrición de las personas a las que se destinan, siempre con base en datos científicos reconocidos (art. 3 del Reglamento (CE) 953/2009). Luego, a mi modo de ver, si se ofrece en el mercado un preparado que se presenta como un compuesto alimenticio adecuado para deportistas en cuya composición se han incluido, además de nutrientes admitidos, una cantidad relevante de clenbuterol, por ejemplo, podría concluirse que se ha actuado con alteración de los requisitos sobre composición. Por consiguiente, se habría incumplido la normativa (porque no se respeta la exigencia general de que se satisfagan fines de nutrición sin riesgo para los consumidores), siendo susceptible de aplicación el artículo 363.1 del Código penal en la medida en que se compruebe la creación del peligro típico para la salud. Esto no excluiría, como comentaré posteriormente, la posibilidad de apreciar, en su caso, el delito del artículo 363.2 del Código penal (fabricación o venta de bebidas o comestibles nocivos para la salud) o el contemplado en el artículo 364.1 del mismo texto legal (adulteración con agentes no autorizados susceptibles de causar daños a las personas), lo que plantearía un concurso de normas que habría que resolver.

Por otra parte, otra cuestión controvertida que suscita la referencia a la omisión o alteración de requisitos de caducidad o composición es la de precisar si el alcance de la acción típica demanda que sea el mismo sujeto que ofrece el producto nocivo quien haya alterado u omitido las exigencias legales correspondientes. En relación con los preparados alimenticios en estudio, se trataría de depurar la responsabilidad penal de quien ofrece en el mercado un suplemento nocivo sin haber incumplido personalmente las prescripciones sobre caducidad o composición, pero con conocimiento de que no han sido observadas y del peligro para la salud de los consumidores. De hecho, en el sector de consumo de los suplementos nutricionales se denuncian irregularidades con frecuencia, especialmente en foros de Internet, donde encontramos numerosos testimonios de deportistas que expresan su preocupación respecto a la ingestión de suplementos proteínicos que les han sido vendidos sin fecha de caducidad por terceros que podrían no ser autores de la infracción sobre este extremo.

El tipo objeto de análisis recoge una acción compleja que requiere una acumulación de comportamientos, uno consistente en omitir o alterar, y otro que se refiere a la oferta del producto alimentario resultante⁹⁷⁵. Con todo, desde este punto de partida, el tenor literal daría cabida a dos interpretaciones diferentes. Conforme a la primera, solo

⁹⁷⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 235. Señala este autor que “no cabe decidir cuál de sus componentes es el básico, porque tanto una acción como la otra son elementos del tipo que deben necesariamente ser constatados”.

integrarían el injusto típico aquellos supuestos en que quien ofrece el alimento nocivo haya también realizado la conducta de alteración u omisión. De acuerdo con la segunda, para apreciar el delito bastaría con que el productor, distribuidor o comerciante haya ofrecido el producto peligroso con tal omisión o alteración, con independencia de que sea él mismo el que haya infringido la normativa de referencia.

La primera opción excluiría del ámbito del precepto que se examina a quienes solo ofrecen el compuesto dopante nocivo, pero no han alterado u omitido personalmente los requisitos normativos de composición o caducidad. Para estos casos, podría buscarse la respuesta penal en alguna otra figura dentro de los delitos alimentarios. Concretamente, entiendo que cabría la posibilidad de ubicar su comportamiento en el artículo 363.2 del Código penal (por la venta de bebidas o comestibles nocivos)⁹⁷⁶. El inconveniente principal de esta solución vendría dado, en mi opinión, por la limitación de la acción en este apartado segundo, que solo se refiere a la venta y que, aunque esta se interpretase ampliamente, comprendiendo cualquier transferencia realizada con ánimo de lucro a lo largo de la cadena alimentaria, no abarcaría los supuestos de entrega gratuita⁹⁷⁷. Más discutible parece el emplazamiento de esta conducta en el artículo 363.3 del Código penal (tráfico de géneros corrompidos), aunque existen interpretaciones que permitirían considerar su aplicación. En efecto, si, conforme al concepto amplio de corrupción visto más arriba, han de incluirse también los géneros que hayan sido objeto de “adulteración, alteración o conmixión por causas naturales o de forma *artificial*”⁹⁷⁸ y si, además, se considera que el verbo traficar, muy vasto, comprende también supuestos de ofrecimiento⁹⁷⁹, podría en principio considerarse también viable. Pese a ello, creo que esta sería una interpretación artificiosa y forzada que debería ceder paso, como explicaré seguidamente, al artículo 363.1 del Código penal⁹⁸⁰.

⁹⁷⁶ De hecho, la jurisprudencia, en relación con la regulación contenida en el Código penal de 1973, ha venido admitiendo que los supuestos de expendición de alimentos a sabiendas de que otros los han alterado y de su nocividad podían encuadrarse en el artículo que castigaba la “mezcla nociva de bebidas o comestibles destinados al consumo público”, precepto este emparentado con el actual artículo 363.2. del Código penal.

⁹⁷⁷ Con carácter general, se entiende que la venta engloba el comercio de cualquier tipo a lo largo de la cadena alimentaria. Matiza, como ya se ha señalado, que la donación constituye un mecanismo de ofrecimiento en el mercado que es ajeno a la venta, PÉREZ ÁLVAREZ, F., en *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 235-236.

⁹⁷⁸ Véanse *supra* págs. 439 y ss.

⁹⁷⁹ En general, el término “traficar” se interpreta en un sentido amplio, comprensivo no solo de la compraventa, sino de cualquier transmisión, sea onerosa o gratuita (permuta, donación, etc.). En esta línea, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 41; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 632. Asimismo secunda un concepto extenso RUBIO LARA, que identifica la conducta de traficar con “promover”, “favorecer” o “facilitar” géneros corrompidos a los consumidores, de cualquier forma y por cualquier medio, en Artículo 363”, cit., pág. 187.

⁹⁸⁰ Sobre las razones que fundamentan esta opinión, véanse *infra* págs. 471 y ss. En esta línea, la ya mencionada STS 780/1982, de 22 de mayo, que si bien consideró incardinable la venta de un vino adulterado con arsénico en el

La segunda opción interpretativa, que es la adecuada en mi opinión, llevaría a considerar que el artículo 363.1 del Código penal abarcaría todos los casos en que, concurriendo el dolo de peligro demandado, se ofreciese en el mercado el producto alimentario nocivo, derive la nocividad de la contravención de la normativa por el mismo sujeto que lo pone en el mercado, o por un tercero. El razonamiento se apoyaría en que el precepto no especifica tal extremo, limitándose a castigar la conducta de *ofrecer nocividad*, aunque el presupuesto necesario de tal nocividad es que se hayan omitido o alterado los requisitos de caducidad o composición establecidos para el producto alimentario de que se trate. Evidentemente, cabría considerar que realiza el injusto típico el fabricante que elabora un suplemento nutricional con ingredientes peligrosos que suponen una inobservancia de los requisitos de composición y lo pone a disposición de un distribuidor. Ahora bien, si el distribuidor del ejemplo, con conocimiento de la alteración producida y de la nocividad del compuesto, lo vende a establecimientos especializados en suplementos deportivos, aunque comete el delito del artículo 363.1 del Código penal, podría ser imputado como autor de su propio delito o como cooperador en el realizado por el fabricante. Así, su actuación sería, de un lado, susceptible de ser calificada como una participación a título de cooperador en el hecho realizado por quien incumplió los requisitos legales, en el entendimiento de que se da una colaboración sustancial en el ofrecimiento del compuesto alimenticio en el mercado con el sujeto que lo elaboró o fabricó⁹⁸¹. De otro lado, sería factible entender que es autor de su propio delito porque materialmente ha realizado el ofrecimiento del suplemento nutricional peligroso, aunque no haya sido él mismo el que haya provocado su nocividad, dado que la literalidad del precepto requiere expresamente que se oferte el

“tráfico de géneros corrompidos”, reconoció que ello implicaría una interpretación extensiva, por lo que finalmente resolvió a favor de otro tipo penal dentro de los delitos de fraude alimentario. Con todo, en este punto creo conveniente señalar que, a mi juicio, el requisito de que se hayan omitido o alterado los requisitos legales sobre composición o caducidad del producto determina un ámbito más restringido para el artículo 363.1 del Código penal, pues la corrupción de los géneros a que se refiere el artículo 363.3 puede tener un origen diverso a la nocividad formal (que implica la transgresión de límites sanitarios normativos específicos) que requiere el primer apartado del artículo mencionado. Por tanto, creo que hay que matizar que si el origen de la nocividad es diferente al que se especifica en la primera modalidad y puede quedar abarcado por el concepto de corrupción que se apoya, parece que el precepto que podría entrar en juego sería el 363.3 del Código penal. En consecuencia, cabe encontrar ámbitos propios para cada modalidad, en los que no existe superposición (por ejemplo, si se ofrecen alimentos nocivos por infracción de las normas de conservación o transporte).

⁹⁸¹ En este sentido, con matices, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 268; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 630. En apoyo de esta interpretación cabe señalar que esta solución de calificación se ofrece a menudo en otros delitos complejos, como las agresiones sexuales. Al respecto véanse, entre otros, BOIX REIG, J., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (1): Agresiones sexuales”, en *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, pág. 324; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2015, págs. 205-206.

producto y, sin embargo guarda silencio respecto al autor de la omisión o alteración nocivas. ¿Significaría esto último dar un tratamiento privilegiado a quien *crea nocividad y la expende*, frente a quién solo la *expende*? En realidad, podría considerarse que una interpretación así comportaría manejar un concepto extensivo de autor, pues comprendería a sujetos con distinta intervención en los hechos, equiparándolos en cuanto a las consecuencias penales, lo que aconsejaría atender al grado de participación que corresponda de acuerdo con los artículos 28 y 29 del Código penal (aunque, si se aceptase la imputación a título de cooperador necesario de aquél que solo realiza la acción de ofrecer, el trato punitivo sería el mismo que el previsto para el autor). Pero, al mismo tiempo, hay que tener en cuenta que el delito del artículo 363 recoge un tipo mixto alternativo, no acumulativo, y que, en cualquier caso, el juzgador siempre podrá graduar la pena dentro del marco punitivo previsto en atención a la gravedad del hecho (por el mayor desvalor de la acción), moviéndose en los límites superiores (art. 66.6ª Cp).

Así pues, y con las precisiones indicadas, quedarían comprendidas en el injusto que contempla el artículo 363.1 del Código penal las hipótesis en que alguno de los sujetos cualificados que prevé este precepto pusiese a disposición en el mercado productos nutricionales para deportistas con una composición dopante peligrosa para la salud. A los efectos de aplicar esta modalidad, sería indiferente que sea el mismo individuo que ofrece el preparado alimenticio el que haya incumplido los requisitos de composición o que tal conducta haya sido realizada por un tercero.

2.2. Conductas de fabricación o venta (art. 363.2 Cp)

En el artículo 363.2 se tipifican comportamientos alternativos de fabricación o venta de bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud que pongan en peligro la salud de los consumidores; esto es, se relacionan supuestos en los que se *crea* o se *expende nocividad*.

Coincide la doctrina en señalar que se trata de una modalidad amplísima, a la que pueden reconducirse prácticamente todos los supuestos relevantes penalmente en el marco alimentario⁹⁸², lo que viene a corroborar la percepción de que podría prescindirse

⁹⁸² En esta línea, señala DOVAL PAIS que el tipo hoy contemplado en el artículo 363.2 del Código penal puede desempeñar una función de recogida de los hechos que no tengan cabida en el que actualmente constituye el apartado primero del precepto, en “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 162. También entiende que el apartado segundo (junto con el apartado tercero)

de alguna de las otras modalidades⁹⁸³, que en cierta medida son superfluas. Así, por ejemplo, en relación con el apartado anterior de esta norma que se acaba de analizar, cabría entender en principio que es factible el encuadre de muchos comportamientos de elaboración y ofrecimiento con omisión o alteración de requisitos sobre caducidad o composición en los verbos típicos “fabricar” y “vender”⁹⁸⁴.

A mi modo de ver, esta opinión, con ser cierta, ha de ser valorada en su justa medida, pues el tenor literal establece algunos límites que impiden subsumir toda actuación en este entorno bajo el artículo 363.2 del Código penal. Por una parte, continuando con la referencia al artículo 363.1 del Código penal, se trata de una modalidad más vasta que la recogida en este último precepto en un doble sentido: primero, desde el punto de vista de la conducta típica, porque el artículo 363.2 sanciona también comportamientos de simple fabricación, sin que se requiera el ofrecimiento efectivo, siendo suficiente que el producto en cuestión se destine al consumo público; y, segundo, porque a diferencia de lo estipulado en el artículo 363.1 del Código penal basta con constatar la nocividad material, pero no se exige expresamente el incumplimiento de la normativa alimentaria⁹⁸⁵. De este modo, cabría considerar que quedan comprendidos todos aquellos hechos en los que las bebidas o comestibles sean nocivos, tanto si se incumple la normativa alimentaria sobre composición o caducidad, como si no se incumple ninguna.

Pero a su vez, como he indicado, existen algunos elementos típicos que delimitan y reducen en parte el alcance del tipo. He explicado previamente que el objeto material (comestibles y bebidas) puede suponer una restricción, aunque relativa⁹⁸⁶. Pero también, a mi juicio, otra limitación puede venir dada por el verbo típico “vender”. En general, se

cumple una función de recogida, dado que permite incluir prácticamente todas las conductas que tuvieran difícil cabida en los restantes preceptos, IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 374. Por su parte, considera que el artículo 363.2 del Código penal, que no requiere infracción de leyes o reglamentos sino solo nocividad, sería aplicable subsidiariamente a las modalidades restantes del precepto, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253.

⁹⁸³ En opinión de GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466. Señala este autor que prácticamente todos los supuestos previstos en los diferentes apartados del artículo 363 del Código penal tienen cabida en esta modalidad, a excepción de aquellos a los que se refiere el apartado cuarto, que contempla genéricamente como objeto material a los “productos”.

⁹⁸⁴ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1465-1466.

⁹⁸⁵ En relación con si debería exigirse el requisito de la nocividad formal, o sea, que la fabricación o la venta se hagan contraviniendo la normativa alimentaria, subsisten posiciones diversas. Así, algunos autores consideran que es una exigencia implícita que debería concurrir en cada caso. En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1075. Por el contrario, otros entienden que esto supondría dejar fuera supuestos que merecerían la intervención del Derecho penal. Al respecto, véase GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1465. Afirma que el artículo 362.2 no requiere infracción de leyes o reglamentos, sino únicamente nocividad, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253.

⁹⁸⁶ Véase *supra* pág. 438.

entiende que la venta debe interpretarse con amplitud, en el sentido de que comprende el comercio de cualquier tipo a lo largo de la cadena alimentaria⁹⁸⁷. O sea, no se restringe a ser un negocio jurídico lucrativo con el consumidor final, sino que englobaría también la comercialización del producto al por mayor y al por menor y, en definitiva, toda transmisión onerosa en los sucesivos escalones desde la fabricación hasta la puesta a disposición final del producto. Es más, el Tribunal Supremo, en esta línea extensiva, ha declarado que no es preciso que la venta llegue a efectuarse para su consumación, siendo suficiente con “encontrar los productos en los almacenes o puestos donde se hallen en disposición de venta”⁹⁸⁸. Aun así, por respeto al principio de legalidad, parece que los casos de donación excederían del alcance de esta modalidad⁹⁸⁹, de modo que, si por ejemplo se transmitiese gratuitamente un producto alimentario cuya nocividad derivase del incumplimiento de requisitos de composición o caducidad, el tipo aplicable sería el del artículo 363.1 del Código penal⁹⁹⁰. Es por ello que puede concluirse que, aunque como veremos posteriormente pueden darse solapamientos, no toda actuación de *expedición* (y también de *fabricación*) de *nocividad* puede subsumirse bajo el artículo 363.2 del Código penal, que también tiene un espacio propio e independiente de aplicación.

En mi opinión, el elemento del tipo que precisa un análisis más detallado, por lo que afecta a los productos que son objeto de este trabajo, es la “nocividad”. Se trata de un concepto dinámico y relativo que depende de distintos factores, tales como la cantidad de sustancia nociva que contenga el alimento, la forma en que se utilice, y las propias circunstancias personales del sujeto (edad, complexión física, enfermedades, embarazos, etc.)⁹⁹¹. Siendo así, la primera cuestión que surge es la de cuándo podrá

⁹⁸⁷ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466. Más ampliamente incluso, incluyendo el ofrecimiento en venta, pero dejando fuera el suministro, la exportación y reexportación, RUBIO LARA, P. A., “Artículo 363”, cit., págs. 186-187. Parece que con dudas respecto al ofrecimiento en venta, en relación con el anterior artículo 346.2 b) del Código penal, relativo a la acción de vender géneros corrompidos, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 281.

⁹⁸⁸ STS 1983/1992, de 10 de marzo, referente a un caso de venta de jamones en mal estado. Con todo, PÉREZ ÁLVAREZ, en relación con el artículo 346.2 c) del Código penal de 1973, referido a la venta de objetos de uso nocivo, señala que aunque se estime que la acción de vender no necesite la entrega material del objeto, no ampararía todas las fórmulas de disposición en el mercado del alimento nocivo, en *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 284.

⁹⁸⁹ Excluye expresamente la puesta a disposición gratuita del producto nocivo BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., “Los fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes”, cit., pág. 410.

⁹⁹⁰ En tanto que la conducta de “ofrecer en el mercado” prevista en el artículo 363.1 del Código penal va más allá de la compraventa a que se refiere el artículo 363.2 del mismo texto legal. En este sentido, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 235-236.

⁹⁹¹ De “factor eminentemente relativo” lo califica MUÑOZ CONDE, que señala la necesidad de ajustarlo a una realidad concreta, pues no se trata de la nocividad en abstracto para la salud de determinados productos como el alcohol o el tabaco, sino del riesgo potencial que determinados productos, a determinadas dosis o cantidades, lleva aparejado normalmente para la salud de las personas, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 568. También en esta línea, DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto

predicarse con carácter general la nocividad de un determinado objeto de uso o consumo. En principio, parece que la respuesta vendrá dada en atención a su composición y a las condiciones normales que requiera el uso o el consumo del producto de que se trate; es decir, habrá que valorar si un determinado objeto es nocivo teniendo en cuenta, de un lado, sus componentes; y, de otro lado, según sea de uso o consumo, bien un uso acorde con las indicaciones que lo acompañan o de acuerdo a lo que entraría dentro de la normalidad según sus aplicaciones, bien un consumo en dosis correctas y del modo habitual por quienes son sus destinatarios previsibles⁹⁹². De acuerdo con esto, podría sostenerse que sería apto para constituir el objeto material de este delito aquel suplemento nutricional para deportistas que incluyese en su composición alguna sustancia dopante (por ejemplo, un anabolizante) y que consumido conforme a las indicaciones del envase sobre dosificación y tiempos de ingesta, fuese dañino para su salud.

La segunda cuestión que se plantea concierne al tipo de nocividad que se contempla por el legislador al castigar estas conductas. Al respecto, suele distinguirse en la doctrina entre el concepto de “nocividad absoluta” y el de “nocividad relativa”. La primera se refiere a los casos en que un único uso o consumo del producto lleva aparejado con carácter inmediato efectos dañinos sobre la salud de la generalidad de los consumidores, sobre cualquier persona⁹⁹³. La segunda, abarca tanto los supuestos en que los perjuicios para cualquiera se producen por el empleo o ingestión reiterados –no irreflexivos o inmoderados–, como aquellos en que el alimento o producto solo perjudica inmediatamente a colectivos concretos⁹⁹⁴. Pues bien, marcada la diferencia entre ambas clases de nocividad, procede concretar a cuál se refiere la ley. En este

de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., págs. 152-153. Pone de manifiesto el relativismo del concepto de nocividad, señalando que depende de la incidencia del consumo y de la sujeción a dosis aconsejadas, así como de las características personales de los perjudicados, GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., págs. 1541-1542. Asimismo incide en ello, afirmando que será preciso tomar en consideración las circunstancias puntuales del caso concreto y valorar las peculiaridades propias del objeto, IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 375.

⁹⁹² DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., págs. 152-153.; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 363”, cit., pág. 193.

⁹⁹³ Así lo entienden RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública”, cit., pág. 455; y PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 118. Aunque no se refieren expresamente a “un único uso o consumo” del producto, consideran que la nocividad absoluta supone peligrosidad inmediata en relación con todo consumidor DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 40; GARCÍA ALBERO, R., en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466.

⁹⁹⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 40; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466; PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., pág. 118. En realidad, como advierte GARCÍA ALBERO, la nocividad relativa se refiere básicamente a los apartados b) y d) de la definición de alimento nocivo que proporciona el CAE: “b) Cuando aun no siendo perjudicial a su inmediato consumo se pueda prever que su ingestión repetida entraña peligro para la salud, sin que ello obedezca a uso inmoderado o inoportuno, o a consumo irreflexivo del mismo; d) Cuando aun no siendo nocivo para el consumidor medio, lo es o pueda serlo para un grupo determinado de consumidores (lactantes, embarazadas, diabéticos, etc.) al que va específicamente destinado”.

punto, se admite que, dado que el Código penal no establece distinciones entre una y otra, ambas podrían tener cabida en el tipo del artículo 363.2 del Código penal⁹⁹⁵. Esta interpretación parece razonable pues, en caso contrario, se estaría dejando sin protección a colectivos específicos⁹⁹⁶ que también son titulares del bien jurídico salud y, además, podrían quedar impunes aquellas hipótesis en que la nocividad se produjese progresivamente, como resultado de un uso o consumo repetido de un producto que en dosis normales no presentase una toxicidad relevante. Así pues, de acuerdo con esta posición se daría entrada a aquellos suplementos alimenticios o dietéticos específicamente diseñados para deportistas (a los que, por el modo en que se comercializan, puede acceder cualquiera), que presenten una nocividad asociada a una ingestión reiterada del compuesto que supere el riesgo permitido⁹⁹⁷. No obstante, aunque se tratará más adelante, hay que precisar que en la regulación de los fraudes alimentarios hay otra alusión a la nocividad, concretamente en el artículo 365 del Código penal, respecto a la que algún autor considera que el legislador, incomprensiblemente, parece decantarse por la exigencia de una nocividad absoluta, al requerir que las sustancias adulterantes puedan ser “gravemente nocivas”⁹⁹⁸.

A la vista de las consideraciones realizadas respecto al alcance del precepto se puede afirmar, por tanto, que en principio podrían quedar subsumidos bajo el artículo 363.2 del Código penal los supuestos en que un fabricante elaborase un suplemento nutricional para deportistas en cuya composición figurase alguna sustancia dopante que lo convirtiese en nocivo (bien por la cantidad de sustancia que incorpore, bien porque su consumo reiterado en dosis normales pueda producir un daño para la salud). Y también, aquellos en que un compuesto así (destinado al consumo público) fuese objeto de venta por el propio fabricante, o por un distribuidor o un comerciante.

⁹⁹⁵ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 40; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466; IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., pág. 375; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 631. También de esta opinión, en referencia a la expresión del anterior artículo 346.2 *in fine*, sobre “objetos en cuya composición se hubieren incorporado sustancias o productos de forma tal que resulte su uso *nocivo* para la salud”, PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 118-120. Sobre la necesidad de acudir a las normas administrativas sobre dosis máximas toleradas en cada caso, véase DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, cit., pág. 153. Admite expresamente, tanto la nocividad absoluta como la relativa, la SAP Granada 228/2000, de 3 de abril.

⁹⁹⁶ A este respecto, en relación con el artículo 363.1 del Código penal, el AAP Albacete, de 30 de junio de 2009 señala que “el tipo se refiere a todos los consumidores, sin entrar a discriminar entre grupos que puedan padecer enfermedades concretas”.

⁹⁹⁷ Acerca de los criterios que pueden manejarse para delimitar el riesgo socialmente permitido, véase IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 363”, cit., págs. 376-377.

⁹⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1088. Sostienen, sin embargo, que a través de esta modalidad no se trata de castigar solo los supuestos denominados de nocividad absoluta, sino también aquellos que podrían considerarse de nocividad relativa BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., págs. 1675-1676.

2.3. Conductas de tráfico (art. 363.3 Cp)

En las páginas previas he hecho referencia a diversos elementos de la modalidad que castiga el tráfico de géneros corrompidos⁹⁹⁹. Entre otros, por una parte, he tratado el objeto material “géneros”, señalando que con respecto al mismo se mantienen diversas posturas que van desde las que apoyan que comprende todo tipo de objetos de uso o consumo, hasta las que sostienen que el objeto de la acción son solo los alimentos en sentido estricto, pasando por posturas intermedias que incluyen los alimentos y los útiles alimentarios. Por otra parte, he incidido en el concepto de corrupción como cualidad que, por disposición legal, ha de predicarse de los géneros con los que se trafica, y que puede contribuir a delimitar el alcance del artículo 363.3 del Código penal.

En relación con ello, puede concluirse que la jurisprudencia mayoritaria y algunos autores defienden una acepción amplia de corrupción, que abarca la descomposición, la putrefacción y, también, “la adulteración, la alteración o la conmixción, producidas por causas naturales o por factores de índole artificial”. Conforme a este entendimiento, parece que los géneros corrompidos comprenderían toda clase de objetos que devengan nocivos por cualquier razón. Por ejemplo, habría que calificar como corrompidos a aquellos alimentos que se estropearan por el paso del tiempo o por una deficiente conservación pero, del mismo modo, a cualquier producto que contuviese alguna sustancia añadida que lo convirtiese en tóxico, con peligro para la salud de las personas. En este último caso, podría afirmarse el estado de corrupción del género por “factores de índole artificial”, dado que la vaguedad de la expresión acoge esta posibilidad. Pese a ello, se observa que algunos autores ponen especial énfasis en adjetivos como “podrido”, “estropeado”, “rancio”, “pasado”, “contaminado”, “contagiado” o en “mal estado”¹⁰⁰⁰; esto es, insisten en cualidades que se refieren a productos del marco alimentario en general y que parecen aludir más bien a una degeneración (natural o artificial), pero no a una adulteración, a una alteración o a una mezcla intencionada con componentes ajenos a los propios del objeto de que se trate. De este modo, resulta que la imprecisión de los términos “géneros” y “corrompidos” puede conducir a interpretaciones muy diversas.

⁹⁹⁹ Véanse *supra* págs. 439 y ss. y nota 979, pág. 464.

¹⁰⁰⁰ Concretamente, CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 761; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1467; PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1076.

Por lo que concierne a los preparados alimenticios dopantes que se examinan, cabe afirmar que son géneros, sea cual sea la acepción que se mantenga, pues los alimentos son abarcados por las diferentes acepciones. La cuestión conflictiva será determinar si podrían considerarse “géneros corrompidos”. Desde luego, parece que desde una perspectiva amplia podría pensarse que un suplemento nutricional para deportistas al que intencionalmente se le haya incorporado algún componente dopante que haga peligroso su consumo sí es un “género corrompido”, pues se trataría de un ejemplo de corrupción por “adulteración, alteración o conmixción de modo artificial”. Conforme a ello, el tráfico de un preparado de estas características integraría el injusto previsto en la modalidad que se analiza. No obstante, en mi opinión, esta interpretación extensiva puede considerarse artificiosa. Me refiero a que es cuestionable que el legislador, al emplear la expresión “corrompidos”, estuviese aludiendo a productos a los que se adicionan elementos que pueden convertirlos en tóxicos, o que son creados con una composición que presenta ingredientes peligrosos no permitidos que los transforman en objetos nocivos¹⁰⁰¹. Precisamente, al menos en el marco alimentario, la existencia de tipos más específicos que se refieren a estos extremos corrobora esta idea (en concreto, el art. 363.1 Cp y, como explicaré seguidamente, el art. 364.1 Cp). Si su propósito hubiese sido englobar todo producto nocivo, cualquiera que fuera el foco de la nocividad, parece que lo más adecuado hubiese sido emplear otro término más “neutro” o polivalente, como sería el caso si se hubiese circunscrito la conducta peligrosa al tráfico de géneros “alterados” natural o artificialmente. De todos modos, puede ser comprensible que se maneje un concepto amplio de “géneros” y de “corrupción” con el fin de incluir, además de los supuestos en que puede hablarse en sentido estricto de corrupción de productos alimentarios, algunos otros que no puedan subsumirse en las restantes figuras por razones de tipicidad (por ejemplo, porque se trate de un producto extraalimentario, o de un producto alimentario que no sea una bebida o un comestible y cuya nocividad no traiga causa de la inobservancia de requisitos de composición o caducidad). No obstante, considero que también se podría valorar, según el caso, la aplicación del tipo de recogida del apartado cuarto, relativo a productos nocivos de uso no autorizado.

¹⁰⁰¹ En apoyo de esta idea puede mencionarse la ya citada STS 780/1982, de 22 de mayo. En su Considerando segundo señaló que la venta de un vino adulterado con arsénico podría subsumirse bajo la modalidad que sancionaba el “tráfico de géneros corrompidos”, aunque reconoció que ello implicaría una interpretación extensiva, por lo que finalmente aplicó otro tipo penal dentro de los delitos de fraude alimentario.

En suma, entiendo que clasificar un alimento que incluye sustancias dopantes en la categoría de “corrompido” supone forzar la interpretación del precepto y, además, es innecesario pues, como hemos visto, su encaje en los objetos materiales de los otros delitos estrictamente alimentarios permite recurrir a otras figuras aplicables.

Por tanto, en el ámbito de este trabajo, considero que existen razones para descartar la posibilidad de encuadrar en la modalidad de traficar con géneros corrompidos las conductas de tráfico de suplementos nutricionales que presentan una composición dopante peligrosa.

2.4. *Conductas de ocultación (art. 363.5 Cp)*

El injusto típico del delito especial recogido en el artículo 363.5 consiste en poner en peligro la salud de los consumidores mediante la ocultación o sustracción de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos. Además del alcance del objeto material, ya tratado, varios son los aspectos que merecen ser abordados para tener una visión general de esta modalidad. Para ello, tomaré como referente la Sentencia del Tribunal Supremo 780/1982, de 22 de mayo, que, ante los escasos pronunciamientos en la materia hasta esa fecha, vino a profundizar algo más en el contenido de este ilícito. El primero, el destino de los efectos. Literalmente se indica que este debe ser la “inutilización” o la “desinfectación”, términos que significan, respectivamente, “destrucción o invalidación respecto a su primitivo destino, y saneamiento o liberación de la nocividad o de los gérmenes o factores que los hacen peligrosos para la salud”. El segundo aspecto es el relativo a la dinámica comisiva. Al respecto, señala la resolución que “es preciso que el agente, los oculte, o sea, los esconda o ponga fuera del alcance de las autoridades sanitarias, colocándolos en lugar recóndito e ignorado, o bien, los sustraiga, lo que tanto vale como, siendo de titularidad ajena, tomarlos, aprehenderlos o apoderarse de ellos, o que, de cualquier modo siendo propios los ponga fuera del alcance del órgano público encargado de velar por el bienestar general y, por consiguiente, de destruirlos o desinfectarlos”. Por último, el tercero se refiere al aspecto subjetivo que requiere, “además del dolo que, en lo cognoscitivo, debe abarcar el conocimiento de que los efectos están destinados a su inutilización o inocuización, que el sujeto activo obre, finalísticamente, con el *animus* de ulterior y potencial venta o compra, aunque ni una ni otra llegue a efectuarse”.

Atendiendo entonces a esta interpretación, cabe preguntarse si la ocultación o

sustracción dolosa de un suplemento deportivo dopante peligroso, concurriendo el elemento finalístico señalado, podría integrar el tipo descrito en el artículo 363.5 del Código penal. La respuesta a este interrogante dependerá, en mi opinión, de un extremo que no concreta la norma penal: si es necesaria la existencia de una resolución administrativa previa expresa destinando los efectos a su inutilización o desinfección o si basta la tácita cuando la regulación general la imponga.

Podría defenderse, de acuerdo con un sector de la doctrina, que es suficiente con que el sujeto, con ánimo de venderlo, oculte un complemento alimenticio con propiedades dopantes a sabiendas de su nocividad y de que, de ser descubierto por las autoridades, su destino final sería la retirada y la destrucción. En un caso así, aunque no conste un acto administrativo específico, cabría considerar que el destino de inutilización o desinfección deriva de una disposición legal o reglamentaria (por ejemplo, el Real Decreto 1801/ 2003, sobre seguridad general de los productos, que en su art. 10.c).^{2ª} autoriza a la Administración a acordar y proceder a la destrucción de todo producto inseguro)¹⁰⁰².

No obstante, hay que resaltar que la jurisprudencia mayoritaria y algunos autores se inclinan por exigir un previo pronunciamiento de la Administración sobre la destrucción o la desinfección de los efectos, limitando de este modo el alcance del precepto¹⁰⁰³.

Así pues, las posibilidades de aplicar el artículo 363.5 frente a comportamientos de ocultación o sustracción de suplementos nutricionales que representen un peligro para la salud por su composición dopante dependerán de la interpretación que se secunde. En este punto he de puntualizar que, si bien parece que este tipo penal no está previsto para esta clase de supuestos, considero que no hay que descartar esta posibilidad, dados la

¹⁰⁰² A favor de incluir en el alcance del precepto todos aquellos casos en que el destino a la inutilización derive de la regulación legal o reglamentaria, sin que sea preciso que exista una orden específica de la autoridad en tal sentido (que, de darse, no sería más que un acto de confirmación del destino general que señala la ley), LUZÓN PEÑA, D. M., “Ocultación o sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª de 12 de abril de 1989)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1989, págs. 333-334. En el mismo sentido, GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1543; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1071. De acuerdo en lo esencial con LUZÓN PEÑA, matiza GARCÍA ALBERO que es necesario que legal y reglamentariamente exista un específico destino a la “inutilización” o la “desinfección”, sin que resulte asimilable la mera retirada del producto, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1470. Por su parte, SERRANO GÓMEZ y SERRANO MAÍLLO declaran que no importa cuál sea el procedimiento por el que el sujeto activo llegue a conocer que los efectos están destinados a ser inutilizados o desinfectados, admitiendo que puede ser por resolución administrativa o simplemente por información de quien conoce el estado de los efectos, en “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 577.

¹⁰⁰³ En cuanto a los autores que secundan expresamente este requisito, véanse RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 633; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 363”, cit., pág. 192. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, son muchas las sentencias que se alinean a favor de exigir que el destino del producto nocivo haya sido determinado por la Administración sanitaria. Entre otras, STS 780/1982, de 22 de mayo; STS de 10 de octubre de 1988; STS de 12 de abril de 1989; y SAP Granada 228/2000, de 3 de abril. En sentido diverso, véase la SAP Salamanca 69/2001, de 30 de julio.

amplitud con que está concebido el objeto material, así como el vasto significado que se atribuye al término “inutilización”.

En otra parte de este trabajo he hecho referencia a numerosos compuestos que se introducen en el mercado como complementos alimenticios y respecto de los que la AEMPS establece su retirada porque contienen alguna sustancia medicamentosa peligrosa para la salud. En estos casos, la intervención de la Agencia se realiza sobre la base de calificarlos como medicamentos en aplicación de la regla “para caso de duda” que recoge el artículo 8.6 del Real Decreto Legislativo 1/2015 a efectos de sujetarlos a la norma administrativa¹⁰⁰⁴. Pues bien, admitida la opción de apreciar un delito de fraude alimentario en relación con estos productos fiscalizados por las autoridades sanitarias, creo que la conducta de quien, por ejemplo, los esconda con intención de ponerlos a disposición de los consumidores, si se determina la concurrencia del peligro exigido y se acredita la presencia de los demás elementos típicos, podría ser subsumible bajo el artículo 363.5 del Código penal. Es cierto que desde las posiciones más restrictivas podría argüirse en contra que la retirada puede acordarse con carácter provisional y no comportar necesariamente el destino a la destrucción. Pero, a mi juicio, también es cierto que si se trata de compuestos cuya nocividad ha sido verificada por la Administración y que se comercializan bajo la apariencia de ser preparados alimenticios podría sostenerse que su fin inevitable será la destrucción o la inutilización en orden a preservar la salud. De hecho, además de la legislación general, la normativa específica aplicable prevé esta posibilidad, al señalar que los gastos que lleve aparejada la destrucción del medicamento o el producto de que se trate serán de cuenta del infractor (art. 115.3 RDL 1/2015).

Con todo, he de insistir en que ante estas situaciones no será suficiente con que se haya ordenado apartar el preparado del mercado y se concluya que el destino final será la destrucción. También hemos visto que en ocasiones las actuaciones de la AEMPS tienen un carácter esencialmente preventivo, que la lleva a adoptar esta clase de medidas ante la presencia de cualquier principio activo en el complemento nutricional, aun en dosis que no son significativas o peligrosas propiamente. Por tanto, tomando en consideración esta circunstancia, hay que subrayar que en estas hipótesis cobrará especial relevancia la comprobación del riesgo para la salud que demanda la aplicación del precepto con carácter general.

¹⁰⁰⁴ Véanse *supra* págs. 325 y ss.

2.5. Conductas de adulteración con agentes no autorizados (art. 364.1 Cp)

En este primer apartado se tipifican conductas consistentes 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. Las penas que se prevén son las mismas del artículo anterior, salvo para el caso de que el sujeto activo sea propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios, al que se aplica además una sanción de inhabilitación específica.

La figura delictiva presenta la particularidad, respecto al número precedente, de configurarse como un delito común cuyo autor puede ser cualquiera, lo que incluye también al productor, distribuidor o comerciante al que alude el artículo 363 del Código penal. De este modo, el hecho de no requerir condición alguna en el sujeto activo constituye un avance en la protección del bien jurídico salud, pues posibilita la intervención penal ante conductas de *creación* de *nocividad* llevadas a cabo por particulares ajenos a la cadena alimentaria profesional, que pueden ser igualmente peligrosas para los consumidores. Sin embargo, este aspecto de la regulación, con ser positivo, no cubre una carencia significativa del precepto, y es que, como explicaré, al no contemplarse comportamientos limitados a *expendere nocividad* se plantean lagunas de punibilidad.

La acción descrita consiste en adulterar “con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daño a la salud”. En cuanto al verbo típico, y pese a que el concepto de adulteración que recoge el CAE abarca también la sustracción, se interpreta en sentido restrictivo que comprende solo comportamientos de adición¹⁰⁰⁵. Por consiguiente, en relación con los suplementos nutricionales objeto de este trabajo, se trata de valorar la eventual aplicación de esta modalidad en los casos en que el comportamiento consista en añadir al complemento alimenticio o al producto dietético alguna sustancia de carácter dopante que pueda poner en peligro la salud. Para ello habrá que comprobar si la conducta de incorporación viene acompañada del resto de exigencias que establece el tipo penal. Con este fin, considero de especial interés detenerme a analizar en particular cuatro aspectos concretos: el concepto de “agente”; la expresión “no autorizado”; el requisito de que el agente no autorizado sea “susceptible

¹⁰⁰⁵ Así lo ponen de manifiesto específicamente BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., págs. 213-214; DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La adulteración de productos alimentarios y la alimentación del ganado con sustancias no permitidas”, cit., pág. 456; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1472; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 364”, cit., pág. 594.

de dañar la salud”; y, por último, el momento en que puede tener lugar la adulteración del objeto material.

Junto a los aditivos, la ley menciona con buen criterio los “agentes no autorizados” como fuente de la adulteración. Coincide la doctrina en que con esta fórmula abierta se da cabida a cualquier sustancia, de cualquier naturaleza, que sea nociva y distinta del alimento, sustancia o bebida al que se añade¹⁰⁰⁶. Sin embargo, entre quienes sostienen este concepto amplio, algunos autores matizan en el sentido de que es preciso que los agentes sean necesariamente sustancias que se hallen en la cadena alimentaria que, sin constituir propiamente aditivos, tengan algún rasgo en común con ellos¹⁰⁰⁷. De acuerdo con esta posición, por tanto, habría de tratarse de elementos propios del ámbito de la alimentación que se adicionasen intencionadamente al alimento en cualquiera de sus fases, y que produjesen un efecto en la composición misma del alimento¹⁰⁰⁸, lo que llevaría a excluir cualquier otro componente ajeno al marco alimentario y, por tanto, la posibilidad de apreciar el tipo del artículo 364.1 del Código penal a los compuestos en estudio.

En mi opinión, sin embargo, la dicción literal del precepto permite incluir no solo a las sustancias que pertenezcan al ámbito alimentario (por ejemplo, aromatizantes, saborizantes o coadyuvantes tecnológicos)¹⁰⁰⁹, sino también a todo elemento que produzca un efecto, aunque no sea propio de la esfera alimentaria, cualquiera que sea su finalidad (tecnológica, nutricional, o incluso dopante)¹⁰¹⁰ y en tanto se adicione al objeto material de la acción. Creo que una interpretación sistemática que atienda al bien jurídico protegido debería acoger a todas aquellas distintas del aditivo en sentido

¹⁰⁰⁶ Indican que el término “agente”, muy amplio, comprende toda sustancia, cualquiera que sea su naturaleza técnica, que sea nociva y diversa del alimento mismo, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., págs. 216-217; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 44; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1472.

¹⁰⁰⁷ BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., pág. 216. RODRÍGUEZ NÚÑEZ considera que la referencia a otros agentes está relacionada con los auxiliares de fabricación y cualesquiera otros que estén autorizados en la elaboración y comercio de productos alimentarios, en “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 635.

¹⁰⁰⁸ En relación con los aditivos pueden consultarse el Reglamento (UE) 257/2010 de la Comisión, de 25 de marzo, por el que se establece un programa para la reevaluación de aditivos alimentarios autorizados de conformidad con el Reglamento (CE) n° 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre aditivos alimentarios; y el Reglamento (CE) 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre, sobre aditivos alimentarios, y sus modificaciones posteriores; el Reglamento (UE) 231/2012 de la Comisión, de 9 de marzo, por el que se establecen especificaciones para los aditivos alimentarios que figuran en los anexos II y III del Reglamento (CE) no 1333/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, y sus modificaciones posteriores.

¹⁰⁰⁹ Citan a los “coadyuvantes tecnológicos” y los aromas BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1673. También incluye a los disolventes, enzimas, condimentos y especias RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 635.

¹⁰¹⁰ Así, el DRAE no discrimina en atención a los fines y define “agente” como “que obra o tiene virtud de obrar” y, también, como persona o cosa que produce un efecto”.

estricto que pudiesen convertir en nocivo al alimento¹⁰¹¹. Además, en otro caso, podrían quedar sin sanción aquellos supuestos de adulteración con un agente no alimentario en los que el autor fuese un particular, dado que el artículo 363 del Código penal, que presentaría capacidad para absorber esta conducta en alguna de sus modalidades (por ejemplo, en sus apartados 1 y 2), constituye un delito especial que requiere que el sujeto activo reúna la condición de ser productor, distribuidor o comerciante.

Ahora bien, en este punto, la idoneidad del agente como origen de la adulteración típica dependerá de que no se halle autorizado y de que sea susceptible de perjudicar la salud. En rigor, la ausencia de autorización ha de ir referida al ámbito alimenticio; esto es, se trata de que el empleo del agente concreto no esté permitido para usos alimenticios¹⁰¹². Con todo, presupuesto que esta sea la esfera a la que concierne la falta de autorización, lo cierto es que la expresión “no autorizado” puede interpretarse de distintas formas: podría entenderse que abarca solo los casos en que los que el agente se encuentre expresamente prohibido; que con ella se alude también a todas aquellas sustancias que no se hallen específicamente autorizadas para aplicaciones alimenticias; o, incluso, a las admitidas que se utilicen en dosis superiores a las autorizadas¹⁰¹³.

A mi juicio, la locución “no autorizado” admite todos estos enfoques. En primer lugar, es evidente que cabe sostener que engloba aquellos elementos que hayan sido explícitamente prohibidos. En segundo lugar, entiendo que, de no existir una disposición específica en la esfera alimentaria que se refiera a la sustancia concreta, se podría afirmar que su empleo no está expresamente autorizado y que, por tanto, constituye un agente no autorizado. Es cierto que cabría considerar que el silencio del legislador equivale a un permiso, pero parece que en este contexto esto no es así, dado

¹⁰¹¹ Así lo entendía PÉREZ ÁLVAREZ, en referencia al Proyecto de Código penal de 1992, que no contemplaba más que a los aditivos, en “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1080. También se secunda indirectamente esta interpretación en la ya mencionada SAP Badajoz 8/2006, donde se consideró que el producto alimenticio nocivo STAR LINE, recomendado por un naturópata para adelgazar, había sido objeto de adulteración con un agente no autorizado, concretamente mazindol, un principio activo prohibido por la Agencia Española del Medicamento, en cumplimiento de la Decisión de la Comisión Europea de 9 de marzo del año 2000.

¹⁰¹² Insisten en que es preciso que, de existir autorización, esta se refiera al empleo del agente en usos alimenticios y no solo relacionados con los alimentos o alimentarios, dando de este modo cabida a agentes autorizados para la fabricación de objetos o materias destinadas a entrar en contacto con los alimentos (como envases, embalajes, envolturas, etc.), BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1674.

¹⁰¹³ Sobre este extremo no hay acuerdo. A favor de admitir aquellas sustancias autorizadas que estén presentes en el alimento en una dosis superior a la permitida, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., pág. 215. Estos autores consideran que la adulteración con una sustancia permitida en una dosis superior a la autorizada debería considerarse también adulteración típica, pues cabe equiparar lo no autorizado con lo que excede de los límites autorizados. También CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 763; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1072. En contra, GARCÍA ALBERO, que considera que el uso de aditivos permitidos en dosis superiores a la autorizada integrará el tipo del artículo 363.1 del Código penal, siempre que haya existido peligro concreto, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1473. Asimismo de esta opinión, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 44.

que se trata de una materia (la alimentaria) en la que la reglamentación sobre ingredientes y componentes que pueden añadirse a los alimentos es exhaustiva y se caracteriza por la existencia de listados positivos, que recogen los elementos permitidos¹⁰¹⁴. En tercer y último lugar, estimo que cabe equiparar lo no autorizado con lo que excede de los límites autorizados, de modo que también quedarían comprendidas las sustancias que se empleen en dosis por encima de las permitidas. De cualquier forma, en orden a determinar el alcance y el contenido de la expresión “no autorizado” habrá que acudir a la normativa extrapenal del sector alimentario para comprobar si el agente en cuestión está prohibido, si no existe una autorización expresa para su empleo, o si se encuentra autorizado, pero dentro de unos márgenes legalmente establecidos (por ejemplo, con límites en cuanto a la cantidad)¹⁰¹⁵.

En los casos que nos ocupan, tratándose de productos que se comercializan como complementos alimenticios o como los denominados suplementos dietéticos, la adición de las sustancias dopantes que aquí nos interesan (elementos dopantes nocivos *per se* o potencialmente peligrosos, de índole medicamentosa, como pueden ser los agentes esteroides anabolizantes o algunos estimulantes), no aparece específicamente prohibida y, tampoco, expresamente autorizada. Podría decirse, sin embargo, que es obvio que no están autorizadas puesto que los efectos que producen son absolutamente ajenos a la finalidad alimenticia de estos preparados y claramente son contrarios a uno de los objetivos principales que se persiguen con la regulación sobre alimentos: garantizar que estos sean seguros. Así pues, y pese a que son sustancias autorizables en general en el ámbito de los medicamentos, con sujeción a exigencias legales precisas y controles exhaustivos, definitivamente no pueden encuadrarse dentro del concepto de “agente autorizado” en el entorno de la alimentación.

No obstante, el ilícito exige que el agente o aditivo sea susceptible de causar daños a la salud, lo que requiere una doble matización: por un lado, tomar en consideración que la nocividad va a depender, no solo de la propia nocividad del agente, sino también de

¹⁰¹⁴ Hay que tener en cuenta que no estamos ante una fórmula legislativa que requiera infracción o contravención de la normativa extrapenal. Si esta hubiese sido la formulación elegida, cabría considerar que el sujeto que añade al alimento alguna sustancia respecto de la que la normativa no se pronuncia expresamente (ni prohibiendo, ni autorizando), no realiza la conducta típica, por cuanto no puede considerarse que comete una infracción, al no existir una regla que infringir. Respecto al significado y al alcance de las remisiones expresas del Código penal y, concretamente, a los grupos de formulaciones legales que aluden a “la infracción” de normas, o a los que se refieren a “la ausencia de autorización”, véase DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, cit., págs. 170-195. También dedica una atención especial a las formulaciones “sin autorización” GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas. Leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993, págs. 76-77.

¹⁰¹⁵ Al respecto, en materia de aditivos, colorantes, edulcorantes, aromas, etc. existen listas positivas que autorizan su empleo para usos alimenticios.

la dosis, de la cantidad que se adicione al alimento¹⁰¹⁶. Por tanto, no bastará constatar la adición, por ejemplo, de efedrina (agente que en proporciones adecuadas se utiliza para elaborar medicamentos clasificados terapéuticamente para el tratamiento del asma o del enfisema pulmonar), sino que habrá que atender también a la dosis incorporada, de modo que pueda confirmarse su capacidad para perjudicar la salud de las personas. De otro lado, y aunque no se conmine a ello, la peligrosidad para la salud habrá de verificarse en el alimento mismo al que se haya añadido la sustancia no autorizada, pues a ello obliga una interpretación acorde con la finalidad del tipo¹⁰¹⁷. En consecuencia, no bastará con que el agente de que se trate no esté autorizado, sino que habrá de quedar acreditado que su incorporación al alimento, bebida o sustancia constituye un peligro para la salud¹⁰¹⁸ y, también, que se destina al comercio alimentario¹⁰¹⁹.

El último aspecto que precisa ser puntualizado en relación con la acción típica es el relativo a la fase en que se produce la adulteración del alimento, sustancia o bebida. Las conductas de adulteración, puesto que nada se indica, pueden tener lugar no solo en el momento de la fabricación sino, asimismo, en cualquiera de las etapas posteriores (distribución, envasado, transporte)¹⁰²⁰, por lo que quedarían incluidos los casos en que se incorpora una sustancia dopante peligrosa en el proceso de elaboración del suplemento nutricional y aquellos otros en que el sujeto activo proceda a añadirla ulteriormente.

Universitat d'Alacant

¹⁰¹⁶ En referencia al Proyecto de Código penal de 1992, PÉREZ ÁLVAREZ señala que el que el aditivo sea susceptible de causar daños a la salud depende de la dosis que se utiliza del mismo y en relación con el conjunto de alimentos que componen el régimen alimenticio de la persona, en “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1080. Por su parte, MUÑOZ CONDE añade a la dosis, como fuente de nocividad del aditivo o del agente, su cualidad o su empleo, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 570. Señala que la nocividad del alimento mismo dependerá de la dosis y de la mayor o menor toxicidad del aditivo o agente, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1472. Indican que para probar la idoneidad del aditivo para causar el menoscabo a la salud también habrá que atender a su interacción con el envase BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., pág. 216.

¹⁰¹⁷ DAUNIS, A./GARCÍA ALFARAZ, A. I., “Artículo 364”, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, pág. 805; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1472; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MÁILLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 577. Sin embargo, insiste en que el tipo no exige que el alimento, sustancia o bebida resultante de la adulteración sea nocivo para la salud, sino que los aditivos o agentes no autorizados sean nocivos para la salud de las personas, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 635.

¹⁰¹⁸ En este sentido, BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1674; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., cit., pág. 583.

¹⁰¹⁹ Muy crítico con la referencia al comercio alimentario, por considerar que con ello quedan extramuros de la intervención penal los supuestos que afectan a la salud pública fuera de la dinámica mercantil, PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1081.

¹⁰²⁰ Así lo indican expresamente BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., pág. 218; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 44; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1473; PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1082.

Comentario aparte merece el supuesto en que el sujeto activo realiza la adulteración y a continuación pone en circulación el preparado dopante en el mercado alimentario. En esta hipótesis la puesta en circulación posterior no se contempla específicamente en el artículo 364.1, que se refiere solo a casos de *creación* de *nocividad*. Aunque en principio un supuesto así excedería el ámbito de la acción tipificada, considero sin embargo que es factible su subsunción bajo el citado precepto. En mi opinión, si se tratase de un productor, distribuidor o comerciante, el lanzamiento al comercio alimentario del suplemento nocivo por quien lo adulteró constituiría un acto copenado impune. Si bien la sola transmisión del producto realizaría *per se* el delito del artículo 363.1 del Código penal o el del artículo 363.2 del mismo texto legal, el injusto quedaría consumido por el delito al que sigue (el del art. 364.1 Cp), al tratarse de una forma de realizar el beneficio perseguido con el hecho anterior (adulterar para destinar al comercio alimentario) y no suponer la lesión de un bien jurídico distinto al ya afectado (la salud pública) ni aumentar cuantitativamente el peligro generado¹⁰²¹. Podría objetarse, a favor del concurso de delitos, que con la puesta a disposición se produce un peligro más intenso, al aproximar el producto nocivo al consumidor, pero lo cierto es que el haz de peligro creado es el mismo (peligro general, indeterminado) y que, además, el legislador equipara en ambos preceptos las conductas de *creación* y *expedición* de *nocividad* (a efectos penológicos es indiferente que el sujeto fabrique, elabore, o adicione *nocividad*; o que ofrezca, venda, trafique o comercie con ella), aunque ello pueda afectar al principio de proporcionalidad.

En las ocasiones en que el sujeto que adultera y pone en circulación el suplemento nutricional peligroso fuese un “no profesional” no podría hablarse estrictamente de un acto copenado, pues el Código penal no contempla un delito común de *expedición* de *nocividad*. Sin embargo, la sola adulteración ya sería sancionable a través de este artículo 364.1, y la difusión consecutiva podría ser valorada por el juez en la determinación de la pena.

Así pues, cabría aceptar que el artículo 364.1 del Código penal admite también la punición de ambas acciones típicas (*crear nocividad* mediante la adulteración y *expenderla*). En definitiva, puede concluirse que son susceptibles de integrar el injusto típico, tanto los supuestos en que un sujeto, cualificado o no, añade a un complemento alimenticio un elemento dopante que lo convierta en peligroso para la salud, sea en el

¹⁰²¹ GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, cit., págs. 394-395; JESCHECK, H-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 793; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 27/79.

momento de fabricarlo o posteriormente, y siempre que su destino sea el comercio alimentario; como aquellos otros en que, además, llegue a ponerlo en circulación, ofreciéndolo, vendiéndolo o comerciando con él. No obstante, al tratarse de un delito común, la mera *expedición de nocividad* por quien no entra en el círculo de sujetos activos descritos en el artículo 363 del Código penal plantearía una laguna de punición derivada de los límites de la acción típica que marca el artículo 364.1 del Código penal.

2.6. *Conductas de adulteración con sustancias gravemente nocivas (art. 365 Cp)*

Para finalizar con el estudio de las figuras relativas a fraudes alimentarios susceptibles de aplicación cuando se pone en peligro la salud de la colectividad a través de conductas que afectan a suplementos nutricionales dopantes para deportistas, es preciso comentar brevemente la relación entre el artículo 364.1 y el artículo 365 del Código penal, así como incidir en algún elemento particularmente relevante del injusto descrito en este último.

En ambas normas la acción consiste genéricamente en adulterar. En la primera, recae sobre alimentos, sustancias o bebidas, con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud (art. 364.1 Cp); en la segunda, sobre aguas potables o sustancias alimenticias, con sustancias infecciosas u otras que puedan ser gravemente nocivas para la salud (art. 365 Cp). No obstante, aunque las dos presentan un paralelismo evidente, puede considerarse que no son reiterativas, pues el criterio de la gravedad para la salud que requiere expresamente el artículo 365 opera como elemento distintivo que habrá de ser tomado en consideración para calificar con arreglo a una u otra disposición y resolver un eventual concurso normativo¹⁰²². Esta gravedad más significativa, que se corresponde con una mayor penalidad (prisión de dos a seis años), habrá de verificarse atendiendo, de una parte, a las sustancias o elementos con que se envenene o adultere que, de acuerdo con el tenor literal, habrán de ser infecciosos o gravemente nocivos (en potencia) para la salud¹⁰²³; esto es, capaces de

¹⁰²² Así lo entienden, CRUZ BLANCA, M. J., “Artículo 365”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, pág. 254; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1478; IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículo 365”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, pág. 390. En sentido diverso, considera que el artículo 365 del Código penal constituye, al menos en parte, una innecesaria reiteración del artículo 364.1 del Código penal, CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 764.

¹⁰²³ Al respecto, coincido con GARCÍA ALBERO en que el criterio de la grave nocividad que se indica respecto a “otras sustancias”, ha de extenderse también a las sustancias infecciosas, pues puede darse el caso de que una

producir daños relevantes en la salud de los eventuales consumidores¹⁰²⁴. De otra parte, no bastará con esta nocividad grave de la sustancia añadida para apreciar la concurrencia del tipo, pues de acuerdo con una interpretación teleológica del injusto, la comprobación de ese especial peligro requerirá que tal nocividad se traslade al objeto material, convirtiéndolo en gravemente nocivo y, por tanto, susceptible de incidir intensamente en la salud de las personas, pudiendo provocar menoscabos graves e incluso la muerte¹⁰²⁵.

En relación con la nocividad se han señalado por la doctrina algunos aspectos de especial trascendencia. De un lado, y en relación con la nocividad de la sustancia, se ha insistido en la necesidad de atender a la dosis, pues puede ocurrir que un elemento altamente tóxico se añada en una cantidad ínfima que no altere la inocuidad del agua o la sustancia alimenticia adulterada o, a la inversa, es posible que una sustancia simplemente nociva se adicione en una cantidad sustancial, de modo que convierta el agua o el alimento en gravemente peligroso¹⁰²⁶.

De otro lado, a su vez se ha discutido acerca de si el precepto abarcaría solo supuestos de nocividad absoluta o también casos de nocividad relativa¹⁰²⁷. Así, frente a quienes sostienen su operatividad ante ambos tipos de nocividad¹⁰²⁸, otros autores mantienen que el requisito típico de la gravedad remite a la absoluta, o sea, a la que produce efectos inmediatos *erga omnes*, aunque critican que con ello se deja desprotegidos a los colectivos más indefensos¹⁰²⁹. En mi opinión, sin embargo, no cabe equiparar la gravedad requerida en la ley con la exigencia de una nocividad absoluta. Entiendo que la gravedad hay que referirla a que la sustancia sea apta para afectar significativamente a la salud de los consumidores, pudiendo provocar daños serios, importantes. Pero tal entidad del perjuicio potencial no depende del carácter absoluto o relativo de la nocividad que, a mi modo de ver, se refiere exclusivamente a si los efectos

sustancia infecciosa no comporte una peligrosidad grave para la salud, en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1479.

¹⁰²⁴ Consideran que la gravedad se refiere a que se trate de sustancias capaces de ocasionar daños de cierta entidad, BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., pág. 1675.

¹⁰²⁵ CRUZ BLANCA, M. J., “Artículo 365”, cit., pág. 256; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1399; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 365”, cit., pág. 595.

¹⁰²⁶ En este sentido, CRUZ BLANCA, M. J., “Artículo 365”, cit., págs. 256-257; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1479; GUINARTE CABADA, G., “Artículo 365”, cit., pág. 595; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 641. Alude a la cantidad y a la cualidad de las sustancias CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1257. En cuanto a la jurisprudencia, puede señalarse la SAP Huelva 263/2000, de 13 de julio, que afirma que “la nocividad ha de relacionarse no solo con la sustancia adicionada, sino con su dosis y el efecto producido sobre el agua”.

¹⁰²⁷ Sobre las clases y el concepto de nocividad véanse *supra* págs. 468 y ss.

¹⁰²⁸ BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículos 363 a 367”, cit., págs. 1675-1676.

¹⁰²⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1087.

perjudiciales que produce el alimento son inmediatos o acumulativos, y al círculo de sujetos afectados (la generalidad o colectivos específicos). Por ello, coincido con quienes mantienen que el injusto comprende también la nocividad relativa, pues es posible que la gravedad del peligro para la salud sea de la misma envergadura, tanto si se trata de una sustancia nociva cuyo consumo lleve aparejado con carácter inmediato efectos altamente dañinos sobre la generalidad de los consumidores (“nocividad absoluta”), como si tales perjuicios pueden producirse por la ingestión reiterada –no irreflexiva o inmoderada–, o aun cuando el peligro grave para la salud se cierna solo sobre un colectivo específico de personas (“nocividad relativa”)¹⁰³⁰. Con todo, un problema añadido sería medir la gravedad lo que, a falta de criterios legales específicos y dados los, en ocasiones, controvertidos informes periciales, supone dejar en manos de la autoridad judicial la concreción del tipo¹⁰³¹.

Las consideraciones previas conducen de este modo a la conclusión de que en algunos supuestos de adulteración de un suplemento en el ámbito de la nutrición deportiva será factible apreciar esta figura, obviamente si concurren todos los elementos del delito. Efectivamente, teniendo presentes las dificultades probatorias y de medición de la gravedad que pueden complicar la calificación jurídico-penal de estos casos, podrá integrar el ilícito del artículo 365 del Código penal la conducta consistente en adulterar un suplemento nutricional con sustancias dopantes capaces de producir perjuicios relevantes en la salud de los consumidores. Y ello aunque el grave daño para la salud pueda producirse inmediatamente a consecuencia del consumo (porque se trate de un elemento dopante muy tóxico o meramente tóxico, pero incorporado en una dosis muy elevada) o con carácter acumulativo, por la ingestión repetida dentro de lo que sería un uso normal del suplemento nutricional.

¹⁰³⁰ Así, podría señalarse como ejemplo de producto con nocividad relativa, el del producto Oral Turinabol, una píldora con esteroides androgénicos, que se administraba en los años 70 y 80 a los deportistas olímpicos de la Alemania oriental y que, aunque condujo a obtener importantes éxitos deportivos, comportó importantes consecuencias (no inmediatas) para la salud de los atletas que lo consumieron en el convencimiento de que se trataba de simples complejos vitamínicos. Aunque, de trasladar estos sucesos a la actualidad, la intervención penal se realizaría probablemente a través del delito de dopaje, considero que constituyen una buena muestra de que pueden producirse daños igualmente graves a la salud no solo a través de preparados que la perjudiquen directamente, sino también mediante compuestos que lleven aparejada una nocividad relativa porque generen los daños a medio o largo plazo a consecuencia de un consumo reiterado.

¹⁰³¹ PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1088; DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, cit., pág. 47.

3. INTERFERENCIAS NORMATIVAS Y PROPUESTAS DE RESOLUCIÓN DE LOS CONCURSOS

El análisis realizado de las distintas figuras de fraudes alimentarios pone de relieve que, en tanto se ponga en peligro la salud de una pluralidad indeterminada de individuos, algunas conductas relativas a los productos nutricionales dopantes objeto de este trabajo pueden ser subsumibles simultáneamente bajo diversas modalidades típicas. Concretamente, partiendo de las matizaciones expuestas sobre los distintos ilícitos, pueden producirse solapamientos en tres grupos de casos diferenciados: en primer lugar, aquellos en que un fabricante elabore un suplemento nutricional peligroso con propiedades dopantes, encuadrables en los artículos 363.2 y 364.1 del Código penal; en segundo lugar, los que consistan en la venta del preparado nocivo por un distribuidor o un comerciante, cuando su elaboración o adulteración haya sido llevada a cabo por un tercero distinto del vendedor, hipótesis que podrían reconducirse a los delitos de los artículos 363.1 y 363.2 del Código penal; y, en tercer lugar, los que comprendan la realización de acciones consecutivas de fabricación/adulteración y venta por un mismo sujeto activo cualificado, esto es, un fabricante, distribuidor o comerciante. En estas ocasiones los tipos penales que podrían entrar en juego son los recogidos en los artículos 363.1, 363.2 y 364.1, todos ellos del mismo texto legal.

Al margen de estas confluencias normativas quedarían los supuestos en que el sujeto activo sea un “no profesional” que añada al suplemento nutricional algún componente prohibido en el deporte que comporte un riesgo para la salud, sea en el momento de su elaboración o con posterioridad; así como aquellos en que sea el mismo particular el que adultere el producto alimenticio dopante y lo venda. Para estas situaciones, y en función de la gravedad para la salud, serían aplicables los artículos 364.1 o 365 del Código penal. Como ya he señalado, quedarían sin respuesta en el marco de las infracciones de fraude alimentario los comportamientos de exclusiva transmisión onerosa o gratuita realizados por un particular distinto del sujeto que hubiese elaborado o alterado el preparado nutricional dopante peligroso.

Pues bien, en los supuestos de convergencia indicados, se plantea un concurso de leyes de difícil solución. Por ello, a la vista de los criterios que el artículo 8 del Código penal proporciona para resolver estos casos, expondré las opciones que me parecen más adecuadas para determinar el precepto aplicable. He de insistir en que la trascendencia de los eventuales concursos de normas es bastante relativa, pues la penalidad prevista en

los artículos 363 y 364.1 del Código penal es la misma, con el matiz de que en este último artículo se establece una pena agravada cuando el sujeto activo sea propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios. Sin embargo, he considerado conveniente incidir en las posibles superposiciones que pueden surgir para poner de manifiesto que la ubicuidad de las conductas es resultado de una regulación técnicamente deficiente, indeterminada y poco rigurosa, que provoca confusión y que puede ser cuestionable desde el punto de vista del respeto a principios como los de ofensividad y de seguridad jurídica.

3.1. Fabricación por sujeto cualificado de un suplemento nutricional con sustancias dopantes peligrosas para la salud

Es indudable que, siendo el destino el comercio alimentario, las hipótesis de fabricación por un profesional de un suplemento alimenticio con ingredientes dopantes incorporados que lo convirtiesen en un peligro para la salud podrían sancionarse en principio a través del artículo 363.2 y del 364.1 del Código penal. Ahora bien, ante la posibilidad de encuadrar el hecho en uno u otro precepto, corresponde analizar ambas normas para determinar cuál debe prevalecer en atención a las reglas de la especialidad, la subsidiariedad, la consunción o la alternatividad, establecidas sucesivamente en el artículo 8 del Código penal.

Algunos autores señalan que la conducta típica de adulteración del artículo 364.1 es análoga a la prevista en el artículo 363.2 del Código penal (y, también, a la de los arts. 363.1 Cp y 363.4 Cp), y que puede interpretarse que aquél es la norma especial, por ser la adulteración con sustancias no autorizadas una modalidad concreta de fabricación¹⁰³². Esta afirmación es correcta aunque, a mi modo de ver, debe ser matizada, pues creo que es discutible que la vía de resolver el conflicto de leyes sea el criterio de la especialidad.

En efecto, si se analizan ambos preceptos, se observa que no se da un relación de subordinación, equiparable a la de los círculos concéntricos, sino que se produce una confluencia parcial, al modo de dos círculos secantes¹⁰³³. En concreto, un examen comparativo muestra que hay elementos que hacen especiales a ambas. En primer lugar, si se atiende a los sujetos activos, el artículo 363.2 del Código penal aparece como más específico frente al artículo 364.1, al contemplar a los productores, los distribuidores y

¹⁰³² CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., págs. 1254-1255.

¹⁰³³ Véase *supra* nota 675, pág. 311.

los comerciantes en particular; en segundo lugar, si se estudian los comportamientos típicos, parece que la acción de adulteración tipificada en el artículo 364.1 del Código penal es también más específica que la de fabricación que se recoge en el artículo 363.2, pues cabe entender que constituye una modalidad de esta; por último, en tercer lugar, la agravante que establece el artículo 364.1 del Código penal comporta una especialidad por razón de los sujetos, pues se sanciona con mayor severidad la adulteración cuando el reo es el propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios. De este modo, puede decirse que del análisis en abstracto de las normas en concurso se sigue que la configuración de los tipos impide acudir a la regla de la especialidad, pues no cabe afirmar que se satisfaga el requisito de que toda acción que cumpla con el tipo del delito especial ha de realizar necesariamente, de forma simultánea, el tipo de la infracción general¹⁰³⁴. Así, si se estimase que el precepto especial es el artículo 364.1 del Código penal resulta que, tanto si el sujeto activo fuese un particular, como si la conducta de adulteración tuviese lugar en un momento posterior a la fabricación, no podría decirse que el hecho realiza el precepto general (el art. 363.2 Cp). Igualmente, si se considerase especial el artículo 363.2 del Código penal, las conductas de fabricación de un producto nocivo que no consistiesen en añadir un aditivo o agente no autorizado tampoco realizarían el precepto general (el art. 364.1 Cp), pues aquel no discrimina en cuanto al foco de nocividad, que puede ser cualquiera.

Partiendo de las dificultades que conlleva la presencia de elementos específicos en los dos preceptos y la complejidad que supone valorarlos para resolver el concurso, habría que acudir a las restantes reglas que prevé el artículo 8 del Código penal para tratar de ofrecer una solución. Descartado el principio de especialidad, el siguiente criterio que hay que tomar en consideración es el de la subsidiariedad. Al respecto, considero que podría interpretarse que el artículo 363.2 es la norma subsidiaria, aplicable como tipo de recogida para el caso de que no entrase en juego la norma primaria contenida en el artículo 364.1 del Código penal. Esta propuesta requeriría comprobar, no una relación de género a especie entre ambas figuras, sino, una relación entre dos especies (una principal y otra secundaria) de un mismo género¹⁰³⁵. No parece especialmente problemático concluir que las dos modalidades pertenecen a un mismo género, pues con ellas se persigue proteger la salud pública frente a puestas en peligro producidas a través de productos nocivos relacionados con el ámbito alimentario. Más

¹⁰³⁴ Véase *supra* nota 676, pág. 312.

¹⁰³⁵ Así definen la relación de subsidiariedad COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 176.

complejo es, sin embargo, encontrar las razones para sostener que el artículo 364.1 del Código penal tiene un carácter principal respecto al artículo 363.2, aunque quizás el argumento sería el del origen de la nocividad, más específico, al recoger más fielmente en este caso la realidad de la acción del sujeto activo, pues la *fabricación de nocividad* ha tenido lugar mediante la adulteración con agentes no autorizados nocivos. Un posible obstáculo a esta interpretación podría verse en la especialidad ya señalada que comporta el artículo 363.2 del Código penal por razón del sujeto activo (productor, distribuidor o comerciante). Con todo, a mi modo de ver, esta no sería una razón suficiente para excluirla pues el sujeto activo del artículo 364.1, como ya he indicado anteriormente, puede ser cualquiera, lo que incluye a los contemplados en el artículo 363 del Código penal. Por añadidura, una solución concursal que diese prioridad al artículo 363.2 vaciaría parcialmente de contenido la agravación que prevé el artículo 364.1 del Código penal para los casos en que el reo sea el propietario o el responsable de una fábrica de productos alimenticios (supuestos en los que se trata de un productor en el sentido del art. 363.1 Cp)¹⁰³⁶. Ello sería contrario a la que se deduce que es la orientación del legislador, que con este incremento de pena parece que ha pretendido castigar más en los casos en que el sujeto tiene una especial responsabilidad respecto al bien jurídico tutelado y una mayor posibilidad de generar y expandir el peligro.

Por estas razones, entiendo que cabría sostener que en el caso en el que un profesional fabricase un suplemento nutricional añadiendo en su composición sustancias dopantes que lo transformasen en peligroso para la salud de los consumidores, el artículo 364.1 del Código penal sería el prevalente, por abarcar todo el desvalor del hecho que se ha de calificar, al ser el que mejor se adecua a la esencia y las circunstancias específicas de la conducta real que se considera¹⁰³⁷. Junto a ello, hay que

¹⁰³⁶ Identifica expresamente con los productores alimentarios a los propietarios o responsables de producción de una fábrica de productos alimenticios, GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, cit., pág. 1546.

¹⁰³⁷ Aunque no pretendo profundizar en ello porque excede de las pretensiones de este trabajo, considero conveniente dejar constancia de que uno de los problemas vinculados a los fenómenos concursales es el de si para resolverlos basta con analizar las relaciones abstractas entre los tipos sin que sea necesario tomar en cuenta el caso particular. Con carácter general, los autores están de acuerdo en que en el caso de los principios de especialidad y de subsidiaridad son determinantes las relaciones abstractas entre los preceptos, mientras que cuando se trata del principio de consunción hay que atender al supuesto concreto realizado. Sin embargo, a su vez, hay opiniones discrepantes que mantienen que el planteamiento doctrinal que identifica y resuelve supuestos de concursos de normas a partir de la comparación abstracta de los tipos es erróneo. Al respecto, trata el tema ESCUCHURI AISA, E., en *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, cit., págs. 195, 253, 265 y 326. Citando a PUPPE, esta autora coincide en que los problemas concursales no se plantean en abstracto, sino en concreto, y concluye que no basta la comparación abstracta de los tipos, sino que el aplicador de la ley debe resolver el concurso planteado entre varias realizaciones típicas. En la misma línea, RODRÍGUEZ RAMOS sostiene que existen dos planos que no deben confundirse: “el de los tipos legales entre sí, a nivel puramente especulativo, y el de los tipos legales en relación con los hechos a calificar y castigar, supuesto este segundo en el que el tipo especial será el que mejor se ajuste a la esencia y circunstancias de la conducta real a enjuiciar”, en “Error reduplicado en la

tener en cuenta que si, eventualmente, el elemento adulterante fuese gravemente nocivo en potencia y ello desembocara en un producto capaz de perjudicar seriamente la salud, sería aplicable el artículo 365 del Código penal.

Con todo, conviene precisar que esto no significa restar virtualidad práctica al artículo 363.2 que, como ya se ha explicado, además de tener cierta autonomía, funcionaría como tipo de recogida.

3.2. Venta por sujeto cualificado de un suplemento nutricional elaborado o adulterado con sustancias dopantes peligrosas para la salud por un tercero distinto del vendedor

En estas hipótesis, la resolución del concurso requiere analizar las relaciones entre el artículo 363.1 y el 363.2 del Código penal. Al igual que en las situaciones contempladas previamente, parece que no podría sostenerse que uno de ellos sea especial respecto al otro. Si se comparan las modalidades señaladas, se observa que este criterio no permite resolver el concurso, pues los injustos típicos en juego presentan ambos algún elemento que los hace simultáneamente especiales. Así, de un lado, el artículo 363.1, a diferencia del artículo 363.2 del Código penal, demanda que la fuente del peligro derive de una conducta concreta: la alteración u omisión de requisitos legales sobre composición o caducidad. Sin embargo, el artículo 363.2, como ya se ha mencionado, admite que el origen de la nocividad sea indistinto. De otro lado, el artículo 363.2 del Código penal tipifica la acción de “vender”, que tiene un alcance menor que el ofrecimiento a que alude el apartado primero. De ello se infiere que no puede sostenerse que la relación entre ambas normas sea la propia de la especialidad. En efecto, presupuesto que el precepto especial ha de realizar necesariamente el tenor literal del general esto no sucedería, por ejemplo, en el caso de que un fabricante regalase muestras gratuitas de un complemento alimenticio dopante peligroso, porque este comportamiento no podría subsumirse bajo el apartado segundo, por exceder del ámbito de la conducta típica (al tratarse de una donación). Asimismo, si se tratase de la venta de un producto nocivo por razones diversas del incumplimiento de la normativa sobre caducidad y composición, la conducta tampoco encontraría acomodo bajo el apartado primero.

regulación del concurso de leyes”, cit., pág. 4. Por su parte, GARCÍA ALBERO señala, en relación con la categoría de la subsidiariedad que, al contrario que la especialidad, en donde basta la mera contemplación abstracta de las leyes concurrentes, en la subsidiariedad es preciso valorar también el suceso concreto, en “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, cit., pág. 351.

Así pues, habría que determinar cuál de los criterios restantes puede ser invocado, lo que quizás no sea especialmente claro, entre otros motivos porque los límites entre el principio de subsidiariedad y el de consunción son difusos, de modo que no existen unas pautas precisas que permitan diferenciar con nitidez uno del otro¹⁰³⁸. No obstante, en mi opinión, la solución es la misma que se ha expresado anteriormente. Así, entiendo que el principio aplicable sería el de la subsidiariedad, siendo de nuevo el precepto de recogida el artículo 363.2 del Código penal. El argumento a favor de sostener que el apartado primero tiene un carácter principal respecto al número dos sería también el del origen de la nocividad, más específico, al derivar del incumplimiento de la normativa sanitaria sobre caducidad o composición. Podría objetarse que este sería un supuesto que quedaría fuera de los grupos de casos para los que la doctrina mayoritaria reserva la aplicación del principio de subsidiariedad tácita; esto es, aquellos en que concurren preceptos que sancionan diversos estadios progresivos de ataque al bien jurídico (por ejemplo, un delito de peligro concreto y un delito de lesión), o las hipótesis en que el sujeto interviene con distintas modalidades de participación (como inductor y cooperador necesario, por ejemplo)¹⁰³⁹. Pero, pese a ello, considero que la norma de aplicación preferente sería el artículo 363.1 del Código penal, por ser el que abarcaría completamente el desvalor del hecho, quedando desplazado el injusto recogido en el apartado segundo del citado artículo.

3.3. *Fabricación/adulteración y venta por el mismo sujeto cualificado de un suplemento nutricional con sustancias dopantes peligrosas para la salud*

El tercer grupo de casos que pueden suscitar solapamientos normativos es el de aquellos en que un mismo sujeto cualificado proceda consecutivamente a elaborar y vender en el mercado alimentario un suplemento nutricional nocivo en cuya composición incluya ingredientes dopantes. De acuerdo con lo expuesto, el

¹⁰³⁸ Señala ESCUCHURI AISA que en relación con los principios de solución del concurso de leyes hay una absoluta disparidad en cuanto al número, contenido y ámbito de aplicación de los mismos. Específicamente, advierte de los límites difusos entre los principios de subsidiariedad y de consunción, en *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, cit., pág. 107.

¹⁰³⁹ Entre otros, GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales, cit., págs. 345-361; JESCHECK, H-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 792; MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, cit., L. 27/74; RAMOS TAPIA, M. I., “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010, págs. 148-149. En sentido diverso, incluyen las hipótesis de progresión criminosa en el principio de consunción COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 178; RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes”, cit., pág. 4.

comportamiento podría ser constitutivo de un delito de los artículos 363.1, 363.2 o 364.1 del Código penal¹⁰⁴⁰.

A mi juicio, difícilmente puede sostenerse que exista una relación de especialidad entre los precepto implicados, pese a que en la doctrina se ha apuntado que la conducta prevista en el artículo 364.1 puede interpretarse como especial respecto de las contempladas en los artículos 363.1 y 363.2 del Código penal¹⁰⁴¹. Como es sabido, el principio de especialidad comporta que uno de los preceptos concurrentes contemple el hecho más específicamente que el otro, de modo que será norma especial aquella que requiera, además de los presupuestos exigidos para la norma general, algún otro presupuesto adicional. Si se comparan las normas en conflicto, se observa que esto no sucede. Así, además de los argumentos puestos de manifiesto al analizar las relaciones entre los artículos 364.1 y 363.2 del Código penal, y entre este último y el artículo 363.1 del mismo texto legal, cabe encontrar otros que permiten alcanzar la misma conclusión respecto a la relación entre los artículos 363.1 y 364.1. Concretamente, no cabe afirmar que se cumple el requisito de que toda acción que realice uno de los dos tipos ha de suponer necesariamente la consecución del otro. Así, si se ofreciese un suplemento que hubiese sido adulterado por un tercero, la conducta no sería subsumible bajo el artículo 364.1 del Código penal; y, tampoco, si el sujeto activo que fabricase y vendiese fuese un particular, podría este comportamiento encajar en el artículo 363.1.

Sentado lo anterior, entiendo que en función de la interpretación que se sustente la solución del concurso de normas podría, de un lado, dar prevalencia al artículo 364.1 del Código penal, pero no sobre la base de resolver con arreglo al principio de especialidad, sino al de subsidiariedad; o, de otro lado, en su caso, al artículo 363.1 del Código penal, por aplicación del principio de consunción. Por lo que respecta al artículo

¹⁰⁴⁰ Estas superposiciones normativas han sido puestas de manifiesto por diversos autores. Así, por lo que respecta a los artículos 363.1 y 363.2 del Código penal, véase GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1466. Como ya he referido previamente, este autor advierte de que el apartado segundo de este precepto, que sanciona comportamientos de creación (fabricación) y expendición (venta) de bebidas o comestibles nocivos, puede confluir con lo dispuesto en el apartado primero. Puesto que la nocividad de la bebida o comestible puede tener cualquier origen (por ejemplo, por corrupción, o por incumplimiento de la normativa alimentaria sobre composición o caducidad), cabría entender que es viable el encuadre de muchos comportamientos de elaboración y ofrecimiento con omisión u alteración de requisitos sobre caducidad o composición en los verbos típicos “fabricar” y “vender”. Además, si se apoya una interpretación amplia del objeto material (comestibles y bebidas), comprensiva de productos alimentarios que transmitan esta cualidad a los comestibles y bebidas, parece que no podría aducirse que la diferencia entre el apartado segundo y el primero radique siempre en una mayor restricción del objeto de la acción, lo que carece de relevancia en el caso que nos ocupa, pues los suplementos nutricionales encajan en el objeto de la acción “comestible” o “bebida”. Por lo que concierne a los artículos 364.1, y 363.1 del Código penal, aunque la terminaba descartando, PÉREZ ÁLVAREZ ya apuntó una posible duplicidad normativa entre las modalidades proyectadas en 1992 de ofrecimiento en el mercado omitiendo o alterando la reglamentación sobre caducidad o composición y de adulteración con aditivos susceptibles de causar daños a la salud, en “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, cit., pág. 1081.

¹⁰⁴¹ CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., págs. 1254-1255.

363.2, si se parte de que con la resolución del conflicto de leyes lo que se persigue es calificar con arreglo a la norma que se ajuste más exactamente al supuesto de hecho¹⁰⁴², parece que debería quedar como última alternativa, para aquellas hipótesis que no encontrasen acomodo en alguna de las otras dos infracciones en juego. La razón que fundamenta esta opinión es que se trata de un precepto más vago y genérico que los otros, ya que no especifica en modo alguno el origen de la nocividad, que puede desencadenarse por cualquier circunstancia.

Hecha esta apreciación, lo cierto es que, como he adelantado, podrían encontrarse argumentos para apoyar la prevalencia de cualquiera de las otras dos normas aplicables¹⁰⁴³. Así, por lo que respecta al principio de subsidiariedad, cabría argumentar el carácter principal del artículo 364.1 del Código penal y, por tanto, atribuir la subsidiariedad al artículo 363.1 del citado texto legal. A mi juicio, el motivo que permitiría calificarlo como principal es, precisamente, que contempla una forma específica de incumplir los requisitos de composición a los que se refiere el artículo 363.1 del Código penal¹⁰⁴⁴ (la adulteración con agentes nocivos no autorizados). De hecho, esta opción se ha apuntado en alguna sentencia, al calificar los hechos probados, consistentes en la fabricación y distribución por un laboratorio en tiendas naturistas de un producto dietético para adelgazar en cuya composición figuraba un principio activo no declarado y prohibido por la AEMPS, como un delito del artículo 364.1 del Código penal, pese a que expresamente se declaró que hubo un incumplimiento de la normativa técnico sanitaria sobre productos alimenticios¹⁰⁴⁵.

¹⁰⁴² COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 174.

¹⁰⁴³ Por lo que se refiere a los artículos 363.1 y 364.1 del Código penal, algún autor sostiene que para resolver el conflicto normativo es suficiente con atender al tipo de peligro y a quién sea el sujeto activo (en el entendimiento de que el delito del artículo 363.1 del Código penal es un delito especial y de peligro concreto; y el del artículo 364.1 un delito común y de aptitud). Sin embargo, aunque estos criterios son válidos en abstracto, creo que no son definitivos, y que hay que considerar otros que también pueden ser decisivos para solventar el concurso de leyes. Exponen los criterios señalados, BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., “Artículo 364”, cit., pág. 216, nota al pie 49.

¹⁰⁴⁴ La nota específica utilizada en este caso para seleccionar el precepto aplicable viene a confirmar la opinión de una parte de la doctrina: que, en realidad, “la subsidiariedad es una subforma de la especialidad”, como indica QUINTERO OLIVARES, *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., cit., pág. 527. En este sentido, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN señalan que las reglas para resolver el conflicto de leyes no son más que un desglose del principio genérico de especialidad, pues su fundamento valorativo es idéntico: “en caso de conflicto, la norma que se ajusta más exactamente al supuesto de hecho expresa de modo más completo la valoración que del mismo efectúa el ordenamiento jurídico y prevalece sobre la que lo contempla de manera más vaga y abstracta”, en *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 174. Por su parte, RODRÍGUEZ RAMOS critica que exista una norma expresa para resolver los conflictos de leyes, alegando que es un error que su contenido no se haya reducido al principio de especialidad, pues considera que todas las reglas vendrían a ser un corolario de dicho principio, al ser el tipo legal aplicable el que mejor subsunción ofrezca a los hechos, en “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes”, cit., pág. 5.

¹⁰⁴⁵ Así, la citada SAP Badajoz 8/2006, de 14 de febrero, en referencia a un preparado dietético que contenía la sustancia mazindol. El Tribunal manifestó que no ponía en duda que se había cometido un delito calificado con arreglo al artículo 364.1, en relación con el artículo 367, ambos del Código penal, en su forma imprudente.

De no admitirse la interpretación propuesta, y dada la naturaleza compleja del supuesto que se examina, habría de evaluarse el alcance del principio de consunción que, por razón del sujeto activo (productor, distribuidor o comerciante) y del comportamiento expresamente tipificado (ofrecer el producto alimentario nocivo con incumplimiento de las prescripciones legales sobre composición, acción que es más amplia que la contemplada en el art. 364.1 Cp) podría conducir a aplicar el artículo 363.1 del Código penal como tipo preferente. El fundamento de esta solución residiría en que el desvalor del hecho consistente en poner en el mercado un suplemento nutricional dopante nocivo que se ha elaborado sin observar la normativa sobre composición comprendería el correspondiente al hecho recogido en el artículo 364.1 del Código penal (adulterar el alimento destinado al comercio alimentario con algún agente no autorizado que lo convierte en peligroso)¹⁰⁴⁶.

Se advierte, por tanto, que podría acudir también a este criterio si se entiende que no existe una forma más específica de resolver el concurso de leyes y en tanto se concluya que la modalidad contemplada en el artículo 363.1 del Código penal sería suficiente para valorar completamente el hecho. No obstante, este acoplamiento en la regulación vigente no estaría exento de problemas ya mencionados. Así, de nuevo, resultaría que una conducta que aproxima en mayor medida el peligro al bien jurídico (en el supuesto analizado, vender el compuesto alterando sus ingredientes), se castigaría con igual pena que si el sujeto activo hubiese limitado su actuación a la adulteración con el agente nocivo, lo que parece incidir en el principio de proporcionalidad. Con todo, he indicado que esta desproporción puede ser relativa, pues siempre cabrá regular la pena en atención al mayor desvalor de la conducta. Pero también, como ya se ha señalado, puede verse afectado este principio por la circunstancia de que el fabricante de nuestro ejemplo sea al mismo tiempo el “propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios” al que alude el artículo 364.1 del Código penal. En tal situación, la disfunción sería algo más acusada, pues resultaría que se estaría privilegiando la conducta del fabricante, al sancionarlo por el artículo 363, que establece una única pena que se impondría por una actuación más peligrosa (por la aproximación al consumidor del producto nocivo) y en la que tal posición en la cadena alimentaria no conllevaría mayor sanción, a diferencia de lo que prescribe el artículo 364.1 del Código penal, que comporta una mayor severidad punitiva en atención a la

¹⁰⁴⁶ De acuerdo con la descripción que ofrecen sobre el criterio de la consunción JESCHECK, H.-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, cit., pág. 792.

condición o la cualidad del sujeto (concretamente establece una pena de inhabilitación para profesión, oficio, industria o comercio de seis a diez años, frente a la pena de inhabilitación de tres a seis años que contempla el art. 363 Cp). En realidad, toda esta problemática tiene su origen en el hecho de que el Código penal equipara punitivamente las conductas de *creación de nocividad* con las de *tráfico o expendición de nocividad*, castigándolas de igual modo, pese a que son distintas¹⁰⁴⁷ (con la excepción de la citada agravación específica del art. 364.1 Cp para los supuestos en que se *crea nocividad*).

En suma, las diversas soluciones a las que se llegaría según se apreciase uno u otro principio son, sin duda, una muestra de la incertidumbre y la inseguridad que conlleva la deficiente técnica legislativa empleada al regular la intervención penal en este ámbito¹⁰⁴⁸. Por lo demás, no hay que olvidar que, en su caso, si el componente añadido pudiese considerarse gravemente nocivo y capaz de causar daños de cierta entidad, el tipo aplicable sería el del artículo 365 del Código penal.

Para finalizar, a efectos de claridad, en los cuadros que siguen se ofrece la síntesis de los supuestos relativos a los productos de referencia que pueden dar lugar a solapamientos y se recogen las propuestas finales de resolución que se han expuesto. Se parte en todos ellos de que concurren el peligro y demás elementos típicos requeridos.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

¹⁰⁴⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, cit., págs. 142-143.

¹⁰⁴⁸ Es preciso dejar constancia de que existen otras figuras penales que, según se interpreten, pueden asimismo solaparse con algunos de los preceptos que se han examinado. Concretamente, por una parte, si se sostuviera una interpretación amplia de corrupción que incluyese “la adulteración, la alteración o la conmixti6n por causas naturales o de forma artificial” podría valorarse también el alcance del artículo 363.3 del Código penal. De hecho, en relación con el tráfico de géneros corrompidos, alguna sentencia advierte el solapamiento con el ilícito penal relativo a la venta de bebidas o comestibles nocivos (SAP Pontevedra 102/2006, de 13 de septiembre, relativa a un caso de captura de vieiras tóxicas en zona vedada para ello). Sin embargo, a mi juicio, no solo el concepto de “corrupci6n” debe interpretarse en un sentido más restrictivo que excluiría esta norma del concurso para el supuesto que se analiza, sino que, además, los tipos penales previstos en los artículos 363.1, 363.2 y 364.1, todos ellos del Código penal, acogerían mejor los hechos. Por otra parte, hay que tener presente la posibilidad de un solapamiento entre los artículos 363.2 y 363.4 del Código penal, el último de los cuales sanciona conductas de elaboración o comercialización de productos cuyo uso no se halle autorizado y sea perjudicial para la salud. Al respecto, alguna sentencia considera que hay hechos que pueden subsumirse indistintamente en uno u otro (así, la SAP Málaga 684/2003, de 24 de noviembre, relativa a la elaboración y venta de queso fresco sin autorizaci6n sanitaria que intoxicó a varias personas). No obstante, en mi modo de ver, esta última modalidad debería reservarse como tipo de recogida para aquellas hipótesis en que el peligro para la salud pública derive de productos de uso (no de consumo) ajenos al ámbito alimentario que no resulten abarcados por el resto de modalidades del precepto. Podría deducirse que también es de esta opini6n, a la vista del concepto de “producto” que sostienen, RUBIO LARA, P. A., Artículo 363”, cit., pág. 191. Como ya he mencionado más arriba, también aprecia que el apartado cuarto es un tipo de recogida, al abarcar cualquier objeto que se destine al mercado, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1253.

SUJETO ACTIVO CUALIFICADO

SUPUESTO 1: Fabricación de suplemento nutricional con sustancias dopantes peligrosas para la salud Sujeto activo: Fabricante					
Artículo susceptible de aplicación	Conducta	Objeto material	Destino	Nocividad	Resolución concurso
363.2	fabricar	bebidas/comestibles	consumo público	material (origen indeterminado)	precepto subsidiario
364.1*	adulterar	alimentos/sustancias/bebidas	comercio alimentario	adición agentes no autorizados	precepto principal ↓ principio de subsidiariedad (origen de la nocividad + agravante)

* En función de la gravedad para la salud sería aplicable el artículo 365 del Código penal, si se trata de ingredientes dopantes capaces de causar daños de cierta entidad.

SUJETO ACTIVO CUALIFICADO

SUPUESTO 2: Venta de suplemento nutricional dopante elaborado o adulterado por un tercero distinto del vendedor Sujeto activo: Distribuidor o comerciante					
Artículo susceptible de aplicación	Conducta	Objeto material	Destino	Nocividad	Resolución concurso
363.1	ofrecer con alteración	productos alimentarios	mercado	formal (alteración requisitos composición) y material	precepto principal ↓ principio subsidiariedad (origen de la nocividad)
363.2	vender	bebidas/comestibles	consumo público	material (origen indeterminado)	precepto subsidiario

SUJETO ACTIVO CUALIFICADO

SUPUESTO 3: Fabricación/adulteración y venta por el mismo sujeto de suplemento nutricional dopante Sujeto activo: Fabricante, distribuidor o comerciante					
Artículo susceptible de aplicación	Conducta	Objeto material	Destino	Nocividad	Resolución concurso
363.1	ofrecer con alteración	productos alimentarios	mercado	formal (alteración requisitos composición) y material	dos posibilidades: 1ª- art. 364.1*: (principio de subsidiariedad : origen de la nocividad + agravante) 2ª- art. 363.1: (principio de consunción)
363.2	Fabricar o vender	bebidas/comestibles	consumo público	material (origen indeterminado)	
364.1*	adulterar	alimentos/sustancias/bebidas	comercio alimentario	adición agentes no autorizados	

* En función de la gravedad para la salud sería aplicable el artículo 365 del Código penal, si se trata de ingredientes dopantes capaces de causar daños de cierta entidad.

SUJETO ACTIVO COMÚN

Supuestos	Tipo aplicable
Fabricación de suplemento nutricional con sustancias dopantes peligrosas para la salud	364.1*
Venta de suplemento nutricional dopante elaborado o adulterado por un tercero distinto del vendedor	Sin tipo de fraude alimentario aplicable
Fabricación y venta por el mismo sujeto de suplemento nutricional dopante	364.1*

* En función de la gravedad para la salud sería aplicable el artículo 365 del Código penal, si se trata de ingredientes dopantes capaces de causar daños de cierta entidad.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas he procedido a analizar qué posibilidades ofrecen las denominadas figuras de fraudes alimentarios nocivos para dar una respuesta penal a las hipótesis en que se elaboren o se pongan en el mercado de la nutrición deportiva preparados que circulan como suplementos alimenticios y que contienen elementos dopantes prohibidos que pueden poner en peligro la salud de quienes los consumen.

Como se ha visto, *a priori* se pueden esgrimir varias razones para considerar la oportunidad de aplicar los delitos de fraude alimentario, en concreto:

1. El ámbito de consumo al que se dirigen los suplementos nutricionales para deportistas (el alimentario).
2. La naturaleza de estos productos, en parte alimenticia.
3. La necesidad de otorgar una protección adecuada al bien jurídico salud ante la incapacidad relativa de la regulación penal sobre medicamentos para sancionar estos supuestos.
4. Razones de injusto (mayor expansión del riesgo y lesividad).

El primer paso para valorar la posible la subsunción de estos comportamientos bajo los artículos 363 a 365 del Código penal ha consistido en comprobar si estos preparados dopantes pueden tener cabida en alguno de los objetos materiales allí recogidos. Las consideraciones realizadas acerca del contenido y alcance de los mismos permiten afirmar que pueden encuadrarse entre los “productos alimentarios”, las “bebidas”, los “comestibles”, los “géneros”, los “efectos” y las “sustancias alimenticias”. Ello implica que, atendiendo al objeto de la acción, los tipos aplicables en principio son prácticamente todos, con excepción de las modalidades previstas en los artículos 363.4 del Código penal (“productos de uso no autorizado”) y en el artículo 364.2 del mismo texto legal (relativo a animales de abasto).

El segundo paso de este análisis lo he dedicado a estudiar cada una de las infracciones, desglosando algunos de los elementos más controvertidos en relación con las peculiaridades propias de los productos a los que se refiere este trabajo. De este modo, se ha podido constatar la posibilidad de apreciar (en función de cuál sea el comportamiento concreto y el sujeto que lo realice, así como de la concurrencia de los demás elementos típicos requeridos) los delitos regulados en los artículos 363.1, 363.2, 363.5, 364.1 y 365, todos ellos del Código penal. Por la artificiosidad que supone considerar que un suplemento nutricional en cuya composición están presentes

sustancias dopantes peligrosas es un “género corrompido”, he descartado la viabilidad de la modalidad contemplada en el artículo 363.3 del Código penal.

Ahora bien, pese a ello, ha quedado puesto de manifiesto que no resulta fácil encuadrar determinados hechos en una figura concreta, precisamente por las interferencias normativas que se detectan y que conducen necesariamente a tratar de resolverlas a través del concursos de normas. Con todo, hay que precisar que las consecuencias de que determinadas conductas puedan ser intercambiables o subsumibles unas en otras no son significativas desde el punto de vista penológico, pues la sanción prevista en los artículos 363 y 364.1 es la misma (con la salvedad del tipo agravado que se prevé en el art. 364.1 Cp para los casos en que el reo sea propietario o responsable de producción de una fábrica de productos alimenticios).

En cualquier caso, este exceso casuístico constituye una muestra más de que la intervención penal diseñada para proteger la salud en la esfera alimentaria resulta algo caótica. El examen de estas infracciones penales ha puesto en evidencia que se trata de una regulación compleja, farragosa y confusa, con defectos importantes que se traducen en una posible afectación de principios básicos como los de legalidad, seguridad jurídica, *non bis in idem*, proporcionalidad o lesividad, entre otros. Desde planteamientos arriesgados que difuminan la frontera entre el Derecho penal y el Derecho administrativo se abusa del empleo de términos normativos pendientes de valoración, cuyo contenido es esencial para una correcta aplicación práctica de los preceptos; asimismo, la vaga redacción de los tipos favorece interpretaciones diversas y discordantes sobre la estructura de peligro requerida en cada modalidad típica, con consecuencias importantes en materia de prueba; a su vez, la sistemática seguida, consistente en relacionar un delito especial y dos delitos comunes, y en aunar en un solo artículo, y con una misma pena, conductas de *creación* y *expedición* de *nocividad*, genera disfunciones que repercuten en el bien jurídico salud que, en mi opinión, no queda adecuadamente tutelado. En definitiva, aunque las hipótesis relativas a productos nutricionales para deportistas que son peligrosos por presentar en su composición sustancias dopantes podrían reconducirse al ámbito de los delitos alimentarios, ello no obsta para que existan razones fundadas que aconsejen una revisión profunda de estos delitos.

SECCIÓN CUARTA: LOS DELITOS RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS, ESTUPEFACIENTES Y SUSTANCIAS PSICOTRÓPICAS

I. INTRODUCCIÓN

Entre las sustancias dopantes que constituyen el objeto material del delito de dopaje, recogidas en la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte vigente en 2016, figuran algunas drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Es el caso, entre otros, de estimulantes como la cocaína o las anfetaminas, los cannabinoides, y narcóticos como la morfina o la heroína, todas ellas prohibidas en competición. Estas sustancias pueden obtenerse en el mercado ilegal de drogas, pero también pueden aparecer como ingredientes de medicamentos legales¹⁰⁴⁹ e, incluso, enmascaradas en productos alimenticios aparentemente inocuos de circulación legal, como ocurre con algunos de los suplementos nutricionales que constituyen el objeto de este estudio. Aunque es probable que el empleo de compuestos alimentarios no sea la vía más usual para acercar la droga a los ciudadanos, hay constancia de que efectivamente así ocurre en ocasiones. Concretamente, la AMA ha señalado las anfetaminas entre los productos prohibidos que se han encontrado con más frecuencia en los suplementos nutritivos destinados al ámbito deportivo.

No resulta demasiado complejo determinar si las conductas que atañen a preparados alimenticios que contienen drogas tóxicas que a su vez son sustancias dopantes vetadas por la normativa deportiva pueden subsumirse bajo alguna de las figuras relativas a drogas. A diferencia de la problemática que plantea su encuadre en los ilícitos sobre medicamentos o de fraudes alimentarios, cuando el elemento dopante presente en su composición es una droga parece que el eventual solapamiento con los objetos materiales de estas infracciones no ha de constituir un obstáculo para apreciar un delito

¹⁰⁴⁹ En relación con los medicamentos que contienen en su composición un principio activo incluido como sustancia psicotrópica o estupefaciente en las listas o anexos a los Convenios internacionales ratificados por España en materia de drogas, se establece un régimen de control médico-farmacéutico muy estricto que obliga a su dispensa con receta (por ejemplo, en el art. 30.2 de la Convención Única sobre Estupefacientes de 1961). También el propio Real Decreto Legislativo 1/2015 establece en su artículo 49 que las sustancias psicoactivas incluidas en las listas anexas a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes y al Convenio de 1971 sobre Sustancias Psicotrópicas, así como los medicamentos que las contengan, se registrarán por esta Ley y por su normativa específica. Además, remite a las restricciones derivadas de las obligaciones adquiridas ante la Organización de Naciones Unidas en la lucha contra el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas.

de tráfico de drogas. Justamente, el Tribunal Supremo ha confirmado que el tipo penal aplicable es el relativo a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas aunque el producto con el que se trafique sea un medicamento legal¹⁰⁵⁰, de lo que se infiere que la forma de presentación de la droga es irrelevante a los efectos de valorar el alcance del artículo 368 del Código penal. Así, pues, cabe afirmar su viabilidad si un suplemento nutricional presenta en su composición sustancias psicoactivas o estupefacientes y, con conocimiento de su naturaleza nociva, se transmite con intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal ajeno. En este punto, tanto la doctrina como la jurisprudencia comparten la opinión de que el mayor desvalor de injusto y consiguiente mayor penalidad de los delitos de tráfico de drogas tóxicas reside en la mayor nocividad de las sustancias¹⁰⁵¹.

Sin embargo, pese a lo anterior, la tipificación del dopaje en nuestro Código penal ha generado opiniones diversas respecto a los límites del artículo 362 quinquies del Código penal y su relación con los artículos 368 y siguientes del mismo texto legal cuando el objeto de la acción son drogas dopantes, de modo que no existe un criterio uniforme para calificar los hechos que a ellas conciernen.

El empleo reiterado de drogas por deportistas no es un fenómeno nuevo: en el año 1896 el ciclista Arthur Linton falleció en el transcurso de la prueba Burdeos-París como consecuencia del consumo de una mezcla letal de estupefacientes que le facilitó su entrenador; ya en el siglo XX, se registran casos como los de los ciclistas Knud Jensen y Tom Simpson, que fallecieron en competición por el consumo de anfetaminas, o los “positivos” por dopaje de otros conocidos deportistas como Maradona (por cocaína, en 1991) o André Agassi (metanfetamina, 1997); y en los últimos tiempos siguen apareciendo noticias que dan fe de que el consumo de drogas por deportistas no es una práctica poco habitual (por ejemplo, entre otras, las relativas al ciclista Jan Ulrich, por consumo de anfetaminas en 2002, y a la tenista Martina Hingis, por cocaína, en 2007)¹⁰⁵².

¹⁰⁵⁰ Como, por ejemplo, el Rohipnol, el Transilium, el Trankimacin o el Orfidal. Entre otras, véanse la STS 51/1996, de 12 de enero, en la que el Tribunal afirma que el tráfico ilegal de medicamentos que contengan un principio activo incluido como sustancia psicotrópica o como estupefaciente en las Listas o en los Anexos a los Convenios suscritos por España en materia de drogas (en concreto, la Convención Única de Nueva York sobre estupefacientes de 1961 y el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971), conculca el Código penal y constituye un delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas; y la SAP Barcelona 257/2010, de 15 de marzo, que condena por tráfico ilegal de Trankimazin.

¹⁰⁵¹ Así se confirma en la SAP Barcelona 584/2015, de 29 de junio.

¹⁰⁵² Realiza un recorrido histórico sobre escándalos y tragedias del dopaje, señalando numerosos casos en que la sustancia dopante consumida era una droga, DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, cit., págs. 373-379.

Lo cierto es que el consumo de drogas normalmente no viene asociado a la práctica deportiva. De hecho, muy a menudo se trata de un consumo recreativo o social, desvinculado de la idea de mejorar el rendimiento deportivo. Esta realidad, a mi modo de ver, por un lado conduce a plantear la necesidad de reflexionar acerca del sentido que puede tener su inclusión en la lista de sustancias prohibidas en el deporte, al menos si se parte, como he referido más arriba, de que el enfoque que presenta el catálogo está orientado a aglutinar elementos que se usan o consumen para llevar a cabo una práctica deportiva fraudulenta contraria al juego limpio. Asimismo, lleva a preguntarse entonces si no será desproporcionado e incongruente con el objetivo de la normativa antidopaje imponer una sanción disciplinaria al deportista que consume drogas por razones ajenas a una mejora de sus resultados competitivos o a un incremento de sus capacidades¹⁰⁵³.

Por otro lado, ya en el plano penal, suscita dudas en relación con el papel que cabe atribuir a la figura de dopaje ante situaciones en las que el destinatario de la droga dopante es un deportista y el contexto deportivo no es más que un elemento accidental¹⁰⁵⁴. En este sentido, parece que los intereses en preservar la pureza de la competición y los valores del deporte que subyacen en el artículo 362 quinquies del Código penal no encajan con las conductas de suministro a deportistas de drogas que simultáneamente son elementos dopantes cuando no existe conexión con el fenómeno del dopaje.

Con todo, cabe pensar que en algunas ocasiones el receptor de la droga sea un deportista que pretenda usarla para mejorar su rendimiento deportivo (por ejemplo, para mejorar la concentración en una competición de ajedrez, o para disminuir la sensación de fatiga en una carrera de resistencia). Asimismo, es posible que con conciencia de los efectos dopantes que produce, se proporcione a los deportistas con engaño, por ejemplo induciéndoles a error sobre la calidad del producto aparentemente inocuo que se les

¹⁰⁵³ En relación con ello, es significativo que en febrero de este año la Unión Ciclista Internacional (UCI) haya decidido no aplicar el reglamento y sancionar a un equipo de ciclismo en el que dos de sus corredores dieron positivo dentro del plazo de doce meses, uno de ellos por cocaína. En su comunicado exculpatorio la Comisión de disciplina de la UCI señala que “está claro que el corredor no tomó cocaína para mejorar su rendimiento, sino con fines recreativos. En este sentido, el uso de una droga social no tiene nada que ver con el sentido del reglamento que castiga al equipo por dos positivos. El objetivo de la norma es castigar a los equipos que no controlen el dopaje en su interior. La imposición de una sanción a todo el equipo por la cocaína sería inapropiada y desproporcionada”. Puede consultarse la noticia en http://deportes.elpais.com/deportes/2016/02/09/actualidad/1455037923_318035.html. [última consulta: 31 de marzo 2016].

¹⁰⁵⁴ Muy crítico, NARANJO ORELLANA considera que nada tiene que ver el patrón de consumo ni las motivaciones del deportista que se inyecta, por ejemplo, EPO, con las del adicto a la heroína, que también figura entre las sustancias prohibidas en la lista que anualmente aprueba el CSD. A su juicio, incluso en el caso de sustancias comunes como la cocaína, lo que suele ocurrir cuando un deportista da positivo con ella es que se trata de un cocainómano que hace deporte y no de un deportista que consume la droga para mejorar su rendimiento, en “La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista”, cit., pág. 182. También en este sentido, señala que “el deporte es incompatible con las drogas”, PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El dopaje: una visión alternativa”, cit., pág. 36.

entrega bajo la apariencia de ser simples suplementos nutricionales. En estos casos, si quedase acreditado que quien la facilita ha actuado con conocimiento de su idoneidad para alcanzar fines de dopaje y con dolo, siquiera eventual, de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal ajeno, podría suscitarse la duda acerca de cuál es la figura aplicable, si la infracción de dopaje del artículo 362 quinquies del Código penal, o el delito de tráfico de drogas regulado en los artículos 368 a 378 del mismo texto legal. En efecto, el conflicto está servido, puesto que se trata de situaciones en las que se produce un solapamiento de conductas y de objetos materiales y en los que concurre la vertiente subjetiva de ambas infracciones.

En las páginas siguientes abordaré específicamente las relaciones concursales entre el artículo 362 quinquies y el artículo 368 del Código penal. Aunque en otro apartado de este capítulo he tratado con carácter general los conflictos normativos que pueden surgir entre el tipo de dopaje y las infracciones contra la salud pública, considero de interés profundizar algo más en el tema, básicamente porque, como veremos, el modelo de intervención penal diseñado en relación con el dopaje guarda un significativo paralelismo con el seguido en materia de drogas. Además, aprovecharé la ocasión para detenerme con más detalle en el supuesto específico que puede ser más controvertido por razón de la tendencia que se aprecia en la praxis judicial en relación con la figura relativa a drogas tóxicas: la hipótesis en que la sustancia se entrega al deportista creando un peligro individual circunscrito, sin riesgo para terceros. Ante las situaciones de suministro individual sin riesgo de expansión, los tribunales muestran propensión a apreciar el ilícito de tráfico de drogas, lo que no parece coherente con la estructura que presenta el injusto. Así pues, me pronunciaré al respecto y expondré mi opinión acerca de la calificación jurídico-penal que considero técnicamente correcta.

Con carácter previo, en un primer momento, realizaré una breve presentación de la figura penal y comentaré algunos aspectos relevantes; y, en un segundo momento, expondré algunas observaciones relativas al objeto material del delito de tráfico de drogas y a la composición de algunos suplementos que están proliferando en el sector de la nutrición deportiva.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LOS DELITOS RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS

El artículo 368 del Código penal, que recoge el tipo básico y un tipo privilegiado de las infracciones sobre drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, dispone:

Artículo 368: “Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurriere alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370”.

El precepto continúa siendo una muestra de la cuestionada política represiva y punitivista seguida en materia de drogas, y ello pese a que con la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 5/2010 se han atemperado en parte sus consecuencias penológicas respecto a la regulación anterior, que establecía una pena máxima de nueve años de prisión en su tipo básico (para las drogas que causen un grave daño a la salud) y no contemplaba la atenuación “en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”¹⁰⁵⁵.

¹⁰⁵⁵ Las críticas al modelo de política criminal que se sigue en la regulación penal del tráfico de drogas son numerosas en la doctrina. Se ha puesto de relieve la inutilidad de un sistema que, lejos de cumplir una función preventiva y ofrecer alternativas serias de tipo social y sanitario para contribuir a reducir el problema de la droga, ha constituido un fracaso pues no ha logrado erradicar la oferta y la demanda, favoreciendo además un incremento del tráfico a través de organizaciones criminales muy poderosas en algunos casos. Por ello, existe una corriente que propugna un cambio de orientación que pase por una legalización inteligente y controlada. Al respecto, puede consultarse la propuesta de despenalización controlada, derivada del Manifiesto por una nueva política sobre la droga aprobado en Málaga el 2 de diciembre de 1989, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./LAURENZO COPELLO, P. (Coords.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, 1993, págs. 622-632. También exponen sus críticas, entre otros, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., págs. 303-304; MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, págs. 1552-1553; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, págs. 1251-1252; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 575; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., cit., págs. 585-586; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., págs. 1086-1087.

Se construye como un delito de peligro abstracto, amplísimo, que comporta un adelantamiento de las barreras de protección en ocasiones desmesurado y que lleva a sancionar como delitos consumados comportamientos que en rigor entrarían en el ámbito de los actos preparatorios o la tentativa, así como a manejar un concepto extensivo de autor que deja muy poco margen a la participación¹⁰⁵⁶.

Su ubicación entre los delitos contra la salud pública conduce a la gran mayoría de la doctrina a afirmar que este es el bien jurídico protegido. Sin embargo, a la hora de delimitar sus contornos, dada la vaguedad e indeterminación del concepto de salud pública, subsisten las interpretaciones diferenciadas a las que me he referido en otra parte de este trabajo, concretamente al analizar el valor tutelado en el delito de dopaje¹⁰⁵⁷. De este modo, en general, coexisten posiciones doctrinales que parten de una estrecha conexión de la salud pública con la salud individual con otras que la configuran como un bien jurídico autónomo, desvinculado (relativamente) de la salud individual¹⁰⁵⁸. Junto a ellas, también en relación con el objeto de protección en el delito de tráfico de drogas, hay opiniones particulares que aluden a la autonomía personal del consumidor o a su capacidad de autodeterminación¹⁰⁵⁹ y al interés del Estado en reprimir el tráfico ilegal¹⁰⁶⁰.

En la jurisprudencia también se aprecian distintas tendencias. La posición seguida mayoritariamente estima que el bien jurídico protegido es la salud pública como

¹⁰⁵⁶ Denuncia estas consecuencias, derivadas de la extensión desmesurada del tipo, entre otros muchos, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 579.

¹⁰⁵⁷ Véanse *supra* págs. 79 y ss.

¹⁰⁵⁸ Así, subraya que la salud pública comporta la suma de cada una de los pertenecientes a una colectividad de ciudadanos, insistiendo en que no se puede pretender “que una norma defienda la salud colectiva y olvide la individual”, REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 Bis a)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación Penal. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, t. XII, Madrid, 1990, pág. 63. Considera que la salud pública es un concepto abstracto “claramente vinculado a uno individual”, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., pág. 40. De este modo, entiende por salud pública “la presencia de un nivel de salud óptimo en una sociedad concreta que solo puede afirmarse en el caso de que la gran mayoría de sus individuos gocen de salud individual para llevar a cabo el plan de vida libremente elegido...”. De otra opinión, afirmando la naturaleza supraindividual de la salud pública como bien jurídico, MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., págs. 1554-1556. Por su parte, señala que la referencia a la salud individual juega un papel relevante en el artículo 368 del Código penal por la necesidad de probar el daño potencial a la salud individual, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I)”, cit., pág. 1263. Declaran que el bien jurídico protegido es tanto la salud individual como la salud pública, SERRANO GÓMEZ, A./ SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (II)”, en SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M. D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2015, pág. 584.

¹⁰⁵⁹ En este sentido, DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989, pág. 127 ; CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en VV.AA., *La problemática de las drogas en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, pág. 340.

¹⁰⁶⁰ COBO DEL ROSAL, M., “Consideraciones generales sobre el denominado “tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes”, en VV.AA., *Drogodependencias*, Madrid, 1980, págs. 195-196 y 205 (citado por MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, Barcelona, 2008, pág. 32)

sinónimo de salud colectiva, entendida como la suma de bienestar físico y psíquico de cada uno de los ciudadanos. Desde esta concepción se incide en el carácter público y comunitario del bien jurídico, que se salvaguarda con el objetivo de evitar la generalización de un hábito insalubre a través de conductas que pueden lesionar potencialmente la salud de un inconcreto número de ciudadanos¹⁰⁶¹. En paralelo, otro grupo de resoluciones señala también que el valor tutelado es la salud pública como interés de naturaleza global o colectiva, aunque pone el acento en que no se forma con la suma de saludes individuales, sino que se trata de un interés englobado en el concepto más amplio de “seguridad colectiva” que rubrica el Título XVII del Código penal, en el que se recoge el Capítulo III, dedicado a los “delitos contra la salud pública”¹⁰⁶². Por fin, otras posturas más minoritarias argumentan de modo diverso cuál sea el bien jurídico, decantándose en algún caso por la salud individual de quienes pueden verse directamente afectados por el hecho¹⁰⁶³ y, también, por la autonomía personal o la libertad en relación a la salud¹⁰⁶⁴.

En suma, a la vista de los variados intentos por concretar el contenido del valor que se protege, se puede afirmar que es una tarea compleja y controvertida en la que alcanzar un acuerdo unánime parece difícil. No obstante, como ya expuse en su momento, creo que no puede perderse de vista que el sustrato de la denominada salud pública no es otro que la salud individual y que de lo que se trata es de garantizar que no se ponga en peligro mediante ataques que puedan afectar a indeterminados sujetos pasivos. Por ello, me parece razonable entender que cuando se habla de salud pública, en definitiva, se está aludiendo a la salud individual como objeto de salvaguarda y que el calificativo de “pública” a lo que concierne es la forma peculiar de agredir a aquella,

¹⁰⁶¹ Recogen esta visión jurisprudencial como la mayoritaria, GALLEGO SOLER, J. I./VERA SÁNCHEZ, J. S., “Arts. 368-378”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, págs. 1261-1262; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., págs. 28-29; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 305; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., págs. 1258-1260; y MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, cit., pág. 34.

¹⁰⁶² Expone este enfoque de la jurisprudencia, señalando diversas resoluciones en este sentido, MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, cit., pág. 35.

¹⁰⁶³ Así lo expresa MOLINA MANSILLA, que entre las líneas jurisprudenciales sobre el bien jurídico protegido en este delito distingue a la que identifica el bien jurídico salud pública con la salud individual. Como exponente de esta corriente, cita la STS 1752/2006, de 13 de marzo, que literalmente entiende la salud pública como “la de los componentes de la colectividad en su aspecto individualizado”, en *El delito de narcotráfico*, cit., pág. 34.

¹⁰⁶⁴ Como refieren GALLEGO SOLER, J. I./VERA SÁNCHEZ, J. S., “Arts. 368-378”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1262. Aún identifica dos tendencias jurisprudenciales más sobre el bien jurídico protegido, subrayando que la divergencia en la interpretación de los tribunales provoca numerosos problemas y diferencias de apreciación en la punición de estos ilícitos, MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, cit., págs. 34-35.

a través de conductas potencialmente lesivas para una pluralidad indeterminada de personas¹⁰⁶⁵.

En cualquier caso, tanto si se entiende que se tutela la salud pública como un bien jurídico colectivo, o que se trata de proteger la salud individual frente a la creación de un peligro de extensión indeterminada, hay acuerdo en que es preciso constatar que la conducta tiene capacidad para afectar a diversos individuos indeterminados; esto es, que exista un peligro de difusión entre inconcretos consumidores, un peligro general¹⁰⁶⁶. Así, lo exige expresamente la jurisprudencia, junto con el requisito de que la sustancia, por su cantidad y pureza, tenga aptitud para dañar la salud¹⁰⁶⁷. Por tanto, aun siendo un delito de peligro abstracto, como se interpreta casi unánimemente¹⁰⁶⁸, ello no significa que haya de confundirse con un peligro presunto, pues es necesario que el riesgo de futura lesión del bien jurídico “se encuentre realmente presente en la acción para que esta incluya en sí el contenido de antijuricidad material y la adecuación al tipo necesarios para su ilicitud penal”¹⁰⁶⁹. Esta configuración del peligro ha propiciado que en la práctica judicial, a la que me referiré luego, queden excepcionalmente excluidos de sanción penal determinados comportamientos que, aunque formalmente realizan el tipo penal, carecen de antijuricidad material porque no llegan a suponer un peligro para la salud pública¹⁰⁷⁰. No obstante, como se verá con ocasión del estudio de los concursos, se aprecia cierta inconsistencia en la actuación de los tribunales pues hay una serie de

¹⁰⁶⁵ Véanse *supra* págs. 81 y ss.

¹⁰⁶⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1261. En igual sentido, exigiendo que la conducta pueda afectar a un número indeterminado de individuos, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., pág. 42. También requiere que el comportamiento tenga capacidad para afectar a diversos sujetos, aunque estos sean inconcretos, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 306. Señala MAGALDI PATERNOSTRO que, si bien el delito se configura como de peligro abstracto, ello no es óbice para que la entidad lesiva de las distintas conductas para el bien jurídico sea también exigible para afirmar su relevancia penal. Para esta autora, la salud pública solo debe obtener legítimamente relevancia penal “cuando se introduzca en el tejido social y se fomente a través de conductas idóneas el consumo (ilegal) de productos que médica y farmacológicamente merezcan el calificativo de grave o gravemente nocivas para la salud (de la generalidad de los ciudadanos y, por tanto, pública) por sus efectos objetivos sobre la misma”, en “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., págs. 1556-1557.

¹⁰⁶⁷ STS 358/2003, de 16 de junio.

¹⁰⁶⁸ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., pág. 42; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 306; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1260; MORALES GARCÍA, O., “Art. 368”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, Cizur Menor, 2011, pág. 931; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 648; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Artículo 368”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 399-401. Los pronunciamientos judiciales que afirman expresamente la naturaleza de peligro abstracto del delito de tráfico de drogas son muy numerosos. A título de ejemplo, véanse las SSTS 6869/1997, de 17 de noviembre; 882/2002, de 11 de febrero; 4254/2002, de 11 de junio; 924/2004, de 13 de febrero; 4269/2004, de 18 de junio; 2153/2005, de 11 de abril; 2837/2006, de 24 de abril. Recopila otras tendencias doctrinales y jurisprudenciales sobre la naturaleza jurídica del delito de tráfico de drogas MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, cit., págs. 39-44.

¹⁰⁶⁹ Así lo establece expresamente la STS 3499/1993, de 29 de mayo.

¹⁰⁷⁰ Concretamente, el Tribunal Supremo ha venido excluyendo con carácter excepcional los siguientes supuestos: el consumo compartido; la invitación entre consumidores; las entregas compasivas; y, basándose en el principio de insignificancia, la transmisión de cantidades mínimas de droga, inidóneas para afectar a la salud.

supuestos que se castigan como actos de tráfico pese a que en ellos no concurre el peligro de difusión requerido.

Entre los múltiples problemas interpretativos que suscita la figura penal, uno de ellos es el relativo a la delimitación de las acciones típicas, por la redacción tan abierta del artículo 368 del Código penal. Se castiga como conducta nuclear “promover, favorecer o facilitar” el consumo ilegal¹⁰⁷¹, bien a través de actos de “cultivo, elaboración o tráfico” o bien “*de otro modo*”, lo que abre la tipicidad a cualquier comportamiento que suponga una promoción, favorecimiento o facilitación del consumo prohibido¹⁰⁷². Además, la descripción de las conductas típicas se completa con la consistente en poseer la droga “*con aquellos fines*”, lo que incluye como supuesto básico la posesión preordenada al tráfico y, también, toda tenencia que se destine a promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal¹⁰⁷³.

La fórmula tan amplia empleada por el legislador ha tratado de ser acotada por la doctrina en atención a las exigencias propias del principio de legalidad. Así, se propone la atipicidad de aquellas actuaciones que, no obstante cumplir formalmente con la dicción literal del precepto, no constituyan “una contribución inmediata a la expansión también inmediata del consumo ilegal de las sustancias prohibidas”¹⁰⁷⁴; esto es, se propugna excluir aquellos comportamientos que queden muy alejados de la puesta en peligro de la salud pública¹⁰⁷⁵.

Los esfuerzos doctrinales por reducir el alcance del precepto han chocado, no obstante, con la interpretación que viene realizando la jurisprudencia, muy marcada por

¹⁰⁷¹ El precepto centra las conductas típicas en el destino al “consumo ilegal”. Por “consumo” se entiende no cualquier uso, sino “la aplicación de la sustancia al ser humano”, en SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Madrid, 2002, pág. 117. Por lo que se refiere al calificativo “ilegal”, MANJÓN-CABEZA interpreta que se refiere a un consumo no autorizado por el ordenamiento jurídico. Además, y puesto que el autoconsumo de drogas es penalmente atípico, insiste en que el “consumo ilegal” al que alude el artículo 368 del Código penal es el ajeno, el consumo de terceros, en “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1275. Segunda estas opiniones, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 311.

¹⁰⁷² Consideran que el precepto recoge, por una parte, conductas de promoción, favorecimiento y facilitación del consumo ilegal, respecto de las que el cultivo, la elaboración y el tráfico no son más que una concreción; y, por otra parte, la de posesión de drogas para favorecer tal consumo ilegal, BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A., “Artículo 368”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, págs. 1688-1689; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 309; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1271; MORALES GARCÍA, O., “Art. 368”, cit., pág. 931.

¹⁰⁷³ BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A., “Artículo 368”, cit., pág. 1689; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 580.

¹⁰⁷⁴ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., pág. 180.

¹⁰⁷⁵ Al respecto, MAGALDI PATERNOSTRO indica que es unánime la opinión doctrinal de que la redacción legal es incompatible con el mandato de determinación, en “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., págs. 1572-1573. A título de ejemplo, subraya que deberían quedar fuera del ámbito de lo punible conductas como indicar donde se puede adquirir la droga, o consentir o tolerar el uso de la misma. Además, se considera que han de quedar fuera las conductas anteriores a los actos de cultivo y elaboración, sin perjuicio del alcance del artículo 371 del Código penal, relativo a precursores. En este sentido, citando a ACALE SÁNCHEZ, véase LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 309.

la amplitud de los verbos típicos que se relacionan en el precepto. De este modo, esta incluye en general cualquier contribución al ciclo de la droga, excepción hecha del cultivo, la elaboración, la adquisición o la posesión preordenados al autoconsumo¹⁰⁷⁶. Concretamente, los tribunales admiten que el tipo abarca, entre muchos otros, los actos de transporte, la organización de operaciones, los actos de vigilancia, control y custodia de un cargamento de drogas, los actos de mediación o de financiación y aquellos que consisten en informar sobre puntos de venta o en proporcionar lugares de almacenamiento¹⁰⁷⁷.

Así pues, se observa que como consecuencia de la construcción legal del delito, con un diseño que en sede judicial se interpreta que recoge un espectro amplísimo de conductas que implican un riesgo potencial para la salud, se ha restringido extremadamente la posibilidad de apreciar formas imperfectas de ejecución y modalidades de participación. En efecto, la mayoría de los pronunciamientos sostienen que se trata de un delito de peligro abstracto, de mera actividad, de consumación anticipada y de resultado cortado¹⁰⁷⁸, que no requiere la producción de un resultado lesivo ni de un resultado de peligro (peligro concreto), bastando con que la actuación del sujeto encaje en la descripción típica y aun cuando los distintos actos se encuentren en posición de causar un diferente grado de peligro para la salud (a estos efectos, se equipara la disponibilidad mediata e inmediata de la droga, de modo que se entiende consumado el delito aun cuando la droga se tenga de manera indirecta¹⁰⁷⁹). Asimismo, se acoge un “concepto unitario de autor”¹⁰⁸⁰ que prácticamente excluye la complicidad, aunque en ocasiones muy excepcionales se califican como supuestos de complicidad conductas periféricas de auxilio mínimo, de “favorecimiento del favorecedor”¹⁰⁸¹.

Por lo que atañe al tipo subjetivo, el tráfico de drogas es un delito doloso, que no contempla el castigo de la imprudencia. El dolo del sujeto debe abarcar el conocimiento de que la sustancia es nociva para la salud y la intención de promover, favorecer o facilitar el consumo ilegal ajeno. Aunque existe una línea jurisprudencial que considera

¹⁰⁷⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1275. A ello habría que añadir los supuestos de atipicidad excepcionales apuntados más arriba.

¹⁰⁷⁷ LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 311; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., págs. 1271, 1273-1274.

¹⁰⁷⁸ Así, muchas de las sentencias que lo definen como un delito de peligro abstracto, citadas *supra* nota 1068, pág. 506.

¹⁰⁷⁹ Alude a esta equiparación MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., pág. 1580, citando las SSTs de 29 de marzo de 1999; de 7 de mayo de 1999; de 9 de mayo de 1999; y de 22 de abril de 2002.

¹⁰⁸⁰ Conforme a este concepto, se califica como autor a todo el que contribuya causalmente de algún modo a la realización del delito, en MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 581.

¹⁰⁸¹ En este sentido, véase la STS 115/2010, de 18 de febrero.

que junto al dolo debe concurrir un especial elemento subjetivo del injusto¹⁰⁸², estimo que la descripción típica no contempla la presencia obligada de un especial ánimo en el autor. Más bien considero, de acuerdo con un sector de la doctrina, que la difusión y expansión del consumo entre la población constituye un elemento objetivo del tipo que tiene que ser abarcado por el dolo¹⁰⁸³. Junto al dolo directo, se admite el dolo eventual¹⁰⁸⁴, siendo suficiente a efectos de imputar dolosamente el ilícito con que el sujeto se represente la posibilidad de que su comportamiento pueda integrar el tipo penal. No obstante, para sortear alegaciones de error y facilitar la prueba del ánimo del agente, la jurisprudencia recurre con frecuencia al principio de la “ignorancia deliberada” (no querer saber aquello que puede y debe saberse, lo que se concibe como equivalente a querer y aceptar los elementos del tipo) o al de la “indiferencia” (no preocuparse de las consecuencias de su acción, lo que no equivale a conocimiento equivocado, sino a indiferencia)¹⁰⁸⁵. A mi modo de ver esta doctrina, que se ha convertido en un recurso muy frecuente para afirmar el dolo en el delito de tráfico de drogas, podría conducir a posibles vulneraciones del principio de culpabilidad, dado que el dolo eventual ha de quedar acreditado convenientemente en todo caso. De no ser así, la conducta debería quedar impune por aplicación de las reglas generales del error.

III. LOS SUPLEMENTOS NUTRICIONALES DOPANTES PELIGROSOS COMO OBJETO DE LOS DELITOS RELATIVOS A DROGAS TÓXICAS

De acuerdo con la descripción típica, el objeto material de este injusto son las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que, a efectos de determinar la pena, el legislador clasifica en las que causen grave daño a la salud y el resto (o sea, sustancias o productos nocivos que causan un daño no grave a la salud)¹⁰⁸⁶.

¹⁰⁸² De acuerdo con ella, CARMONA SALGADO que cita al efecto las SSTS de 4 de septiembre de 1991 y de 31 de mayo de 1997, en “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud”, cit., pág. 775. Asimismo, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 649.

¹⁰⁸³ MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “Artículo 368”, cit., pág. 1579; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., págs. 100-101.

¹⁰⁸⁴ Son innumerables las sentencias en las que se afirma que en lo subjetivo basta el dolo eventual. A título de ejemplo: SSTS 1009/2006, de 18 de marzo; 145/2007, de 28 de febrero; y 518/2009, de 12 de mayo.

¹⁰⁸⁵ Sobre la aplicación de ambos principios véanse, entre otras muchas, las SSTS 990/2004, de 15 septiembre; 1044/2005, de 21 de septiembre; 105/2005, de 21 de septiembre; 1106/2006, de 10 de noviembre; 533/2007, de 12 de junio; 954/2009, de 30 de junio; y 545/2010, de 15 de junio.

¹⁰⁸⁶ Esta clasificación por su gravedad no se contempla en la listas anexas a los Convenios internacionales relativos a drogas tóxicas en las que se enumeran las sustancias que tienen tal consideración. La ausencia de un catálogo ha llevado a la jurisprudencia a recurrir a una serie de criterios atendiendo a la capacidad de cada sustancia para causar un mayor o menor daño a la salud. Concretamente, la STS 1486/1999, de 25 de octubre indica los cuatro siguientes:

La controversia en torno a su significado es acusada, especialmente en la doctrina. El debate se puede simplificar señalando que hay dos tendencias enfrentadas: por una parte, la postura más rígida de quienes defienden que el concepto de droga tóxica, que incluye a los estupefacientes y los psicotrópicos¹⁰⁸⁷, ha de integrarse acudiendo a las listas (y sus actualizaciones periódicas) que se relacionan en los anexos a los Convenios internacionales en la materia que han sido ratificados por España¹⁰⁸⁸. Conforme a ella, solo tendrían tal consideración y podrían constituir el objeto material del artículo 368 del Código penal las sustancias y productos incluidas en la Convención Única de Nueva York sobre estupefacientes de 1961 (que recoge en sus anexos I, II y IV las sustancias naturales o sintéticas que se consideran estupefacientes)¹⁰⁸⁹ y en el Convenio de Viena sobre sustancias psicotrópicas de 1971 (que enumera como psicotrópicos una serie de sustancias naturales o sintéticas que figuran en las listas I, II, III y IV)¹⁰⁹⁰. Todos estos listados fueron incorporados al ordenamiento interno a través de la Ley 17/1967, de 8 de abril, por la que se actualizaron las normas vigentes sobre estupefacientes adaptándolas a lo establecido en el Convenio de 1961 de Naciones Unidas, y el Real Decreto 2829/1977, de 6 de octubre, por el que se regulan las sustancias y preparados medicinales psicotrópicos, así como la fiscalización e inspección de su fabricación, distribución, prescripción y dispensación. Las objeciones a esta configuración del objeto del delito son de dos tipos: de un lado, teniendo en cuenta que no son listas cerradas¹⁰⁹¹

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

que sea en sí misma lesiva para la salud, el nivel de dependencia que crea en el consumidor, el número de fallecimientos que provoca su intoxicación y el grado de tolerancia.

¹⁰⁸⁷ Consideran que los estupefacientes y los psicotrópicos son especificaciones de las drogas, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 307; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1267; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Artículo 368”, cit., pág. 414.

¹⁰⁸⁸ Esta posición general la sostienen, con matices diferenciados, BERISTAIN IPIÑA, A., “Delitos de tráfico ilegal de drogas (art. 344 del CP)”, en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, pág. 762; LORENZO SALGADO, J. M., “Delitos contra la seguridad colectiva. De los delitos contra la salud pública”, en *Documentación jurídica*, vol. 2, enero/diciembre 1983, pág. 975; REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1987, págs. 66 y ss.

¹⁰⁸⁹ La lista III alude a preparados farmacéuticos que contienen estupefacientes en un porcentaje muy bajo respecto de los excipientes y difícilmente separables y cuya exportación no requiere autorización. En cuanto a las sustancias que se consideran estupefacientes, se enumeran la heroína, la morfina, el opio, la codeína, la metadona, la cocaína, el cannabis y sus resinas, etc.

¹⁰⁹⁰ Entre otras, DMA, MDMA, MMDA, LSD, anfetamina y diazepam.

¹⁰⁹¹ El artículo 3 del Convenio de 1961 (estupefacientes), y el artículo 2 del Convenio de 1971 (psicotrópicos) prevén la posibilidad de ampliar y modificar las listas anexas.

y que su actualización se realiza mediante normativa interna reglamentaria¹⁰⁹², se aducen razones de inconstitucionalidad basadas en el incumplimiento de la reserva de Ley Orgánica que rige en materia penal¹⁰⁹³; de otro lado, se pone de manifiesto que utilizando este criterio pueden quedar impunes conductas que afecten a nuevas drogas, en tanto no se incluyan expresamente en las listas, lo que parece un contrasentido si se realiza una interpretación teleológica del precepto¹⁰⁹⁴.

Por otra parte, frente a esta interpretación del objeto material “por elencos de sustancias”, otro sector doctrinal postula la “teoría de la definición elástica o del arbitrio judicial”¹⁰⁹⁵. Sus partidarios afirman que no se trata de una ley penal en blanco que haya de completarse por remisión a normas extrapenales, sino que propugnan un concepto penal autónomo, que huya de automatismos, y que tenga por referencia el bien jurídico protegido y la ubicación sistemática del precepto entre los delitos contra la salud pública¹⁰⁹⁶. De acuerdo con esto, y aun admitiendo que los listados de los Convenios de

¹⁰⁹² El recurso a Órdenes ministeriales para incluir nuevas sustancias se utiliza muy a menudo. Entre las más recientes, la Orden SSI/1091/2015, de 2 de junio, por la que se incluye, entre otras, la sustancia 4-yodo-2,5-dimetoxi-N-(2-metoxibencil) fenetilamina (25I-NBOMe); la Orden SSI/1478/2014, por la que se incluye la sustancia 4-metilamfetamina en la lista I del anexo I del Real Decreto 2829/1977; la Orden SSI/806/2014, por la que se incorpora la sustancia 5-(2-aminopropil)indol (5-IT) en el anexo I del Real Decreto 2829/1977; la Orden SPI/201/2011, por la que se incluye la sustancia 4-metilmecatínona (mefedrona) en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977; la Orden SAS/2712/2010, por la que se añade la sustancia ketamina en el Anexo I del Real Decreto 2829/1977; y la Orden de 7 de febrero de 2000, por la que se incluyen determinados principios activos en la lista I anexa a la Convención Única de 1961 sobre Estupefacientes.

¹⁰⁹³ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., págs. 55-58. Dan cuenta de esta objeción BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A., “Artículo 368”, cit., pág. 1686; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 307; FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Artículo 368”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 287-288; MORALES GARCÍA, O., “Art. 368”, cit., pág. 933. Admite su constitucionalidad y que, por tanto, no se vulnera el principio de legalidad, REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999, págs. 112-113. Considera que la normativa estatal administrativa no es vinculante, sino que operaría como una mera pauta interpretativa, MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., págs. 368-369. Por su parte, la STS 4775/1996, de 11 de septiembre, aborda específicamente esta problemática en referencia al anterior artículo 344 del Código penal, señalando lo siguiente: “La actualización -por medio de órdenes ministeriales- de las listas de las sustancias prohibidas puede plantear dudas sobre su constitucionalidad. No obstante, ha de reconocerse que limitar la actualización de tales listas a las decisiones de los órganos internacionales competentes o a las leyes de los Parlamentos no parece, desde el punto de vista de la realidad de las cosas, el medio más idóneo para combatir eficazmente la lacra social del tráfico de drogas, dado que su gran variedad y enorme proliferación, consecuencia de la fértil inventiva del hombre, harían ineficaces, en buena medida, los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la materia, y, en definitiva, la represión penal de este tipo de conductas de alto riesgo y generalizada repulsa sociales. En todo caso, es posible interpretar la exigencia constitucional de la reserva de ley (v. arts. 53 y 81C.E.), en el sentido de que la misma se cumple adecuadamente por el propio artículo del Código Penal, por cuanto las actualizaciones cuestionadas no tienen otro alcance que el de simples indicaciones particularizadas del objeto material del correspondiente tipo penal”. También sobre el tema, la STS 1957/2006, de 31 de marzo insiste en que la normativa interna se limita a completar, con carácter instrumental y de forma subordinada a la ley el contenido de la misma, quedando salvaguardada la función de garantía del tipo penal

¹⁰⁹⁴ Entre otros, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 307; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 578.

¹⁰⁹⁵ Así denominada, por oposición a la “teoría de la definición rígida o por elencos de sustancias”, en la STS 4775/1996, de 11 de septiembre, que resume las dos posturas doctrinales sobre el objeto material en el delito relativo a drogas tóxicas.

¹⁰⁹⁶ En este sector doctrinal, entre otros, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., págs. 576-578; JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., págs. 61-68; PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*,

Naciones Unidas puedan cumplir una función de orientación, se apoya que sea el juzgador el que concrete el objeto del delito en cada caso. Por tanto, según esta opinión, hay algunas sustancias que figuran en las listas que podrían ser excluidas del ámbito del artículo 368 del Código penal y otras que, aun no estando contenidas en las listas enumerativas mencionadas, podrían tener cabida si se construyese una noción penal autónoma de droga con arreglo a criterios jurídico-penales y político criminales distintos a los meramente administrativos o jurídico-internacionales¹⁰⁹⁷. En este sentido, se propone “configurar un concepto médico-farmacológico dentro de la legalidad vigente, orientado a las finalidades del Derecho penal” que solo englobaría aquellas sustancias que cumpliesen con una serie de criterios médico-farmacológicos, cuyo consumo fuese ilegal, y que causasen un daño considerable a la salud pública (por respeto a los principios de fragmentariedad y de *ultima ratio*)¹⁰⁹⁸. Esta línea interpretativa, no obstante comportar ventajas desde un punto de vista material, presenta el inconveniente de que proporciona poca seguridad jurídica y de que se opone al carácter vinculante de los Tratados internacionales (que, en virtud del art. 96.1 CE pasan a formar parte del ordenamiento interno una vez publicados oficialmente en España y son de directa aplicación)¹⁰⁹⁹.

Además de las dos opciones expuestas, existe alguna posición intermedia que considera que el objeto material lo constituyen solo aquellas sustancias que se incluyen en las listas de los Convenios, pero con el límite de la toxicidad a la que alude la descripción típica, que permite negar la tipicidad cuando pueda concluirse que la sustancia no es tóxica por su cantidad o por la desnaturalización con que se presente¹¹⁰⁰.

Barcelona, 1986, pág. 136. Sostiene QUERALT JIMÉNEZ que la referencia legal a drogas tóxicas, y psicotrópicos más que una norma penal en blanco es un elemento normativo del tipo, que puede llenarse de contenido acudiendo a los listados internacionales y al peritaje de las drogas nuevas y/o no incluidas en aquellos, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1105. Como aspecto positivo, señala MORALES GARCÍA que este enfoque que aboga por integrar el bien jurídico en la interpretación del objeto material otorgando a los Tratados internacionales un valor meramente indicativo, contribuye a la materialización de un tipo en exceso formalizado por su estructura y amplitud, en “Art. 368”, cit., pág. 934. También coincide con este enfoque RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 645. Opina esta autora que no es posible atenerse a un estricto concepto normativo de droga, porque se dejaría fuera del ámbito típico demasiadas conductas. Por ello, afirma que “para que un producto sea considerado droga, bastará que en los informes técnicos de toxicología se detecten las características de esta”. En apoyo de esta tesis cita, entre otras, la definición de estupefaciente que proporciona el Real Decreto 1194/2011.

¹⁰⁹⁷ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 577. Respecto a esas otras sustancias susceptibles de conformar el objeto material del delito de tráfico de drogas, MANJÓN-CABEZA OLMEDA menciona la *salvia divinorum*, una hierba alucinógena tan activa como el LSD que, sin embargo, no se relaciona en los Convenios internacionales sobre drogas, en “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1268.

¹⁰⁹⁸ JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., págs. 61 y 67.

¹⁰⁹⁹ MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., pág. 1563; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1268.

¹¹⁰⁰ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1269.

La división en la materia que se observa en la doctrina es, sin embargo, mínima en la jurisprudencia. Puede decirse que prácticamente por unanimidad¹¹⁰¹ se acepta que el artículo 368 del Código penal es una norma penal en blanco que ha de completarse con normas extrapenales, siendo obligado en este ámbito el sometimiento a la legislación internacional y nacional. Así pues, se acude a las listas sobre estupefacientes y psicotrópicos de los Convenios internacionales citados y a las normas de carácter interno que las complementan. Fruto de este entendimiento es, como ya se ha expresado más arriba, que aunque se produce una mayor seguridad jurídica, quedan fuera del tipo aquellos productos de nueva creación que no estén incluidos entre las sustancias prohibidas, pese a encajar en un concepto médico-farmacológico de droga y ser potencialmente peligrosos para la salud¹¹⁰². De hecho, en diversas resoluciones se ha excluido la sanción penal a través del artículo 368 por tratarse de nuevas sustancias de abuso no incluidas en la lista correspondiente¹¹⁰³.

La exposición de las distintas líneas interpretativas acerca del objeto material en el delito de tráfico de drogas no plantea especiales dudas respecto a la consideración como droga tóxica de aquellos preparados alimenticios que, como ha revelado la AMA, contienen anfetaminas entre sus componentes¹¹⁰⁴. Ahora bien, la razón última de detallar los distintos enfoques sobre el tema no es otra que poner de manifiesto una problemática que ha surgido en relación con algunos suplementos nutricionales para deportistas, que genera cierta alarma, y que ha motivado la difusión de diversas alertas para evitar su consumo. En los últimos tiempos, las autoridades en materia alimentaria y de protección de la salud en el deporte vienen denunciando la presencia en el mercado (no solo el nacional, sino también el de la Unión Europea y el estadounidense) de suplementos para la nutrición deportiva en cuya formulación se han detectado sustancias estimulantes *análogas a las anfetaminas* que comportan un peligro para la salud¹¹⁰⁵. Estos productos se comercializan principalmente por Internet y la peculiaridad

¹¹⁰¹ Así, entre muchas otras, véanse las SSTS 1383/1984, de 22 de marzo; 3235/1993, de 21 de mayo; 4120/1994, de 27 de mayo; 4269/1994, de 1 de junio; STS 4775/1996, de 11 de septiembre; 6245/1996, de 11 de noviembre; y los AATS 7102/2000 y 7724/2000, de 19 y 26 de julio respectivamente.

¹¹⁰² Esto es confirmado por la STS 3967/2005, de 17 de junio, que señala que en caso de que lo transmitido no fuese una sustancia prohibida se produciría una ausencia de tipo.

¹¹⁰³ Así, en relación con supuestos de tráfico de ketamina, sustancia que no se incluyó en la Lista IV hasta el año 2010, véanse la SAP Navarra, 93/2005, de 14 de abril; SAP Islas Baleares 55/2013, de 1 de julio; y la SAP Barcelona 584/2015, de 29 de junio. La SAP Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre también descartó la subsunción de los hechos bajo el artículo 368 del Código penal en un caso en que el objeto de tráfico eran unos productos conocidos como “poppers”, no relacionados en los listados internacionales.

¹¹⁰⁴ Las anfetaminas son sustancias psicotrópicas catalogadas en el Convenio de Viena de 1971.

¹¹⁰⁵ Por ejemplo, en marzo de 2013 la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición ha informado a las Autoridades competentes de las Comunidades Autónomas, de la presencia del estimulante sintético dimetilamylamina (DMAA) en trece suplementos alimenticios para deportistas, comercializados en varias Comunidades Autónomas. La

que presentan es que los elementos dopantes que contienen, si bien se incluyen en la lista abierta de sustancias prohibidas en el deporte, no se encuentran expresamente relacionados en las listas anexas a los Convenios internacionales que enumeran las sustancias estupefacientes y psicotrópicas, ni en las de ámbito nacional complementarias. La consecuencia inmediata es que, de verificarse la necesidad de intervenir penalmente para proteger la salud, de acuerdo con la concepción que secunda la generalidad de la jurisprudencia, el tráfico de este tipo de compuestos no sería sancionable por la vía del delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos, por atipicidad derivada de la falta de objeto material.

La cuestión no es nueva, pues ya se ha visto que tanto la doctrina como la jurisprudencia han puesto sobre aviso con respecto a las lagunas de punibilidad que plantea el descubrimiento de nuevas drogas no catalogadas en las normas mencionadas. Pero quizás estos casos, en los que se constata que se está haciendo un uso perverso del mercado de la nutrición deportiva para encubrir la difusión de sustancias que son peligrosas y que se introducen como ingredientes de preparados de circulación legal, podrían servir como acicate para reflexionar acerca de la necesidad de acordar un concepto más flexible de droga¹¹⁰⁶. Aunque la normativa extrapenal no pueda obviarse, la amenaza social que podría suponer la expansión de productos que materialmente no responden a su apariencia saludable aconseja reconsiderar el contenido del objeto material del delito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas y

dimetilamylamina se define por la Agencia como un estimulante del sistema nervioso central *relacionado con la anfetamina* no autorizado para formar parte de suplementos alimenticios y está asociado al aumento de la tensión sanguínea, náuseas/vómitos, derrames cerebrales, infarto e incluso la muerte. Asimismo, informa de que existen en el mercado de la Unión Europea numerosos productos con características similares, que comportan el mismo riesgo para los consumidores al tener en su composición esta sustancia, y ofrece una lista en la que enumera hasta veinte marcas. Se puede consultar esta noticia en

http://www.vademecum.es/noticia-alerta-130319-Actualizaci%F3n+de+la+alerta+de+la+retirada+de+suplementos+nutricionales+con+Dimetilamylamina+_5291

[última consulta: 31 de marzo 2016]. Esta misma alerta ha sido también publicada en agosto de 2014 por la Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte (AEPSAD), recomendando a los deportistas que sean precavidos con el consumo de complementos alimenticios. El mismo organismo ha difundido otra alerta a finales de 2013, advirtiendo frente a suplementos deportivos que contienen y no declaran el estimulante de diseño N,alfa-dietilfeniletilamina (N, α -DEPEA), un compuesto *análogo a la metanfetamina* incluido en la lista de sustancias prohibidas en el deporte (S.6.a Estimulantes No Específicos), sobre el que se desconocen su potencial adictivo y sus efectos adversos en humanos. La información se basa en recientes investigaciones de la NSF, la Escuela de Medicina de Harvard y el Instituto Nacional para la Salud Pública y Ambiental de Holanda publicadas en la revista *Drug Testing and Analysis* (en el número especial titulado *New psychoactive substances part II*, disponible en <http://onlinelibrary.wiley.com/journal/10.1002/%28ISSN%291942-7611/issues>) sobre diversos suplementos deportivos muy vendidos en USA. Estas advertencias de la AEPSAD están disponibles en <http://www.mecd.gob.es/aepsad/alertas.html> [última consulta: 31 de marzo 2016].

¹¹⁰⁶ Y no solo. Actualmente este problema se plantea cada vez con más frecuencia por la proliferación de sustancias que imitan a las drogas ilegales más populares pero cuya composición molecular ha sido modificada mínimamente, dejándolas en un limbo legal. Estas drogas son más baratas y se compran por Internet. Al respecto véase http://www.cuatro.com/soynoticia/temporada-1/programa-5/Consumidor-drogas-legales-ilegales-tomaremos_0_2147775002.html [última consulta: 31 de marzo 2016].

tomar como referente el bien jurídico y la efectiva toxicidad de la sustancia incorporada. Entre tanto, la intervención penal, en atención a las peculiaridades propias de compuestos de esta características, podría tener lugar a través de alguna figura de fraudes alimentarios o del delito de dopaje del artículo 362 quinquies del Código penal, según corresponda, o incluso del ilícito relativo a sustancias nocivas previsto en el artículo 359 del mismo cuerpo legal¹¹⁰⁷.

IV. LAS RELACIONES CONCURSALES ENTRE EL ARTÍCULO 362 QUINQUIES Y EL ARTÍCULO 368 DEL CÓDIGO PENAL. ESPECIAL REFERENCIA A LOS CASOS DE PELIGRO CIRCUNSCRITO

La posibilidad de que la infracción de dopaje y la de tráfico de drogas converjan justifica la necesidad de examinar cuál sea su relación, a lo que dedicaré las siguientes páginas. Más arriba he referido cuál es, con carácter general, la solución concursal que me parece adecuada para resolver los conflictos normativos que pueden surgir entre el artículo 362 quinquies y los restantes tipos recogidos en el capítulo de los delitos contra la salud pública¹¹⁰⁸. Con todo, considero de interés incidir en el tema por razón de la notable similitud que presentan ambas figuras y, también, para destacar un grupo de casos específicos que entiendo que han de resolverse de un modo diverso.

Por ello, comenzaré el análisis presentando algunos de los rasgos comunes a los dos delitos, así como el que considero que es el elemento básico que los diferencia y que me parece esencial para solventar los solapamientos que puedan producirse entre ambos preceptos. A continuación expondré sucintamente el enfoque que entiendo correcto para solventar las interferencias normativas y, por último, me centraré en los supuestos en los que la transmisión de la droga dopante no genera más que un peligro individual circunscrito a un deportista.

1. RASGOS COMUNES AL DELITO DE DOPAJE Y AL DE TRÁFICO DE DROGAS. LA ESTRUCTURA DE PELIGRO COMO ELEMENTO DIFERENCIAL

El estudio de ambos delitos pone de manifiesto que comparten una serie de rasgos comunes. En primer lugar, hemos visto que los objetos materiales pueden superponerse,

¹¹⁰⁷ Precisamente, como comentaré más adelante, este es el tipo penal al que se ha recurrido en los supuestos de tráfico de ketamina y de poppers a que me he referido en la nota 1103, pág. 513.

¹¹⁰⁸ Véanse *supra* págs. 306 y ss.

pues en el catálogo de sustancias prohibidas en el deporte figuran algunas que son drogas tóxicas. A estos efectos, conviene señalar que, aunque el análisis se plantea con ocasión del estudio de los suplementos deportivos, lo decisivo es que la sustancia sobre la que recaiga la conducta típica sea considerada droga tóxica, sea cual sea su presentación. Por tanto, por lo que se refiere al alcance del objeto de la acción en estos injustos, hay que poner de relieve que es indiferente que la misma sea un principio activo de un medicamento legal, un componente añadido a un preparado alimenticio, o que se ofrezca sin recurrir a formatos que la disfracen.

En segundo lugar, otro denominador común reside en la técnica legislativa empleada para describir las conductas típicas¹¹⁰⁹. Llama la atención la larga relación de verbos que se emplean para enumerar las acciones que pueden conformar los delitos, lo que probablemente responde a un intento de evitar lagunas de punición. De entre todos ellos, solo “facilitar” aparece en ambos artículos. Sin embargo, aunque no puede decirse que en rigor los restantes comportamientos enumerados sean idénticos, su significado evidencia la posibilidad de que se produzcan solapamientos. Así, la fórmula empleada por el legislador en el artículo 368 del Código penal abre la tipicidad a cualquier actuación que suponga una promoción, favorecimiento o facilitación del consumo prohibido y acoge la posibilidad de englobar cualquiera de las acciones típicas que integran el injusto de dopaje. En sentido inverso, parece que muchos de los actos promovedores, favorecedores o facilitadores del consumo ilegal de alguna de las drogas tóxicas que a su vez son sustancias prohibidas en el deporte podrían encontrar acomodo en alguno de los verbos típicos contemplados en el injusto de dopaje.

No obstante, hay algunas ausencias en el artículo 362 quinquies del Código penal que excluyen eventuales interferencias con el delito relativo a drogas tóxicas, pues no se recogen ni la elaboración, ni el tráfico, ni tampoco la posesión¹¹¹⁰.

En tercer lugar, otra nota coincidente ya tratada con anterioridad es que la intervención penal se produce al margen de cuál sea la posición del sujeto pasivo de la acción frente a la sustancia de que se trate: esto es, el Derecho penal actúa aun cuando el destinatario quiera o consienta adquirirla con conocimiento de que es peligroso para

¹¹⁰⁹ DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, cit., págs. 43-44. Por su parte, PRAT WESTERLINDH señala que la estructura típica del delito de dopaje es similar a la del injusto de tráfico de drogas, dada la descripción de las acciones punibles, en “El delito de dopaje”, cit., pág. 79.

¹¹¹⁰ En mi opinión, el castigo de la mera tenencia queda excluido de la figura de dopaje. No obstante, ya he referido anteriormente que en alguna sentencia se ha sancionado la posesión preordenada al tráfico de sustancias dopantes como tentativa de dopaje, con lo que se abre la puerta a la posibilidad de encuadrar supuestos de posesión tanto en el delito de dopaje como en el relativo a drogas tóxicas. Al respecto, más detalladamente, véanse *supra* págs. 218 y ss.

su salud¹¹¹¹. A diferencia de lo que ocurre en otros delitos de los del capítulo contra la salud pública, específicamente los relativos a medicamentos y los que se refieren a alimentos, en estos supuestos estamos ante sujetos que en la mayoría de las ocasiones son conocedores de que consumen un producto prohibido y aceptan poner en riesgo su salud. Es cierto que, tratándose de suplementos nutricionales con drogas dopantes en su composición puede ocurrir que los consumidores ignoren este extremo y piensen que están ante un producto seguro; pero también lo es que, en otras ocasiones, determinados suplementos para deportistas se adquieren precisamente porque se sabe que contienen algún ingrediente irregular, aunque no se tenga un conocimiento preciso. En cualquier caso, a la vista de las hipótesis subsumibles bajo los delitos de tráfico de drogas y de dopaje, se observa que la intervención penal se produce aun cuando conste la decisión del consumidor de poner voluntariamente su salud en peligro.

Ahora bien, como explicaré enseguida, la razón que motiva la actuación penal en materia de drogas no está presente cuando se sancionan las conductas relativas al dopaje. Y es que la diferencia fundamental entre estas figuras radica en que el peligro exigido para que entren en juego es sustancialmente diferente. Al respecto, anteriormente he expresado los argumentos que permiten sostener que el ilícito de dopaje pertenece a la categoría de los delitos de peligro individual tal y como los he definido: la actuación del autor para ser típica debe afectar siempre a un deportista¹¹¹². El precepto exige para su consumación que *siempre* se ponga dolosamente en peligro (concreto) a un deportista, sin que pueda afirmarse que simultáneamente se requiera como presupuesto de aplicación que la extensión del peligro sea incierta, con capacidad para afectar a un círculo impreciso de sujetos, como demanda el peligro general. Siendo así, y pese a tener cabida en la dicción literal, he señalado que, en mi opinión, deben excluirse de su alcance los casos en los que la conducta suponga también la creación de un peligro general, de extensión indeterminada, fundamentalmente por razones de coherencia interna y de proporcionalidad.

Sin embargo, cuando se trata del delito de tráfico de drogas, como hemos visto, en principio y en general hay consenso en que, para ser punible, la acción ha de comportar un peligro común, que afecte a una pluralidad indeterminada de sujetos. Al respecto, ya he señalado que hay acuerdo en la doctrina y que en la jurisprudencia se ha venido afirmando que uno de los requisitos para calificar por este ilícito es que exista peligro de

¹¹¹¹ Véanse *supra* págs. 100 y ss.

¹¹¹² Véanse *supra* págs. 141 y ss.

difusión, que la acción pueda trascender a terceros, amenazando así la salud de la colectividad.

Si se conviene en que la configuración del peligro es diferente en ambos casos, podría entonces sostenerse que estamos ante dos modelos de protección de la salud diversos por razón de la extensión del peligro que, necesariamente, ha de tener consecuencias en la esfera concursal.

En otro apartado de este trabajo he expuesto cuál es el enfoque general en la doctrina cuando se trata de resolver concursos entre el artículo 362 quinquies del Código penal y los demás preceptos que se encuadran también en el capítulo de los delitos contra la salud pública¹¹¹³. La mayoría de autores parten de la premisa de que todas estas figuras sirven a la protección del bien jurídico salud pública y sancionan conductas que producen un peligro general o común. Desde este punto de arranque, y por lo que se refiere específicamente a las relaciones entre el ilícito de dopaje y el relativo a drogas tóxicas, además de alguna propuesta a favor del concurso ideal de delitos, se constatan posturas diferentes que, si bien comparten la tesis de que se trata de un concurso de leyes, se decantan, en algunos casos, por la prevalencia del artículo 362 quinquies; y, en otros, por la del artículo 368, ambos del Código penal. Sin embargo, los principios que se alegan para solventar el conflicto de normas a favor de uno u otro no son coincidentes. Así, por una parte, la mayoría doctrinal, que sostiene la primacía de la infracción relativa a drogas tóxicas, acude fundamentalmente a la regla de la alternatividad, para evitar el privilegio absurdo a que conduciría la sanción por el tipo de dopaje, aunque muy minoritariamente se opta por la de la consunción y en alguna ocasión aislada por la de la subsidiariedad. Por otra parte, entre los autores que dan primacía al artículo 362 quinquies del Código penal, se aduce principalmente el principio de especialidad. Las razones que esgrimen en apoyo de este criterio son, de un lado, que el delito de dopaje presenta elementos subjetivos del injusto que lo convierten en especial frente al más genérico delito de tráfico de drogas¹¹¹⁴; y, de otro, que el delito de dopaje concreta tanto las sustancias o métodos empleados, como la necesidad de una situación de riesgo (concreto, frente a la naturaleza de delito de peligro abstracto que tiene el delito relativo a drogas tóxicas) para la salud de determinadas personas (los

¹¹¹³ Véanse *supra* págs. 302 y ss.

¹¹¹⁴ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 122; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., cit., pág. 614; MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, cit., pág. 633.

deportistas)¹¹¹⁵. También, en menor medida, se alega el principio de consunción para dar prioridad al delito de dopaje respecto del de drogas, señalando que el peligro concreto que requiere el primero absorbe al delito de mera actividad¹¹¹⁶.

Pues bien, con carácter general estoy de acuerdo con la posición doctrinal que apoya resolver el concurso de leyes a favor de la aplicación de los artículos 368 y siguientes del Código penal, aunque no coincido con la opción mayoritaria que lo resuelve a través de la regla de la alternatividad. Con todo, creo que es conveniente no perder de vista que hay una serie de supuestos específicos que, a mi juicio, no deberían ser sancionados a través del ilícito relativo a drogas tóxicas y en los que el concurso aparente habría de solventarse en sentido contrario, precisamente porque la estructura de peligro de los tipos es distinta y conforma esferas diversas de tutela de la salud. Asimismo, no hay que olvidar que la aplicación del tipo de dopaje presenta límites que impiden que se produzcan interacciones concursales aun cuando el objeto de la acción lo constituyan drogas dopantes. De todo ello me voy a ocupar a continuación.

2. HIPÓTESIS EXCLUIDAS DEL CONCURSO

En primer lugar, está claro que no existe posibilidad concursal alguna si la conducta que recae sobre una sustancia con propiedades dopantes que a su vez constituya una droga prohibida no es alguna de las que se recoge en el artículo 362 quinquies del Código penal. En consecuencia, cuando se trate de la elaboración, el cultivo o la posesión no dirigida al autoconsumo, será aplicable el delito de tráfico de drogas en tanto el dolo del sujeto abarque el conocimiento de la nocividad de la sustancia y la intención de promover el consumo ilegal ajeno, y aun cuando pretenda también que se emplee para fines dopantes. Tampoco alcanzará el delito de dopaje para sancionar aquellos hechos en que las personas puestas en peligro no sean deportistas, pues a ellos se circunscribe el círculo de sujetos pasivos de este delito.

¹¹¹⁵ PRAT WESTERLINDH, C., “El delito de dopaje”, cit., pág. 79.

¹¹¹⁶ CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, cit., pág. 122. Este autor alude simultáneamente a los principios de consunción y de especialidad como los que determinan la supremacía del delito de dopaje.

3. HIPÓTESIS CONCURSALES

En segundo lugar, presupuesto el dolo requerido, si el objeto de la acción es una droga dopante y el comportamiento puede quedar comprendido en cualquiera de los ilícitos que se examinan (lo que ocurriría si se trata de cualquiera de las conductas que se contemplan en el art. 362 quinquies, pues la amplitud de los verbos típicos relacionados en el injusto de tráfico de drogas permite incluir cualquiera de ellos en tanto suponen promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal), habrá que atender al peligro creado para dilucidar la figura aplicable. Aunque una opción sería acudir al concurso de delitos, considero que el principio *non bis in idem* impide apreciar conjuntamente los dos delitos¹¹¹⁷. Por tanto, estimo que la solución ha de encontrarse en alguna de las reglas previstas en el artículo 8 del Código penal para resolver el conflicto de leyes. En estos casos caben dos posibilidades: la primera, que además de un peligro concreto para un deportista se ocasione un peligro general, capaz de afectar a una pluralidad indeterminada de sujetos; la segunda, que la conducta implique la producción de un peligro concreto exclusivamente individual, que solo exponga a riesgo la salud de un deportista, sin opción de trascender a terceros. Veamos las propuestas para determinar la norma que, a mi juicio, debe prevalecer.

3.1. *Supuestos de creación de peligro general con especial acercamiento de un deportista al foco de peligro*

Entrarían en este grupo de casos, por ejemplo, aquellos en que se vendiesen a través de Internet suplementos deportivos que contuviesen alguna droga prohibida, en los que se expondría a riesgo, no solo la salud de cada comprador concreto, sino la de cualquiera que visitase la página, al estar los productos peligrosos en disposición de venta. También quedarían comprendidas las situaciones en que se proporcionaran a un deportista drogas dopantes en cantidad suficiente y en circunstancias que permitiesen inferir que el sujeto activo admitió, siquiera con dolo eventual, la probabilidad de difusión a terceros, en las que cabría apreciar la posibilidad de un riesgo de expansión porque podría compartirlas o transmitir las¹¹¹⁸. Serían, en definitiva, hipótesis de peligro

¹¹¹⁷ Véanse *supra* págs. 306 y ss.

¹¹¹⁸ Esta es una cuestión delicada, pues cabría pensar que siempre que la dosis suministrada sea divisible se produce un peligro general. Sin embargo, en mi opinión, la apreciación del dolo jugaría un papel decisivo; esto es, habría que acotar el dolo en atención a las circunstancias fácticas para determinar si el sujeto sabía que existía riesgo de expansión a terceros y lo aceptó (dolo eventual), o si, por el contrario, su actuación no implicaba anímicamente nada

abierto, en las que, además de existir peligro para la salud de una persona, se desencadena un riesgo potencial para la salud de un colectivo inconcreto, para varios e indeterminados sujetos no previamente elegidos.

Pues bien, como ya indiqué al tratar con carácter general las relaciones entre el delito de dopaje y los demás ilícitos contemplados como delitos contra la salud pública en el Código penal, la solución del concurso en estas ocasiones ha de venir a través del principio de consunción a favor del delito de peligro general¹¹¹⁹. En mi opinión, el tipo relativo a drogas sería el aplicable por ser el que abarcaría completamente el desvalor del hecho, ya que el peligro generado para la colectividad no quedaría consumido por el creado para la salud individual del deportista concreto al que se hubiera proporcionado la sustancia dopante¹¹²⁰. Es cierto que cabría considerar que hay un peligro concreto que no es propio del injusto del ilícito relativo a drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas. Sin embargo, en estos casos podría resultar desproporcionado castigar tanto por la figura de tráfico de drogas como por la de dopaje. De hecho se observa que, en la práctica, los delitos de tráfico de drogas se aplican en este tipo de escenarios en los que además de la puesta en peligro general y abstracto de la salud se genera un peligro concreto para la salud de algún consumidor.

De este modo, creo que el encuadre de estas conductas en el artículo 368 del Código penal llevaría a una solución penológica más adecuada en el sentido de que se impondría una pena más severa por razón de una mayor lesividad derivada de la extensión del peligro. Y es que, como ya expliqué en su momento, carecería de coherencia y sería desproporcionado subsumir indistintamente bajo el artículo 362 quinquies los supuestos en que el haz de peligro desplegado se limitase a un solo y concreto deportista y aquellos en que, además, pudiese alcanzar a una pluralidad indeterminada de sujetos.

más allá de la puesta en peligro de un deportista concreto. Ciertamente es que pudiera darse una actuación imprudente por parte del sujeto activo, pero en tal situación su comportamiento habría de quedar impune al no castigar el Código penal el tráfico de drogas por imprudencia. Sería, en definitiva, un supuesto de error de tipo (art. 14.1 Cp) que excluiría la sanción del artículo 368 del Código penal. Con todo, ya se ha señalado la tendencia jurisprudencial a inferir el dolo eventual en materia de drogas sobre la base de aplicar principios como los de la “ignorancia deliberada” y la “indiferencia”.

¹¹¹⁹ Sobre la problemática derivada de combinar categorías de peligro general-peligro individual, y peligro abstracto-peligro concreto véanse *supra*, págs. 313 y ss.

¹¹²⁰ En esta línea, señalan DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLA que si el riesgo para la salud no queda circunscrito al deportista concreto, “hay razones para pensar que el desvalor que el legislador atribuye al tráfico de drogas no quedaría cubierto con la sanción por el artículo 361 bis”. En su opinión, en esos casos en que no se aísla el peligro para la salud de otros deportistas o de terceros, “es difícil, si no imposible, abrir la puerta a este precepto invocando la especialidad”, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 283.

3.2. *Supuestos de creación de un peligro individual circunscrito*

La segunda posibilidad abarcaría, por ejemplo, el caso en que el entrenador administrase personalmente a la primera figura del equipo una droga estimulante para potenciar su rendimiento en una prueba deportiva decisiva. Asimismo, el del sujeto que, con conocimiento del efecto dopante de la sustancia, vendiese a un deportista un comprimido supuestamente nutritivo que contuviese entre sus ingredientes alguna droga (e, incluso, si se llevaran a cabo varias ventas espaciadas en el tiempo, pero circunscritas exclusivamente al deportista concreto)¹¹²¹. Se trataría, por tanto, de situaciones de peligro cerrado, en la que el autor aísla el riesgo para la salud de otros deportistas o de terceros, limitándolo al destinatario de la sustancia.

A la vista de la interpretación del peligro típico de la figura de dopaje que defiendo, considero que el ilícito que debería operar directamente es el de dopaje, quedando excluida la posibilidad de subsunción bajo la infracción de tráfico de drogas. A mi entender, esta es la solución adecuada si se tiene en cuenta, de un lado, que el delito de dopaje requiere la producción de un peligro individual concreto para un deportista, de manera que se amenace la salud de un solo individuo y sin que sea necesario que la probabilidad de lesión se cierna sobre otros; y, de otro lado, que el delito de tráfico de drogas demanda un peligro de difusión entre una pluralidad de sujetos indeterminados, además de que la sustancia sea idónea para dañar la salud. No obstante, es preciso poner de relieve un importante desajuste que se deriva de la diferente naturaleza de los injustos. Y es que, así las cosas, resulta incongruente desde el punto de vista de la protección de la salud castigar a través del artículo 362 quinquies las entregas que no comportan un riesgo de expansión cuando el destinatario de la droga es un deportista, y afirmar la impunidad de esa misma conducta si el receptor de la droga no es un deportista. Con todo, considero que el respeto al principio de legalidad obliga a aplicar el tipo de dopaje llegado el caso.

Sentado lo anterior, en este punto, considero de especial interés hacer referencia a la práctica judicial en materia de drogas pues, si bien en un principio podría estar clara la

¹¹²¹ Aunque puede ser discutible, en los casos de actos singulares reiterados de venta de droga en cantidades mínimas a un mismo deportista, entiendo que no cabría apreciar un peligro general para la salud pública que justificara la subsunción bajo el artículo 368 del Código penal. Cuestión distinta sería si el sujeto se dedicase habitualmente a realizar transacciones propias del tráfico. No obstante, esto habría de ser probado fehacientemente, pues no es admisible la presunción de que la conducta se ha repetido en el tiempo, lo que afectaría ineludiblemente a los principios de responsabilidad por el hecho y de culpabilidad. Al respecto, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", cit., pág. 56; DOVAL PAIS, A., "Criterios de tutela penal de la salud pública", cit., pág. 46.

exclusión de este último tipo penal, la realidad es otra bien distinta. Con carácter excepcional, la jurisprudencia ha venido excluyendo la tipicidad de una serie de conductas que, no obstante cumplir formalmente el tipo, no representan un verdadero ataque al bien jurídico protegido¹¹²². Concretamente, en primer lugar, se ha excluido la relevancia penal en los supuestos de entregas compasivas, de consumo o autoconsumo compartido y de invitación entre consumidores, cuando se trata de cantidades pequeñas y los receptores de la droga son personas ciertas y determinadas¹¹²³. Comunes a todas estas situaciones son, además de lo anterior, las exigencias de que no medie precio o contraprestación y de que el destinatario sea adicto o consumidor de droga¹¹²⁴. Estos últimos requisitos han sido muy criticados en la doctrina, pues han venido a erigirse en elementos típicos que, sin embargo, no incluye el tipo penal. Así, se ha afirmado que no existe base legal para excluir el castigo en estas ocasiones, y que la razón última que fundamenta esta exclusión no es otra que la ausencia de peligro para la colectividad, con independencia de que la transmisión sea onerosa o gratuita y de si el receptor de la droga es consumidor o no¹¹²⁵.

En segundo lugar, para los casos de venta de cantidades muy pequeñas de droga, en los que media precio y el adquirente puede ser o no consumidor, la postura de la jurisprudencia ha ido evolucionando hacia posiciones cada vez más limitadoras. Así, hasta el año 2003 existía una consolidada línea jurisprudencial que descartaba la

¹¹²² Además, con ello se mitiga la desmesurada extensión del ámbito de tipicidad, como señala LÓPEZ ORTEGA, J., "Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas", cit., pág. 312.

¹¹²³ Estos supuestos excepcionales de impunidad, que han sido contemplados en numerosas resoluciones, los recoge la STS 6316/2001, de 18 de julio: "1º. El suministro de droga a una persona allegada para aliviar de inmediato un síndrome de abstinencia, o para evitar los riesgos de un consumo clandestino en malas condiciones de salubridad, o para procurar su gradual deshabitación, o en supuestos similares. 2º. La adquisición para un grupo de personas ya adictas en cantidades menores y para una ocasión determinada, o el hecho mismo de este consumo compartido en tales circunstancias: son modalidades de autoconsumo impune. 3º. Los casos de convivencia entre varias personas ya drogadictas (cónyuges, amigos, padres o hijos) en que alguno de ellos proporciona droga a otro, produciéndose también un consumo compartido. 4º. Aquellos otros supuestos en que por la mínima cantidad o por la ínfima pureza en dosis pequeñas, siempre a título gratuito y entre adictos, es de todo punto evidente que no ha existido riesgo alguno de expansión en el consumo ilícito de esta clase de sustancias".

¹¹²⁴ Pueden comprobarse estos extremos en un amplísimo número de sentencias. Así, a título de ejemplo, por lo que se refiere a las entregas compasivas, véanse las SSTS 9459/1993, de 15 de julio; 1090/1994, de 27 de mayo; 16863/1994, de 12 de septiembre; 4378/1996, de 15 de julio; 305/1997, de 22 de enero; 2636/2002, de 15 de abril; y 2326/2004, de 5 de abril. En cuanto a la doctrina del consumo compartido, véanse las SSTS 4510/1993, de 25 de junio; 7849/1998 y 7850/1998, ambas de 22 de diciembre; 623/1999, de 3 de febrero; 5273/1999, de 20 de julio; 2032/2002, de 5 de diciembre; 6605/2003, de 27 de octubre; 1052/2006, de 23 de octubre; 378/2006, de 31 de marzo; 225/2006, de 2 de marzo; 749/2007, de 19 de septiembre; 8210/2009, de 6 de marzo; 171/2010, de 10 de marzo; y 741/2013, de 17 de octubre. Por último, en relación con la invitación al consumo, pueden citarse las SSTS 8159/1992, de 2 de noviembre; 14982/1993 y 10169/1993, ambas de 22 de febrero; 14/1996, de 16 de enero; 6644/2000, de 22 de septiembre; y 3325/2002, de 11 de mayo. En otro orden de cosas, por lo que respecta a la condición exigida de que el destinatario de la droga sea adicto, cabe destacar la última tendencia en la jurisprudencia, conforme a la cual concurre este requisito cuando se trata de consumidores ocasionales o de fin de semana. Así lo refleja LÓPEZ ORTEGA, J. J., "Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas", cit., pág. 313.

¹¹²⁵ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., "Tráfico de drogas (I)", cit., pág. 1289; y, de la misma autora, "Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces", cit., págs. 49-50.

aplicación del delito por razón de la inexistencia de riesgo para el bien jurídico. Los argumentos que se esgrimían para negar la antijuricidad material eran, por una parte, la imposibilidad de difusión entre una pluralidad de sujetos indeterminados cuando la cantidad de droga objeto de venta fuese indivisible; y, por otra parte, la falta de aptitud de la sustancia para dañar a la salud, al tratarse de cantidades insignificantes¹¹²⁶. No obstante, a partir de ese año, se ha abierto paso una orientación más restrictiva que, sobre la base de los datos sobre dosis mínimas psicoactivas facilitados en el informe del Instituto Nacional de Toxicología de 22 de noviembre de 2003 (Informe 12691/2003), castiga cuando la droga supere esos mínimos, aunque la cantidad sea intrascendente, limitando la impunidad a los supuestos en que no se alcance tal techo¹¹²⁷. Esta corriente ha recibido también numerosas críticas doctrinales que insisten en que con ella se vulnera el principio de proporcionalidad y se desdibuja el bien jurídico protegido, pues equivocadamente se utiliza el concepto de dosis mínima psicoactiva para delimitar el ámbito de la tipicidad¹¹²⁸. Así, se objeta que, por debajo de la dosis mínima psicoactiva, es erróneo fundamentar la exclusión de la antijuricidad material en la falta de aptitud lesiva para el valor salud pública, pues en realidad la atipicidad deriva de la ausencia de objeto material, en tanto que no puede considerarse que lo transmitido sea droga. A ello habría que añadir que, aun cuando con esta interpretación de los tribunales se favorezca

¹¹²⁶ Entre otras, las SSTS 1889/2000, de 11 de diciembre; 557/2002, de 15 de marzo; 1716/2002, de 27 de octubre; 358/2003, de 16 de junio; 1281/2003, de 5 de noviembre; 1640/2003, de 28 de noviembre. Esta última resolución situaba el límite para declarar la tipicidad de la conducta en la “dosis de abuso”.

¹¹²⁷ Aunque con anterioridad al Informe del Instituto Nacional de Toxicología ya algunas resoluciones utilizaban el criterio de la dosis mínima psicoactiva para marcar la frontera entre tipicidad y atipicidad, con posterioridad al citado Informe predominan las sentencias que aplican el Cuadro Resumen que elaboró el Gabinete Técnico del Tribunal Supremo. A título de ejemplo, las SSTS 1663/2003, de 5 de diciembre; 1023/2004, de 19 de enero; 1982/2004, de 28 de enero; 63/2004, de 21 de enero; 3917/2007, de 12 de abril; 3264/2010, de 18 de mayo. También, los AATS 8064/2010, de 10 de junio; 9566/2010, de 15 de julio; y 7010/2010, de 27 de mayo. Véase la detallada exposición y análisis crítico de las tendencias jurisprudenciales en la materia en MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, cit., págs. 50-81.

¹¹²⁸ En esta línea crítica, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., págs. 316-317; MORALES GARCÍA, O., “Art. 368”, cit., págs. 936-938; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Artículo 368”, cit., págs. 417-418 (que señala que hubiera resultado más adecuada la elección de la denominada “dosis de abuso habitual”). LÓPEZ ORTEGA y MAGALDI PATERNOSTRO inciden en que el tomar esta referencia de la dosis mínima psicoactiva para fijar el límite de la tipicidad ha llevado a expulsar injustificadamente el principio de insignificancia del delito de tráfico de drogas. En su opinión, este debería operar precisamente cuando lo transmitido es droga, o sea, cuando la cantidad de sustancia supere la dosis mínima psicoactiva pero se trate de una cantidad pequeña (dosis individuales e indivisibles), de modo que la conducta no comporte un riesgo relevante para el bien jurídico protegido, en LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 317; MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., págs. 1554 y 1558-1559. Esta expulsión del principio de insignificancia se produce expresamente en la STS 901/2003, de 21 de junio, que recuerda que en los delitos graves como el tráfico de drogas no cabe invocarlos, ni siquiera de *lege ferenda*. Comenta ampliamente esta sentencia y se pronuncia a favor de tener en cuenta como criterio interpretativo de los tipos penales la insignificancia de los comportamientos formalmente típicos y antijurídicos, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, cit., págs. 81-86.

la seguridad jurídica¹¹²⁹, lo cierto es que quizás podría apreciarse cierta inconsistencia, ya que al castigar automáticamente en los supuestos de entregas individuales de cantidades muy escasas pero superiores a la dosis mínima psicoactiva se rompe con la propia tesis jurisprudencial señalada más arriba, que reclama un peligro de difusión y una aptitud de la sustancia para causar un perjuicio a la salud¹¹³⁰. De este modo, coincido con aquellos autores que propugnan la impunidad por ausencia de afectación del bien jurídico cuando el comportamiento recaiga sobre dosis indivisibles destinadas a una sola y concreta persona, no susceptibles de difusión y de llegar a inconcretos consumidores. Y, a estos efectos, entiendo también que debe considerarse irrelevante que exista ánimo de lucro y que el destinatario no sea consumidor¹¹³¹.

Pues bien, a la vista de las consideraciones anteriores, resulta que, de acuerdo con el enfoque que se sostiene en la praxis judicial más reciente, podrían integrar el delito relativo a drogas tóxicas tanto los actos de entrega gratuita de una cantidad pequeña a un solo deportista que no fuese consumidor, como aquellos que consistieran en venderle una cantidad reducida, no susceptible de difusión, pero superior a la dosis mínima psicoactiva. Se estaría admitiendo, por tanto, que la figura de tráfico de drogas comprende también el castigo de supuestos de exclusivo peligro circunscrito, lo que considero criticable pues, como hemos visto, contrasta con el carácter general del riesgo que se predica de esta clase de injustos. Desde esta perspectiva, se produciría entonces en estos casos una convergencia mayor entre el tipo de dopaje y el de tráfico de drogas debida, no solo a la identidad de objetos materiales y conductas, sino también a la

¹¹²⁹ En palabras de MANJÓN-CABEZA, el Tribunal Supremo “ha consagrado la seguridad jurídica del exceso y de la desproporción”, en “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1281.

¹¹³⁰ Con todo, y pese a las críticas, no parece que esta tesis vaya a ser modificada. Entre otras razones, porque la desproporción a la que podría conducir la excesiva penalidad que prevé el tipo básico del artículo 368 de Código penal ha quedado mitigada con la introducción de un tipo atenuado por la Ley Orgánica 5/2010, de reforma del Código penal. Así pues, los casos de “menudeo” seguirán considerándose típicos, pero probablemente se castigarán con las penas previstas para el tipo privilegiado. Así lo confirma, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1281.

¹¹³¹ Serían supuestos en los que operaría el principio de insignificancia: cuando existiendo objeto material, la conducta sin embargo no comporta un peligro para la salud pública, al ser dosis individuales e indivisibles. En este sentido, a favor de la aplicación de la insignificancia como principio interpretativo, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, cit., págs. 81-86 y 93. De acuerdo con ella, LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 317. En referencia al delito de tráfico de drogas como delito de peligro común, señala BACIGALUPO que “si se considerara suficiente con que el peligro se concretara en relación a un solo individuo de la especie protegida para tener por acreditado el peligro común, el delito se convertiría en un delito de peligro individual que no tendría sino el carácter de colaboración en una autolesión”. A su juicio, el merecimiento de pena, desde este punto de vista, sería seriamente dudoso, en “Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas (art. 344)”, COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, pág. 96. Para CÓRDOBA RODA, esta hipótesis integraría un acto de participación en una conducta atípica como es el consumo, en “El delito de tráfico de drogas”, *Estudios penales y criminológicos*, IV, Cursos y congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981, pág. 28. En contra de tales afirmaciones, REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 Bis a)”, cit., pág. 63.

interpretación jurisprudencial que acoge los actos de suministro individual sin peligro de expansión en el artículo 368 del Código penal. Con este escenario, podría plantearse la posibilidad de que los tribunales otorguen preferencia a este último, bien por el principio de consunción, bien por el de alternatividad. Sin embargo, a mi juicio, la solución debería ser distinta a la que procede en los supuestos en que, además de un peligro para un deportista, se constata la existencia de riesgo para una generalidad.

En particular, opino que el conflicto normativo entre los artículos 362 quinquies y 368 del Código penal no habría de solventarse en estas ocasiones dando preeminencia a este último precepto, sino a la norma que castiga conductas relativas al dopaje, por aplicación del principio de especialidad. El carácter especial del artículo 362 quinquies vendría dado, precisamente, por ser más específico en atención al peligro típico que demanda, que ha de limitarse a un deportista. El requisito de que la norma especial ha de cumplir simultáneamente los presupuestos de la general no supondría un obstáculo para la invocación de esta regla pues, conforme a la tendencia jurisprudencial referida, el ilícito del artículo 368 del Código penal alcanza también a las hipótesis de peligro circunscrito en todos los casos de venta (sea o no el destinatario consumidor) y en los de cesión gratuita si se trata de un individuo no iniciado en el mundo de la droga. Así pues, la infracción del artículo 362 quinquies del Código penal sería la ley especial, al prever específicamente la actuación penal cuando el sujeto pasivo de la acción es un deportista y falta un verdadero riesgo para la salud de una pluralidad indeterminada de personas¹¹³².

Con todo, me parece conveniente reiterar que, desde mi punto de vista, no es correcto partir de que en estos supuestos existe un solapamiento de peligros sobre la base de entender que el artículo 368 del Código penal sanciona asimismo riesgos exclusivamente individuales. Por más que el Tribunal Supremo secunde que los suministros individuales de drogas en cantidades escasas pero superiores a la dosis mínima psicoactiva quedan comprendidos en este último ilícito, creo que las situaciones de exclusivo peligro individual quedan fuera del alcance del artículo 368 del Código penal, pues la estructura que lo caracteriza es únicamente de peligro general. Considero, por tanto, que este argumento tiene entidad suficiente para excluir directamente la posibilidad de subsunción bajo la delito de tráfico de drogas. Ello no significa, como he

¹¹³² En este sentido, afirman DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLA que “no es axiológicamente tan descabellado optar por castigar por el artículo 361 bis cuando el autor se limita a administrar a deportistas concretos aquella sustancia (en referencia a la droga), siempre que haya aislado el peligro para la salud de otros deportistas o de terceros”, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 283.

anticipado, que esté de acuerdo con la aplicación del tipo de dopaje en estos casos, pero a ello aboca el principio de legalidad y, me parece la solución menos mala frente a la posibilidad de sancionar por el artículo 368 del Código penal.

Por lo demás, podrían alegarse otras razones para fundamentar la prevalencia de la figura de dopaje en el caso de que se considerase la posibilidad de calificar el hecho con arreglo a los dos preceptos en juego: la primera, que desde un punto de vista subjetivo entiendo que estas conductas no encajan con el dolo requerido para ser encuadradas bajo la infracción del artículo 368 del Código penal, aun cuando los tribunales sostengan interpretaciones muy flexibles al respecto. En mi opinión, y en correspondencia con el injusto típico característico, en el delito relativo a drogas tóxicas el dolo debe abarcar, al menos, el conocimiento y la aceptación de que la conducta puede favorecer la difusión indiscriminada de la droga. En las hipótesis que se examinan, sin embargo, parece obvio que el dolo del sujeto no alcanza este extremo, sino que más bien integra la vertiente subjetiva que caracteriza al delito de dopaje.

La segunda, que se alcanzaría una solución más acorde (en parte) con el principio de proporcionalidad que a la que conduciría el apreciar el artículo 368 del Código penal. Aunque con la incorporación de la modalidad atenuada a través de la reforma efectuada por la Ley Orgánica 5/2010 la severidad punitiva podría quedar reducida, la aplicación preferente del delito de dopaje supondría una minoración significativa de la sanción penal en algunos casos. Me refiero a aquellos en los que el objeto material fuese una droga “dura” como la cocaína o las anfetaminas (la pena de prisión se extendería desde los seis meses a los dos años, frente al marco de un año y medio a tres años menos un día que comportaría el castigo a través del segundo párrafo del art. 368 Cp). No obstante, es preciso señalar que persistiría la desproporción en sentido inverso pues, de tratarse de una droga “blanda”, como el cannabis, la pena prevista en el artículo 362 quinquies superaría el límite máximo del marco penal a que conduciría la apreciación del tipo privilegiado de drogas (prisión de dos años, frente a un año menos un día). Esta última consecuencia, a mi modo de ver, constituye un desajuste fruto de la imprevisión del legislador que, quizás irreflexivamente, ha establecido en el artículo 362 quinquies una misma pena con independencia del grado de toxicidad de la sustancia dopante que se suministre. En cualquier caso, creo que podría compartirse sin dificultad la idea de que socialmente no son comparables la gravedad de conductas que se dirigen a expandir un peligro de extensión indeterminada, que expone a la colectividad, y la gravedad de

aquellos comportamientos que amenazan la salud de un solo individuo que, además, puede desear libremente poner en peligro su vida o su salud.

La tercera razón para optar por la infracción del artículo 362 quinquies del Código penal frente a la del artículo 368 ante la orientación de las resoluciones judiciales expresada es que con ella se propiciaría una intervención penal algo más coherente y respetuosa con los principios de responsabilidad por el hecho, de culpabilidad y de lesividad.

Como he indicado, esto no significa en absoluto que opine que esta solución sea satisfactoria, pero es la que resulta si se respeta el principio de vigencia. A mi juicio, la figura de dopaje no deja de ser una muestra de paternalismo estatal injustificado cuando es el propio sujeto pasivo el que consiente válidamente ponerse en peligro y, por ello, debería replantearse la sanción de estos hechos¹¹³³. Asimismo, es preciso insistir en la importante disfunción que provoca su inclusión junto al ilícito de tráfico de drogas pues, de un lado, si se parte de la tesis jurisprudencial que reconduce los supuestos de exclusivo peligro circunscrito al artículo 368 del Código penal y se aplica la regla de la especialidad para solventar el conflicto normativo, se privilegiaría inexplicablemente al autor si el destinatario de la droga fuese un deportista; y, de otro lado, si como sostengo, el artículo 368 no alcanza a los supuestos de peligro individual sin trascendencia a terceros, resulta que la conclusión sería la contraria, pues la conducta se sancionaría solo en caso de ser el receptor de la droga un deportista, quedando excluida la punición por atipicidad si el afectado no puede quedar comprendido en el círculo de sujetos pasivos del artículo 362 quinquies del Código penal. De este modo, sea cual sea el enfoque, entiendo que se produce inevitablemente una afectación de los principios de igualdad y de proporcionalidad.

Por último, podría encontrarse apoyo para esta solución en el tratamiento que estas situaciones de peligro circunscrito han recibido por un sector minoritario de la jurisprudencia¹¹³⁴ así como en la fuerte oposición doctrinal a castigar por el tipo relativo a drogas tóxicas cuando no quede probado que ha habido un potencial peligro para

¹¹³³ Sobre ello, véanse *supra* págs. 151 y ss.

¹¹³⁴ Concretamente, las sentencias del Tribunal Supremo que en el pasado han absuelto en estos casos y alguna resolución en este sentido posterior al Informe del Instituto Nacional de Toxicología (STS 272/2004, de 5 de marzo). Además, es llamativa la presencia de votos particulares en algunas resoluciones condenatorias que ponen de manifiesto que el castigo del “menudeo” por encima de la dosis mínima psicoactiva no es una cuestión pacífica en absoluto. Realiza un estudio detallado de toda esta jurisprudencia MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I), cit., pág. 1278-1282; *id.*, “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, cit., págs. 51-57.

terceros, que ha estado presente un riesgo de difusión¹¹³⁵. En este sentido, se ha afirmado que para castigar los actos de suministro individual sería preciso crear un tipo penal nuevo, lo que supondría pasar de un bien jurídico colectivo a uno individual¹¹³⁶. A mi modo de ver, esto es lo que ha ocurrido con la introducción en el Código penal del injusto de dopaje con la salvedad de que, a mi entender, no se ha producido un cambio en el bien jurídico tutelado, que en ambos casos es la salud individual. Se ha venido a construir un delito novedoso, limitado a la esfera deportiva, que viene a extender la intervención penal a aquellas actuaciones que no alcanzan a crear un peligro abierto, para una pluralidad indeterminada de personas, sino un riesgo cierto para la salud individual de un deportista sin que conste un dolo de lesión¹¹³⁷. El aspecto criticable es que esta decisión político-criminal de penalizar puestas en peligro individuales se ha tomado solo en relación con sujetos que reúnen la condición de deportistas, lo que provoca incoherencias punitivas difíciles de explicar.

En definitiva, conforme a lo expuesto, sostengo que la relación concursal entre la infracción de dopaje y la de drogas tóxicas puede resolverse de un modo diverso en función de la clase de riesgo que genere la acción del sujeto activo. Así, la regla aplicable será la de la consunción a favor de la norma del artículo 368 del Código penal cuando, concurriendo el dolo requerido, simultáneamente se cree un peligro efectivo para el deportista y la conducta sea idónea para fomentar el consumo ilegal de sustancias nocivas para la salud de la generalidad; esto es, suponga un verdadero y no un presunto peligro general. Si, en atención al comportamiento realizado, se constata

¹¹³⁵ En esta dirección, JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, cit., pág. 144; LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, cit., pág. 317; MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, cit., págs. 1556-1557 y 1559-1560; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, cit., pág. 93; MORALES GARCÍA, O., “Art. 368”, cit., pág. 937; SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Artículo 368”, cit., págs. 416-418; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 648. En relación con un supuesto específico de dopaje, CORTÉS BECHIARELLI se alinea con la postura sostenida por MANJÓN-CABEZA en el sentido de excluir la aplicación del delito de drogas tóxicas si no hay afectación del bien jurídico. Así, considera que la intervención penal no está suficientemente justificada en el caso del médico del equipo que suministra una determinada droga al deportista para aumentar sus capacidades físicas o para modificar los resultados de las competiciones, en *El delito de dopaje*, cit., págs. 124-125.

¹¹³⁶ MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, cit., pág. 99. Interesa destacar que esta autora señalaba en 2003 que la hipotética creación de un tipo así, por su cercanía con los delitos de lesiones, encontraría un escollo difícilmente salvable por la presencia del consentimiento salvo que se le negase todo valor como causa de atipicidad, lo que es perfectamente trasladable al delito de dopaje. No obstante, indicaba también que podría cumplir una función importante cuando se tratase de menores o incapaces.

¹¹³⁷ Conviene recordar que el injusto de dopaje requiere un dolo de peligro, pero no un dolo de lesionar o matar. Si así fuera, la presencia de un *animus laedendi* o, incluso, de un *animus necandi*, determinaría la aplicación de la figura dolosa correspondiente. En el fondo, como ya se ha comentado, no puede descartarse la idea de que se trate de castigar tentativas imprudentes de lesión del bien jurídico, consideradas tradicionalmente impunes.

que solo ha habido peligro para un solo individuo, sin posibilidad de alcanzar a un colectivo inconcreto de personas, deberá apreciarse la figura de dopaje.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

La constatación de que algunas sustancias prohibidas en el deporte por sus cualidades dopantes pueden ser drogas tóxicas explica que, además del delito de dopaje, se valore qué papel puede desempeñar el ilícito relativo a estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Presupuesto que a los efectos de considerar estas figuras es indiferente cuál sea la presentación externa de la droga, ha quedado acreditado que en ocasiones aparecen en suplementos nutricionales para deportistas que circulan en el mercado alimentario. Al respecto, el concepto de droga y la concreción de su contenido suscita algunos problemas. Así, si se atiende a la interpretación que secunda la jurisprudencia, que considera obligado en este ámbito el sometimiento a la normativa internacional y nacional, se observan lagunas de punibilidad cuando se trata de drogas de nueva creación, al no aparecer relacionadas en las listas vinculantes que catalogan los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas. Precisamente, por lo que se refiere a los suplementos deportivos, se aprecia una cierta preocupación que ha motivado la intervención de las agencias que velan por la seguridad de los medicamentos, de los alimentos y, también, por la salud de los deportistas. Ello se debe a que se han detectado, a través de denuncias de sujetos que han visto afectada negativamente su salud, numerosos productos teóricamente alimenticios y destinados al ámbito deportivo que contienen elementos análogos a las anfetaminas no incluidos en los listados mencionados. Estos compuestos se vienen distribuyendo principalmente a través de Internet y no solo en España, sino también en el resto de Europa y en los Estados Unidos. Sin pretensiones alarmistas, lo cierto es que el alcance desorbitado que pueden tener estos preparados, favorecido por el medio virtual utilizado para su propagación y por el formato aparentemente inocuo con que se comercializan, aconseja detenerse a reflexionar sobre el concepto de droga que debe manejarse en el orden penal. Por ello, y en tanto pueda concluirse que constituyen un verdadero peligro para la salud, sería oportuno replantearse nociones más flexibles, presididas por la finalidad última de tutelar la salud de la colectividad que, sin despreciar la normativa extrapenal, atiendan a consideraciones médico-farmacológicas y de toxicidad.

Con todo, la principal problemática respecto a estas sustancias reside en conjugar la presencia en nuestro ordenamiento penal de las infracciones de dopaje y de tráfico de drogas, lo que ha sido abordado por la doctrina desde posiciones muy diversas. A mi juicio, un estudio adecuado de las relaciones entre estas normas ha de partir necesariamente de la configuración del peligro típico en cada una de ellas. Ello lleva a tomar en consideración la distinta naturaleza de los delitos en juego, que condiciona ámbitos de protección de la salud diferentes. De este modo, hay que insistir en que el delito del artículo 362 quinquies del Código penal presenta la estructura propia de un delito de peligro individual, frente a la de peligro general que caracteriza al injusto relativo a drogas tóxicas. Si bien a través de este último se persigue evitar la difusión de sustancias peligrosas entre una pluralidad de personas indeterminadas, aquél busca impedir que se exponga a riesgo la salud de un deportista concreto, sancionando aunque se aísle de la probabilidad de daño a otros deportistas o a terceros. Por tanto, a partir de este enfoque, ante un solapamiento de objetos materiales y conductas, procede detenerse en los grupos de casos que pueden ser objeto de enjuiciamiento.

En primer lugar, de acuerdo con lo expuesto, la regla de la consunción será la aplicable para dirimir el conflicto cuando se trate de hipótesis de peligro abierto en las que, además de existir peligro para la salud de un deportista, se provoque un riesgo para la salud de un colectivo inconcreto, capaz de afectar a varios e indeterminados sujetos no previamente elegidos. En estas ocasiones la norma prevalente será la relativa a drogas tóxicas, por ser la que abarca completamente el desvalor del hecho.

En segundo lugar, en los supuestos de peligro circunscrito a un deportista, no extensible a terceros, el criterio de la especialidad llevará a apreciar el delito de dopaje. En este punto, hay que poner de manifiesto que en la praxis judicial predomina una controvertida tendencia que, cuando se trata de cantidades de droga muy reducidas, subsume bajo el ilícito relativo a estupefacientes y psicotrópicos las ventas individuales y las donaciones o invitaciones a un sujeto no consumidor, aunque no exista peligro de difusión. Con ella, se viene a admitir por tanto que el artículo 368 del Código penal alcanza a sancionar supuestos en los que se genera un exclusivo peligro individual, lo que parece incoherente con la naturaleza jurídica que presenta el injusto. Sin embargo, puede concluirse que la previsión del tipo más específico que sanciona la creación de un peligro individual en el ámbito deportivo determina su aplicación preferente. Pese a ello, es preciso poner de relieve que aun cuando esta opción puede resultar más proporcionada desde un punto de vista penológico frente a la posibilidad de aplicar la

infracción sobre drogas tóxicas, plantea disfunciones importantes derivadas de la condición del sujeto pasivo de la acción que son difícilmente justificables.



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

SECCIÓN QUINTA: LOS DELITOS RELATIVOS A SUSTANCIAS NOCIVAS Y PRODUCTOS QUÍMICOS QUE PUEDAN CAUSAR ESTRAGOS

I. INTRODUCCIÓN

El análisis realizado a lo largo de este capítulo ha permitido poner de manifiesto algunas de las posibilidades que ofrecen los delitos sobre medicamentos, los de fraude alimentario y los relativos a drogas tóxicas en orden a dar respuesta a los supuestos en que eventualmente se produzca una situación de peligro general para la salud a través de preparados alimenticios que contengan sustancias prohibidas en el deporte.

Queda pendiente, no obstante, explorar la operatividad que en este contexto quepa atribuir a las infracciones que versan sobre sustancias nocivas y productos químicos que puedan causar estragos. Aunque el Código penal dedica a estos objetos dos preceptos, los artículos 359 y 360, voy a centrar mi atención en el primero de ellos. No entraré a valorar el artículo 360 dado que en él se tipifican conductas de despacho o suministro de las sustancias nocivas o productos referidos en el artículo 359, sin cumplir formalidades legales, en las que el sujeto activo ha de hallarse autorizado para su tráfico, por lo que las hipótesis que estoy analizando no serían subsumibles bajo tal tipo penal. En efecto, teniendo en cuenta que la clase de objetos en estudio son suplementos alimenticios que contienen en su composición elementos dopantes que los convierten en un peligro para la salud, puede afirmarse *a priori* que el sujeto que los despacha o suministra no se encuentra autorizado para su tráfico, como explicaré luego.

Sentado lo anterior, hay que tener presente como punto de partida que el artículo 359 del Código penal es considerado unánimemente una figura residual o de recogida, aplicable cuando no exista un precepto más específico que pueda albergar el hecho punible. En consonancia con ello, se afirma que su objeto material excluye a los que se contemplan en los restantes ilícitos que se recogen en el capítulo de los delitos contra la salud pública (medicamentos, sustancias dopantes, productos alimentarios, drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas), así como a los materiales radiactivos a que se refiere el artículo 345 del mismo texto legal.

Pues bien, desde este planteamiento previo, considero que es posible que en alguna ocasión sea necesario evaluar la opción de recurrir al artículo 359 del Código penal para sancionar algunos comportamientos ilícitos que recaigan sobre suplementos deportivos dopantes, dada la naturaleza controvertida de estos compuestos y a la vista de los límites que he precisado en relación con el alcance de las infracciones ya estudiadas. En particular, cabe imaginar casos en los que la acción no pueda encuadrarse en los tipos relativos a medicamentos o de fraudes alimentarios por ausencia de algún elemento que haga imposible su sanción a través de los mismos. Por ejemplo, el escenario en el que un particular generase un riesgo para la salud mediante la distribución en el mercado alimentario de complementos alimenticios a los que un tercero hubiese añadido sustancias dopantes y que se pudiesen en circulación sin referencia alguna a propiedades terapéuticas, como simples compuestos nutricionales. De un lado, de acuerdo con las conclusiones expuestas más arriba, los injustos sobre medicamentos no tendrían capacidad para abarcar el hecho, por tratarse de preparados destinados a la esfera de la nutrición con una presentación absolutamente desvinculada del ámbito propio del fármaco, el de la prevención y el tratamiento de enfermedades; de otro lado, la laguna de punibilidad ya vista a que da lugar la deficiente construcción de los delitos de fraude alimentario impide acoger los supuestos en que el sujeto activo es un particular que no ha adulterado por sí mismo el producto alimentario de que se trate (por ser el art. 363 Cp un delito especial y limitarse el tipo común previsto en el art. 364 Cp a castigar comportamientos de *creación de nocividad*, pero no de *expendición de nocividad*).

Asimismo, cuando el suplemento nutricional contiene alguna droga tóxica no catalogada en las listas anexas a los Convenios internacionales en la materia ratificados por España y las normas de carácter interno que las complementan, hemos visto que los tribunales declaran la atipicidad respecto del artículo 368 del Código penal.

Así pues, parece necesario dilucidar la función que puede desempeñar el artículo 359 del Código penal en este ámbito. La inadmisión de su aplicación podría llevar a la impunidad de actuaciones que merezcan la intervención del Derecho penal para proteger el bien jurídico salud pública.

El obstáculo fundamental en esta tarea reside en delimitar el contenido del objeto material: el precepto se refiere a sustancias nocivas y productos químicos que puedan causar estragos. Y aunque en principio hay acuerdo en que no son medicamentos, ni sustancias dopantes, ni alimentos, ni drogas, sin embargo, dada la amplitud que cabe atribuir al concepto de sustancia nociva, es importante concretar si presenta capacidad

para acoger preparados dopantes que simultáneamente podrían constituir los objetos materiales de algunas de las infracciones sobre medicamentos, fraudes alimentarios o drogas tóxicas.

Del mismo modo, otro aspecto que hay que examinar, como he anticipado, es el de si, en el caso de admitir que estos suplementos nutricionales dopantes puedan conformar el elemento típico “sustancia nociva”, estaríamos ante supuestos de elaboración, despacho, suministro o comercio sin la “debida autorización”.

En consecuencia, con el fin de valorar si, en última instancia, el artículo 359 del Código penal puede ser la vía para sancionar actuaciones relativas a los compuestos sobre los que versa esta parte del trabajo realizaré, en primer lugar unas consideraciones generales sobre la figura penal y, en segundo lugar, focalizaré el análisis en el objeto material y en la falta de la autorización debida que exige la descripción típica.

II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ARTÍCULO 359 DEL CÓDIGO PENAL

El tenor literal del artículo 359 del Código penal establece:

“El que, sin hallarse debidamente autorizado, elabore sustancias nocivas para la salud o productos químicos que puedan causar estragos, o los despache o suministre, o comercie con ellos, será castigado con la pena 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”.

La infracción, con la que comienza el capítulo relativo a los delitos contra la salud pública, se construye en torno a una serie de comportamientos que han de recaer sobre sustancias y productos que pueden causar daños a la salud de las personas y cuya licitud depende de la existencia de una autorización administrativa preceptiva. Precisamente, la falta de este requisito formal, que constituye una garantía de la seguridad de tales objetos y sirve a la protección de la salud de los ciudadanos, constituye un presupuesto necesario al que se supedita la actuación penal. De este modo, el alcance del precepto queda condicionado, como así ha sido históricamente, a la ingente y cambiante normativa extrapenal, a la que hay que acudir para determinar cuáles son las sustancias

nocivas y productos químicos cuya elaboración o transmisión se sujetan a autorización por parte de las instancias competentes¹¹³⁸.

Por lo que respecta al bien jurídico tutelado, se secunda unánimemente que es la salud pública, aunque también se pone de relieve que la referencia a los productos químicos que pueden causar estragos apunta indirectamente a la salvaguarda de otros intereses que pueden verse afectados por su tráfico ilícito, como la propiedad o el medio ambiente¹¹³⁹.

A la vista del valor que se trata de preservar y de las conductas tipificadas, el injusto se conforma como un delito de peligro, que anticipa la consumación a estadios anteriores a la lesión de la salud. Ahora bien, a la hora de calificar la clase de peligro exigido, tan solo existe acuerdo en que el tipo no requiere la puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido ni, por tanto, la producción de un resultado (de peligro) que haya de ser probado fehacientemente. A partir de esta certeza, se observa que coexisten posiciones más o menos matizadas que defienden el carácter abstracto del peligro con otras que califican la infracción como de peligro abstracto-concreto, de peligro hipotético o de aptitud¹¹⁴⁰. Ciertamente, podría considerarse que la sola falta de

¹¹³⁸ Consideran que en este sentido el precepto se configura como una norma penal en blanco, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 329; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1358; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., cit., pág. 578; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1060; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 569; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 600. De ley penal parcialmente en blanco la califica CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, cit., pág. 1523. Por su parte, ROSO CAÑADILLAS matiza que en términos absolutos no estamos ante una ley estricta y totalmente en blanco porque describe los elementos esenciales de la conducta típica y cumple los requisitos y los principios limitadores del Derecho penal. Por ello, precisa que quizás sería más correcto denominarla como una “ley penal remisoría”, para distinguirla de aquellas que remiten a otras leyes o reglamentos pero que no cumplen con las exigencias de precisión y necesidad, que son las que a su juicio deberían tildarse con la carga negativa que conlleva la expresión “ley penal en blanco”, en “Artículo 359”, COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 55-57. Declara que se trata de una norma penal abierta, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 593.

¹¹³⁹ GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1432. Este autor señala que no es casual que incluso se haya considerado como un tipo básico tutelador del medio ambiente.

¹¹⁴⁰ Declaran que la naturaleza de la infracción es de peligro abstracto, ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 359”, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, pág. 789 (que consideran que el legislador ha optado por configurar delitos de peligro abstracto en los que la sola falta de autorización supone la creación del riesgo de lesión para el bien jurídico); BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículo 359”, en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pág. 1650; LÓPEZ FERRER, P., “Artículo 359”, en MORALES GARCÍA, O. (Dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, Cizur Menor, 2015, pág. 931; ORTS BERENGUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., cit., pág. 578; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1060 (que lo define como un delito formal de desobediencia); RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 605; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 569. CORCOY BIDASOLO ratifica que está configurado como un delito de peligro abstracto pero incide en que es necesario que, en el caso concreto, la realización de la conducta típica haya supuesto un riesgo *ex ante* para la vida o la salud de las personas, en “Arts. 359-367”, *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., págs. 1236 y 1238. Asimismo, afirman que la figura es de peligro abstracto, pero

autorización a la que se refiere el enunciado normativo supone la creación de un riesgo lesivo para el bien jurídico y que para la aplicación del delito es suficiente con realizar el comportamiento que se tipifica porque se considera peligroso en general. Sin embargo, aunque el precepto no demanda expresamente que se genere un peligro, creo que la descripción típica conduce a exigir la idoneidad o aptitud de la conducta para producir el daño, por las alusiones legales a que se trate de sustancias *nocivas* o de productos químicos que *puedan causar estragos*. Así pues, considero que no será suficiente con elaborar una sustancia nociva sin autorización, sino que será preciso comprobar que la acción realizada era idónea para crear un riesgo para la salud de las personas. De lo contrario, en mi opinión, se incumpliría con el principio de lesividad o de ofensividad material de bienes jurídicos y se procedería a adelantar injustificadamente la intervención penal, castigando comportamientos que deberían quedar reservados al ámbito de la infracción administrativa.

En general hay consenso en que se trata de un delito común, del que puede ser sujeto activo cualquier persona, aun cuando el tipo prevé una pena de inhabilitación para profesión u oficio¹¹⁴¹. Justamente en este sentido, la referencia a que no se halle debidamente autorizado apoya esta interpretación, pues incluye tanto al profesional que actúa al margen de la autorización de la que es titular, como al no profesional que realiza la acción típica sin contar en absoluto con el permiso oficial. No obstante, hay que poner de relieve que alguna resolución jurisprudencial insiste en la naturaleza especial del ilícito, por considerar que el precepto reclama una actividad legal de comercio y, por tanto, que concurra la condición de comerciante en el autor¹¹⁴².

matizan que la conducta ha de presentar una aptitud para poner en peligro la salud, GARCÍA ALBERO R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1432; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, pág. 36. En este sentido, exigiendo la idoneidad referida encuadran el ilícito, en la categoría de los delitos de peligro hipotético, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 329; y en la de los delitos de peligro abstracto-concreto, ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 46. Por su parte, MUÑOZ CONDE indica que aunque el precepto no exige la puesta en peligro de la salud en sentido colectivo, el hecho de que haya de tratarse de sustancias nocivas o que puedan causar estragos incorpora un elemento de peligrosidad que aleja al artículo 359 del Código penal de los delitos de peligro abstracto y, con ello de la mera infracción administrativa, en *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 555. Por lo que se refiere a la jurisprudencia, en general se sostiene que tanto el artículo 359 como el 360, ambos del Código penal, son injustos de peligro abstracto o potencial. Al respecto, véanse la STS 1207/2004, de 11 de octubre; SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril; AAP Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre.

¹¹⁴¹ Así, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 328; CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1238; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 607; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 76; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 37; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 569.

¹¹⁴² Al respecto, véase la SJP nº5 Getafe 288/2014, de 30 de septiembre, que cita al efecto la SAP Madrid 212/2010, de 26 de mayo y la SAP Barcelona 204/2012, de 5 de marzo. En esta sentencia se descartó la aplicación del artículo 359 del Código penal a un sujeto que ofreció a otros cuatro, en el transcurso de una fiesta “rave”, una infusión que había preparado con estramonio, una planta con efectos alucinógenos y altamente tóxica en función de la dosis

Las modalidades de conducta que describe la formulación típica abarcan desde la producción de las sustancias nocivas o los productos químicos hasta su puesta a disposición de los consumidores o usuarios. En particular, se recogen varias acciones que configuran un tipo mixto alternativo, de modo que se apreciará un solo delito tanto si el sujeto realiza una, varias o todas ellas¹¹⁴³. Pueden agruparse en dos bloques: por un lado, la elaboración; y, por otro lado, el despacho, el suministro y la comercialización.

En lo que concierne a la primera, se identifica con la fabricación o la producción del objeto material¹¹⁴⁴. Significativamente, y a diferencia de lo que se preveía en la regulación anterior a 1995 (art. 341 Cp 1973)¹¹⁴⁵, el tenor literal ya no exige que la elaboración de las sustancias o productos se dirija a su expendición posterior. Esta ausencia, por consiguiente, implica que para apreciar el delito no es preciso que quede acreditada una intención de destinarlas al público¹¹⁴⁶. En este sentido, entiendo que la supresión del elemento subjetivo no ha sido aleatoria, aunque pueda parecer coherente interpretar que esa deba ser la orientación de la conducta y así será normalmente. Más bien, creo que podría responder a un interés en hacer mas efectivo el tipo, obviando los problemas de prueba que conllevaría verificar en el procedimiento que el sujeto elaboró las sustancias con intención de expenderlas¹¹⁴⁷.

Por lo que se refiere al segundo bloque de conductas típicas, se critica la deficiente técnica legislativa empleada¹¹⁴⁸, por la estrecha conexión semántica entre los tres verbos, que pueden solaparse y complicar la interpretación, llegándose incluso a

ingerida. En su argumentación, el juez señala que el tipo exige una actividad legal de comercio que se utilice para la venta de los productos nocivos. Sobre esta base, afirma que solo se aplica cuando el sujeto activo es comerciante o en el contexto del comercio al por mayor y excluye del ámbito de la tipicidad las conductas de venta esporádicas entre particulares por lo que, en consecuencia, absuelve del ilícito contra la salud pública al tratarse de un acto aislado realizado por un particular. Estoy de acuerdo en que apreciar el delito ante un acto aislado y esporádico sería incorrecto, pero creo que la razón de que en estos supuestos se declare la atipicidad no es la condición de no profesional del sujeto activo, sino la de que en ellos no cabe hablar de la creación del peligro general para una pluralidad indeterminada de personas que caracteriza a esta infracción.

¹¹⁴³ De esta opinión, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., págs. 58, 81-82; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 31; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 570.

¹¹⁴⁴ RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 29.

¹¹⁴⁵ Este artículo disponía: “El que sin hallarse autorizado elaborare sustancias nocivas a la salud, o productos químicos que puedan causar estragos, para expenderlos, o los despachare o vendiere, o comerciare con ellos, será castigado con las penas de prisión menor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas”.

¹¹⁴⁶ No hay acuerdo en la doctrina respecto a si ha de exigirse la intención de expender que requería el anterior artículo 341 del Código penal, precedente inmediato del artículo 359 del mismo texto legal. Así, se pronuncian a favor de interpretar que la conducta de elaboración debe estar dirigida a la expendición posterior, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 329; CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, cit., pág. 1522. Mayoritariamente, sin embargo, se descarta que el comportamiento típico se halle limitado por la exigencia del ánimo específico de expender o traficar. Al respecto, véanse BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículo 359”, cit., pág. 1649; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 555; QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1060; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 59; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 29.

¹¹⁴⁷ Como afirma ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 59.

¹¹⁴⁸ QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059.

proponer de *lege ferenda* que se reduzcan a “suministrar”¹¹⁴⁹. En particular, el DRAE define “despachar” como “vender un género o mercancía”¹¹⁵⁰; “suministrar”, como “proveer a alguien de algo que necesita”¹¹⁵¹; y, “comerciar”, como “dedicarse a la compraventa o el intercambio de bienes o servicios”¹¹⁵². Se observa pues, que todos los comportamientos presentan en común el constituir acciones de entrega y que a efectos de apreciar la figura penal será indiferente que estas sean de carácter oneroso o gratuito. De ahí que se insista en la doctrina en que no es preciso que concurra un ánimo de lucro¹¹⁵³ ni la existencia de contraprestación económica¹¹⁵⁴. Por lo demás, y pese a que algún autor las incluye, estimo que hay que huir de interpretaciones extensivas que acojan actividades como la mera tenencia destinada al tráfico, el depósito o el transporte, por constituir comportamientos alejados del suministro directo al consumidor¹¹⁵⁵.

Subjetivamente, estamos ante un tipo doloso. El dolo del sujeto activo debe abarcar tanto la ausencia de autorización como la cualidad peligrosa de la sustancia. Con carácter general, se admite la posibilidad de castigar la imprudencia grave en los supuestos de error de tipo vencible¹¹⁵⁶ sobre la nocividad de la sustancia o sobre el alcance de la autorización¹¹⁵⁷.

¹¹⁴⁹ ROMEO CASABONA, C. M., “Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?”, cit., pág. 634. De acuerdo con él, ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 60. Esta autora toma en consideración que algunos autores señalan que el verbo típico “comerciar” es el más completo, porque los sujetos activos serán tanto los que compran como los que venden o permutan, y concluye que quizás haya que mantener tanto el verbo “comerciar” como “suministrar”, dado que en el suministro se subsumen las entregas gratuitas. Sostiene que la comercialización engloba las actividades consistentes en despachar y vender, por ser más amplia, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059.

¹¹⁵⁰ Quinta acepción del DRAE (23ª ed.).

¹¹⁵¹ Esta es la única definición que proporciona el DRAE (23ª ed.).

¹¹⁵² Primera acepción del DRAE (23ª ed.).

¹¹⁵³ Confirman que no se exige la existencia de un ánimo de lucro, aunque este se de en la mayoría de los casos, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 606; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 594.

¹¹⁵⁴ CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, cit., pág. 1522, quien también rechaza la presencia de un elemento subjetivo del injusto.

¹¹⁵⁵ En este sentido, CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, cit., pág. 1522. Refrenda expresamente esta interpretación el AAP Barcelona 697/2012, de 17 de septiembre, que confirma el sobrestamiento provisional acordado por el Juzgado de Instrucción en un supuesto en que la imputada tenía en exposición para la venta en su farmacia un medicamento que había sido retirado del mercado por la AEMPS. Sin embargo, RUBIO LARA se muestra partidario de ampliar el elenco de conductas típicas, incluyendo el ofrecimiento en venta, la posesión para la comercialización, el transporte, la introducción en el comercio (que indica que supone poner en conocimiento de otros la disponibilidad de la sustancia o el producto), la exportación y la reexportación, “Artículo 359”, cit., págs. 30-31. Por lo que respecta a la tenencia para comerciar, suministrar o despachar, ROSO CAÑADILLAS opina que supone un acto preparatorio impune o, excepcionalmente, el primer acto de la tentativa, en “Artículo 359”, cit., págs. 64-65. Esta autora considera además que existe una laguna de punibilidad, concretamente porque el tipo no contempla la acción de “abandonar” las sustancias o productos especificados, que puede ser altamente peligrosa y que desde la perspectiva del artículo 359 del Código penal es atípica (pág. 61).

¹¹⁵⁶ De esta opinión, ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 359”, cit., pág. 790; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 330; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 555; RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 609; SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)”, cit., pág. 570. Asimismo, ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., págs. 57-58. Con todo, esta autora

III. EL OBJETO MATERIAL

A continuación paso a ocuparme del que es, sin duda, el aspecto que más controversia ha generado en la doctrina y la jurisprudencia: la determinación del objeto material del delito, que se integra por “sustancias nocivas” y “productos químicos que puedan causar estragos”. En esta tarea de delimitación, como veremos, se sostiene pacíficamente por la doctrina y por la jurisprudencia que estamos ante un tipo de recogida, de aplicación residual, que excluye de su ámbito de aplicación a los objetos contemplados específicamente en las otras figuras reguladas en el capítulo de los delitos contra la salud pública. No obstante, y aun cuando comparto tal afirmación con carácter general, me detendré a revisar si existe alguna posibilidad de aplicación del artículo 359 a supuestos en los que la acción recae sobre medicamentos, sustancias dopantes, alimentos o drogas tóxicas.

1. LAS “SUSTANCIAS NOCIVAS” Y LOS “PRODUCTOS QUÍMICOS QUE PUEDAN CAUSAR ESTRAGOS”

La primera cuestión que se plantea es la de fijar con carácter general la diferencia entre las “sustancias nocivas” y los “productos químicos que puedan causar estragos”. Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que “la distinción entre sustancias y productos es poco precisa porque las sustancias nocivas suelen ser, de ordinario, productos químicos, si comprendemos por lo “químico” aquello que se refiere a un compuesto molecular”¹¹⁵⁸, y ha incidido en que los estragos deben ser considerados no como grandes daños, sino como “grandes males que han de afectar a la salud pública”. Ciertamente, no parece sencillo delimitar qué es lo que diferencia a estas dos categorías.

Por lo que se refiere a las “sustancias nocivas”, se entiende que comprenden cualesquiera con aptitud para producir daños a la salud de las personas, en el sentido de que sus propiedades intrínsecas las hagan peligrosas para los usuarios o consumidores. En esta línea se pronuncia un sector de la doctrina y la jurisprudencia, señalando que los

señala que aun cuando el artículo 367 del Código penal castiga “todos” los delitos anteriores cuando se cometen de modo imprudente, en el caso del artículo 359 considera que hay razones de política criminal que podrían llevar a sostener lo contrario, aunque finalmente admite la imprudencia inconsciente (págs. 78-80).

¹¹⁵⁷ En relación con el error de tipo relativo a la autorización, varios autores consideran que cabe apreciarlo cuando el sujeto actúe en la falsa creencia de que se está autorizado. Así, ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 359”, cit., pág. 790; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 330; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 58. Otros autores amplían también el error de tipo a los supuestos de error sobre la necesidad de la autorización. En este sentido, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 555; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 37.

¹¹⁵⁸ STS 1207/2004, de 11 de octubre.

tipos descritos en los artículos 359 y 360 se refieren a sustancias o productos que sean en sí mismos peligrosos para las personas¹¹⁵⁹. No obstante, se advierte una interpretación más amplia que, con base en el concepto de alimentos nocivos que ofrece el CAE, complementa la noción de sustancia nociva acudiendo al parámetro de su utilización. Así, se admite que lo son tanto las que utilizadas con normal prudencia y conforme a las prescripciones de su preparación y empleo, o en cualquier forma que se ajuste a prácticas de elemental previsión, produzcan efectos perjudiciales en la salud de los consumidores, usuarios o terceros; como también, aquellas otras cuyo uso repetido entraña peligro para la salud¹¹⁶⁰. Esta acepción más flexible comporta que se halla llegado a afirmar expresamente que se califican como nocivas las sustancias que entrañan un peligro de gravedad limitada¹¹⁶¹, y que puede tratarse de objetos no esencialmente peligrosos si se mantienen en sus cauces habituales¹¹⁶². De este modo, se otorga una especial relevancia al uso como variable a tener en cuenta para medir la nocividad de una sustancia que no sea netamente nociva, sino solo potencialmente peligrosa. Esta tendencia de opinión encuentra reflejo asimismo en algunas resoluciones judiciales que versan sobre elementos que pueden ser o formar parte de un fármaco. En ellas, si bien se alude a que las sustancias nocivas han de ser en sí mismas peligrosas para la salud, se advierte que finalmente se atiende a la combinación de dos factores para determinar tal cualidad: la potencialidad peligrosa o nociva para la salud, y el empleo desviado de las mismas, más allá de lo que sería un uso normal acorde con sus propiedades¹¹⁶³.

¹¹⁵⁹ Así, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1238; BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículo 359”, cit., pág. 1648; DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 259; CASABONA, C. M., “Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada de los consumidores?”, cit., pág. 634. En cuanto a la jurisprudencia, entre otras, véanse la SAP Alicante 246/2001, de 8 de mayo; SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril; AAP Castellón 43/2006, de 26 de enero; AAP Madrid 307/2007, de 22 de mayo; SAP Granada 483/2007, de 16 de julio.

¹¹⁶⁰ De esta opinión, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., págs. 328-329; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1360; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1432-1433; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., págs. 68-69. Asimismo en este sentido, aunque no explica si su enfoque se basa en el concepto de alimento nocivo del CAE, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 555. Este autor sostiene que “el carácter de nocividad de una sustancia lo da tanto su composición como su uso específico”. De acuerdo con él, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 604. También acoge el criterio del Código Alimentario la SAP Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre.

¹¹⁶¹ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 604.

¹¹⁶² QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059.

¹¹⁶³ Así por ejemplo, la SAP Tarragona de 7 de enero de 2000, que condenó a unos sujetos que elaboraban, mezclaban y distribuían clenbuterol entre empresas ganaderas para la alimentación de animales, siendo que estas comercializaban sus productos para el consumo humano. En esta ocasión, se señaló que el clenbuterol es una sustancia nociva, pero el tribunal tomó en consideración la concentración que contenían los productos y remarcó que su finalidad no era terapéutica, sino engordar al ganado sin control respecto a periodos de carencia antes del sacrificio. Asimismo, la SAP Barcelona 584/2015, de 29 de junio, relativa a un caso en que se acusó por el delito

A mi modo de ver, podría ser admisible una exégesis amplia de sustancia nociva. Indudablemente, será nociva toda aquella que lo sea intrínsecamente (por ejemplo, el ácido sulfúrico), pero creo que también puede atribuírsele esta condición a objetos que contengan algún elemento que pueda serlo, pero solo en determinadas cantidades que los conviertan en peligrosos. Asimismo, si una cantidad de sustancia no es dañina con una sola aplicación o uso, entiendo que cabría calificarla como nociva si su uso repetido puede afectar negativamente a la salud de las personas.

En lo que concierne a los “productos químicos”, por un lado, mayoritariamente se interpreta que se distinguen de las sustancias nocivas por la exigencia legal de que sean aptos para producir estragos; esto es, daños de gran importancia o gravedad que pueden afectar a un gran núcleo de población¹¹⁶⁴. Desde esta perspectiva, se sostiene que “el estrago implica un daño de mayor importancia y extensión que la nocividad”¹¹⁶⁵, y se incluyen los explosivos, productos inflamables, incendiarios, asfixiantes o de naturaleza similar. No obstante, también se señala por algunos autores que la aptitud para producir grandes daños hay que referirla más bien a la capacidad para actuar sobre el entorno físico (medio ambiente, bienes muebles e inmuebles) y no tanto sobre el humano, pues en otro caso la alusión a los productos químicos sería redundante respecto de las sustancias nocivas¹¹⁶⁶. Por otro lado, junto a la corriente predominante, una postura muy

relativo a sustancias nocivas a unos sujetos que traían ketamina de la India, país que es productor legal de ketamina como medicamento anestésico, con la finalidad de comerciar ilegalmente con ella. El Tribunal excluyó la posibilidad de apreciar un delito relativo a drogas tóxicas porque en el momento de los hechos no figuraba en las listas reconocidas de psicotrópicos y declaró la nocividad de la sustancia a los efectos de aplicar el artículo 359 del Código penal, si bien insistió en que “el que solo tenga un uso hospitalario y bajo prescripción médica, pone de relieve el carácter nocivo para la salud de la sustancia cuando se hace un uso no terapéutico de la misma”. También en relación con la ketamina, la SAP Navarra 93/2005 señaló que fuera del uso hospitalario y correspondiente prescripción médica constituye una sustancia que, por sus propiedades alucinógenas, es susceptible de abuso y de un uso no terapéutico, de modo que sus efectos son contraproducentes y peligrosos cuando se toma sin control médico como droga de abuso. Así pues, concluyó que cabía calificarla como una sustancia nociva para la salud, “como podría serlo una especialidad farmacéutica cuando se toma contraproducentemente bien por su abuso, bien por ser contraindicada por sus efectos secundarios”, y volvió a reiterar que cabe considerarla sustancia nociva para la salud “cuando se toma al margen de su uso terapéutico”.

¹¹⁶⁴ ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 329; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., cit., pág. 555; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 35. Se refieren a “daños de entidad catastrófica”, BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículo 359”, cit., pág. 1649. En sentido contrario, GÓMEZ RIVERO y MONGE FERNÁNDEZ señalan que no es preciso que haya de entenderse necesariamente que han de tratarse de productos susceptibles *per se* de producir daños o destrucciones, en “Venta y manipulación ilegal de medicamentos”, cit., pág. 85.

¹¹⁶⁵ Así lo entiende, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 604, que ejemplifica la diferencia señalando como supuestos de producción de estragos causar un incendio, una nube tóxica o la contaminación de un embalse de agua potable. Por su parte DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLÓ consideran que la “nocividad” debe interpretarse en sentido amplio, como “cualidad de dañoso”, frente a la capacidad para causar estragos, que definen como la aptitud para ocasionar “grandes males que han de afectar a la salud pública”, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 259.

¹¹⁶⁶ En este sentido, QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059; GARCÍA ALBERO R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1434. Este autor pone de relieve, no obstante, que desde este entendimiento la inserción sistemática de los productos químicos que puedan causar estragos como objeto material del artículo 359 del Código penal resulta incomprensible. Asimismo, subraya el efecto distorsionador que se produce en relación con el artículo 348 (delito de estragos), por el solapamiento de objetos

minoritaria propugna extender a ambos objetos la exigencia de que sean idóneos para causar estragos, entre otras razones porque de no ser así se ocasionaría un desequilibrio, ya que se demandaría más en el caso de los productos que en el de las sustancias en perjuicio del principio de fragmentariedad y de *ultima ratio*. De este modo, se secunda que la ley penal basa la distinción en la que establecen las leyes administrativas específicas y especializadas que diferencian ambas clases de objetos, concretamente en el Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas. Esta norma, que ha sido objeto de modificaciones posteriores¹¹⁶⁷, define como “sustancia” “un elemento químico y sus compuestos naturales o los obtenidos por algún proceso industrial, incluidos los aditivos necesarios para conservar su estabilidad y las impurezas que inevitablemente produzca el proceso, con exclusión de todos los disolventes que puedan separarse sin afectar a la estabilidad de la sustancia ni modificar su composición”; y, como “preparado” a “una mezcla o solución compuesta por dos o más sustancias”. En consecuencia, se afirma que la diferencia entre sustancia y producto químico es primariamente científica y no jurídica, y que una y otro pueden ser explosivos, comburentes, extremadamente inflamables, fácilmente inflamables, muy tóxicos, tóxicos, nocivos, corrosivos, irritantes, sensibilizantes, carcinógenos, mutágenos, tóxicos para la reproducción y peligrosos para el medio ambiente, de acuerdo con la enumeración que contiene el Real Decreto citado (art. 2.2)¹¹⁶⁸.

En mi opinión, no es descabellado interpretar que la nocividad que la ley vincula a las sustancias puede dar cabida a algunas que no sean susceptibles de provocar estragos en el sentido referido anteriormente. Es cierto que si se quiere proporcionar coherencia interna al precepto lo más razonable sería demandar que tal característica haya de predicarse de ambas clases de objetos, lo que además sería más acorde con las exigencias del principio de lesividad y de proporcionalidad. Sin embargo, puede tomarse en consideración la posibilidad de que no sea así. Primero, porque la dicción

materiales y la distinta exigencia de peligro que conforma la estructura típica de cada figura. Al respecto, señala ROSO CAÑADILLAS que aunque el objeto del delito es el mismo en ambas figuras, se diferencian en que los bienes jurídicos protegidos son distintos y la técnica de tipificación es también diversa. En su opinión, pese a que el delito de peligro concreto (el del art. 348 Cp) tenga mayor desvalor del resultado frente al delito de peligro abstracto (el recogido en el art. 359 Cp), este último presenta un mayor desvalor de la acción que cumple una función compensatoria, en “Artículo 359”, cit., págs. 86-87.

¹¹⁶⁷ Principalmente a través del Real Decreto 1802/2008, de 3 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento sobre notificación de sustancias nuevas y clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aprobado por Real Decreto 363/1995, de 10 de marzo, con la finalidad de adaptar sus disposiciones al Reglamento; y del Real Decreto 717/2010, de 28 de mayo.

¹¹⁶⁸ Así lo interpreta ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., págs. 65-66 y 72-74. Parecen entender que la capacidad para causar estragos se predica tanto de las sustancias como de los productos químicos, aunque no de una manera explícita, ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 359”, cit., pág. 789.

literal del precepto apunta a ello, al contar con una conjunción disyuntiva que separa dos elementos que presentan cada uno un complemento diferente (sustancias “nocivas” o productos químicos “que puedan causar estragos”)¹¹⁶⁹; segundo, porque como hemos visto en el estudio de las restantes figuras que conforman el capítulo de los delitos contra la salud pública, es muy habitual que en un mismo tipo penal se recojan conductas muy dispares desde el punto de vista de su ofensividad, así como objetos de la más variada índole. Para comprobarlo, basta recordar que el delito de dopaje se refiere a sustancias y métodos de muy distinta naturaleza y condición, y tipifica comportamientos que se encuentran en posición de causar un distinto grado de peligro¹¹⁷⁰. Y, también, que el injusto relativo a medicamentos del artículo 361 equipara los medicamentos que carezcan de autorización con fármacos legalmente reconocidos que sufren deterioro o caducan. Esto no significa que considere adecuada esta técnica legislativa, como ya he explicado a lo largo del trabajo, pero con ello quiero poner de manifiesto que es posible que en la lógica del legislador se haya configurado el objeto material sin atender a una deseable equiparación en peligrosidad de las sustancias y los productos químicos. Y, tercero, porque así como en otros preceptos que también protegen la salud de una pluralidad indeterminada de personas se recogen productos que pueden presentar una nocividad relativa, parece que desde la perspectiva del bien jurídico protegido puede tener sentido reconducir al artículo 359 a las sustancias que no tengan cabida en aquellos siempre que sean idóneas para perjudicar la salud de los ciudadanos, y aun cuando esa idoneidad peligrosa no sea equiparable a la aptitud para producir estragos.

2. LOS MEDICAMENTOS, LOS ALIMENTOS, LAS DROGAS Y LAS SUSTANCIAS DOPANTES COMO (POSIBLE) OBJETO MATERIAL DEL ARTÍCULO 359 DEL CÓDIGO PENAL

Conforme he indicado anteriormente, en general hay consenso en que el artículo 359 del Código penal constituye una figura de recogida, de modo que las sustancias nocivas y productos químicos a que se refiere no engloban los objetos específicamente contemplados en otros artículos del título XVII respecto de los que, en principio, operaría el criterio de la especialidad del artículo 8.1 del Código penal¹¹⁷¹. En

¹¹⁶⁹ Conforme señala ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., pág. 65.

¹¹⁷⁰ Véase *supra* págs. 199, 235 y ss.

¹¹⁷¹ En este sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 329; BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., “Artículo 359”, cit., pág. 1649; CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a

consecuencia, se sostiene que su aplicabilidad será residual, quedando reservada para aquellos casos en que la sustancia dañina no pueda clasificarse como medicamento, alimento, droga o sustancia dopante. Esta afirmación se apoya, de un lado, en la propia evolución histórica del precepto, que ha ido cediendo su espacio a las infracciones específicas que se han introducido entre los delitos contra la salud pública; y, de otro lado, en el hecho de que la normativa extrapenal, concretamente el Real Decreto 363/1995, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, excluye expresamente de su ámbito de aplicación, entre otros productos, a los medicamentos de uso humano y los productos alimenticios, que son regulados por sus reglamentaciones específicas¹¹⁷².

Justamente, en aplicación de esta interpretación algunas resoluciones judiciales absuelven del delito del artículo 359 por considerar que el producto intervenido es un medicamento y que, por tanto, no concurre el elemento típico. En particular, cabe mencionar, en primer lugar, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 246/2001, de 8 de mayo, que niega que el precepto alcance a los preparados homeopáticos que poseía el acusado, por tratarse de medicamentos debidamente envasados y etiquetados, adquiridos en establecimientos autorizados para su expendición. En segundo lugar, la ya citada Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 4 de Pamplona 180/2009, de 14 de abril. Los hechos enjuiciados en esta ocasión consistieron en la interceptación de un paquete postal que contenía una serie de productos anabolizantes y en la intervención en el registro del domicilio de los acusados de más preparados de esa clase. En su pronunciamiento, el Juez afirma que son medicamentos y que, por tanto, no se integran en el concepto de sustancias nocivas para la salud, ni mucho menos en el de productos químicos que puedan causar estragos, y ello aunque el abuso de esteroides o su consumo por personas para los que no están prescritos pueda ser perjudicial para la salud de las mismas. Para llegar a esta conclusión toma en consideración, por una parte, que el informe pericial de la AEMPS establece que las sustancias anabolizantes incautadas constituyen medicamentos en todo caso, aunque el

360”, cit., pág. 1522; FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1357; GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., págs. 1432-1434; RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359”, cit., pág. 35. Declara QUERALT JIMÉNEZ que las sustancias nocivas han de definirse negativa y subsidiariamente, de manera que son aquellas no comprendidas en los restantes preceptos de la misma sección del Código penal, en *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., cit., pág. 1059. Por su parte, ROSO CAÑADILLAS considera que el artículo 359 del Código penal no abarca los medicamentos, los alimentos, las sustancias psicotrópicas o drogas tóxicas, pero no porque el precepto realice una función de recogida, sino porque a su juicio cada uno de los preceptos tiene un objeto único, de modo que no puede hablarse de un concurso aparente de normas, al no existir un solapamiento de objetos materiales, en “Artículo 359”, cit., págs. 83-86. Por lo que se refiere a la jurisprudencia véase, por todas, la STS 1207/2004, de 11 de octubre.

¹¹⁷² GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1434.

documento distinga fármacos de dos clases, medicamentos no autorizados en España y medicamentos autorizados en España¹¹⁷³; y, por otra parte, la definición de medicamento que se recoge en el DRAE. En tercer y último lugar, merece destacarse el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid 1064/2011, de 13 de octubre, que rechaza asimismo que la efedrina sea una sustancia nociva ni un producto químico destinado a causar estragos. Se trataba de un caso de fabricación y distribución de efedrina por un farmacéutico al que se había denunciado por considerar que estaba realizando una producción industrial sin estar habilitado para ello y sin pasar por los controles de fabricación y distribución establecidos. Sin embargo, el Tribunal rechaza apreciar el delito relativo a sustancias nocivas que nos ocupa y dictamina que la conducta del denunciado no es otra que elaborar y distribuir con autorización una fórmula magistral, sin que conste que esté fabricando un producto nocivo para la salud.

Así las cosas, sin embargo, la descripción típica del artículo 359 es tan amplia que, en principio, las sustancias y los productos podrían coincidir con el objeto material de otras figuras. De hecho, la jurisprudencia ha aplicado en diversas ocasiones el artículo 359 del Código penal a hechos en los que el objeto de la acción podría haber sido también identificado con un medicamento, una droga o una sustancia dopante. Aunque son pocos los pronunciamientos en este sentido, de algún modo vienen a dar cuenta de los contornos difusos del objeto material de los injustos contra la salud pública y de la función de “cajón de sastre” que puede desempeñar este artículo.

En concreto, cabe recordar las ya citadas Sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre, y del Tribunal Supremo 1207/2004, de 11 de octubre, que resolvió en casación. Ambas optaron por la aplicación del artículo 359 del Código penal en un supuesto en que la sustancia nociva era un producto adelgazante que contenía, además de extractos vegetales inocuos, una serie de sustancias farmacológicas no declaradas y peligrosas para la salud. Pese a tal calificación legal, el Tribunal Supremo señaló que los hechos también se podrían haber subsumido bajo el delito relativo a medicamentos que se contemplaba en artículo 362 del Código penal, admitiendo así que la naturaleza del preparado era la propia de un medicamento. No obstante, en esta ocasión, se acudió al concepto de sustancia nociva y se eludió la aplicación del principio de especialidad –erróneamente, en mi opinión, pues el producto era prescrito y vendido como un medicamento para el tratamiento de la obesidad–.

¹¹⁷³ Hay que destacar que la sentencia absolutoria afirma que, de haber estado vigente el delito de dopaje en la fecha de los hechos, la conducta podría haberse enmarcado en el que ahora es el artículo 362 quinquies.

El Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, 792/2010, de 24 de noviembre, declaró asimismo aplicable el artículo 359 para sancionar la venta de “poppers”¹¹⁷⁴ a terceros. El Tribunal revocó el auto de sobreseimiento de la causa emitido por el Juzgado de Instrucción y ordenó la reanudación de la instrucción. En su argumentación, en primer lugar, rechazó la apreciación del artículo 368 y concordantes del Código penal (drogas tóxicas) por ausencia de objeto material del delito, a partir del entendimiento unánime en la jurisprudencia de que el concepto normativo de drogas tóxicas, estupefacientes y psicotrópicos se completa acudiendo a los convenios suscritos por España que contienen las listas actualizadas de sustancias sometidas a fiscalización internacional, entre las que no figuran los “poppers”. En segundo lugar, y pese a que la AEMPS en un informe los consideraba medicamentos ilegales no autorizados, los magistrados descartaron la apreciación de alguno de los tipos sobre medicamentos vigentes en aquel momento, por considerar que tanto el artículo 361 como el artículo 362, ambos del Código penal, “tienen como premisa o condición que se trate de medicamentos de uso autorizado o la presentación como medicamento para su uso como tal de lo que no lo es”¹¹⁷⁵, lo que no se daba en el caso concreto, por tratarse de productos cuya comercialización está prohibida en España y por el hecho de que se destinaba a la venta para su uso en relaciones sexuales, sin que pudiera considerarse un medicamento por presentación. Así pues, si bien se trataba de un producto que entraría en el concepto material de medicamento por su “función” (“los poppers son susceptibles de uso medicinal”, declaraba la sentencia) y en el concepto material de droga de acuerdo con el criterio médico, se consideró la aplicación del artículo 359 del Código penal ante la imposibilidad de acomodar los hechos en algunos de los tipos farmacológicos y en el relativo a drogas tóxicas.

En la misma línea se pronunció la Audiencia Provincial de Navarra en su Sentencia 93/2005, de 14 de abril. En esta ocasión se trataba de ketamina, sustancia cuyo uso está autorizado como agente anestésico para intervenciones quirúrgicas y de diagnóstico, que solo puede adquirirse mediante receta médica y para uso clínico exclusivo. La Sala confirmó la sentencia recurrida que condenaba por un delito previsto y penado en el artículo 359 del Código penal y excluyó que se tratara de un objeto material propio de los delitos relativos a drogas tóxicas, a medicamentos o a alimentos. Pese a poner de

¹¹⁷⁴ La sentencia indica que los “poppers” son productos basados en nitritos de alquilo volátiles que se usan en la práctica como “drogas inhalantes, ya que producen vapores químicos que se pueden inhalar para provocar un efecto psicoactivo o de alteración mental.” La resolución contiene una amplia y precisa descripción de su toxicidad y de los daños que pueden producirse en el organismo.

¹¹⁷⁵ En tal sentido se cita el Fundamento 18º de la STS de 1 de abril de 2003.

relieve sus potentes propiedades alucinógenas y señalar sus efectos peligrosos – incluso mortales– cuando se toma “sin control médico como droga de abuso”, rechazó la subsunción bajo los artículos 368 y siguientes del texto legal, por tratarse de una sustancia no incluida en las Listas de Fiscalización de Estupefacientes o Psicotrópicos, ni en la Listas de Precursores. Y por lo que concierne a los tipos farmacológicos, concluyó que aunque su principio activo puede intervenir en una especialidad farmacéutica, ello no significa que sea considerado un medicamento. En consecuencia, el Tribunal calificó conforme al tipo general del artículo 359 del Código penal. No obstante, hay que destacar que los argumentos empleados para rechazar que la ketamina pudiese considerarse una sustancia medicinal chocan con la tendencia de la AEMPS a atribuir la condición de medicamento a todo producto que incorpore algún principio activo empleado para la elaboración de fármacos, como hemos visto al estudiar el concepto de medicamento.

Para concluir, la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, en su Sentencia 536/2014, de 4 de diciembre, ha sancionado por un delito relativo a sustancias nocivas conductas de distribución en el mercado ilegal de medicamentos anabolizantes legales. En particular, el Tribunal, por un lado, excluye la aplicación del tipo de dopaje, entre otras razones porque los destinatarios eran indefinidos. Por otro lado, rechaza la apreciación de un ilícito relativo a medicamentos con el argumento de que “los medicamentos, por su propia finalidad curativa, no pueden ser considerados en sí mismos como nocivos para la salud, lo que sería un contrasentido”. Sin embargo, sobre la base de razonamientos que pueden parecer contradictorios con el anterior, declara aplicable la figura relativa a sustancias nocivas aduciendo, en primer lugar, que “su uso, fuera del diagnóstico y conforme al tratamiento médico prescrito, cuando así lo exija la ley para el medicamento en cuestión, es susceptible de causar daño a la salud”; y, en segundo lugar, que “la adquisición de medicamentos fuera de estos canales (en referencia a los legales), como la que puede efectuarse a través de páginas webs ilegales, pone en riesgo la salud del consumidor”. En consecuencia, aun tratándose de medicamentos dopantes legalmente autorizados, los entiende comprendidos en el objeto material de esta infracción y afirma expresamente que “los medicamentos que se comercialicen fuera de los cauces legales, [...], se contienen en el tipo penal del artículo 359 del Código cuando se realizan con ellos cualesquiera de las conductas descritas en el tipo penal”.

En definitiva, estos pronunciamientos ponen de manifiesto una línea de opinión diferenciada que permite dudar de la interpretación del artículo 359 según la cual incrimina exclusivamente ataques a la salud pública que versan sobre objetos materiales diversos a los que se prevén específicamente en los restantes preceptos del capítulo relativo a los delitos contra la salud pública. De hecho, como acabo de referir, por una parte, fármacos legales dopantes y productos con acción farmacológica, susceptibles de ser clasificados como medicamentos por su “función”, o que efectivamente así serían calificados por las autoridades sanitarias, han sido reconducidos a un concepto amplio de sustancia nociva; y, por otra parte, sustancias que son drogas en un sentido material también se han considerado objetos propios de la acción del artículo 359 del Código penal.

A mi modo de ver, no hay que descartar que el tipo penal en estudio pueda abarcar en determinados casos sustancias dañinas que puedan clasificarse como medicamento, alimento, droga tóxica o sustancia dopante, en aquellos supuestos en que, concurriendo los elementos del delito, se pueda poner en peligro la salud de los ciudadanos a través de estos objetos y no quepa subsumir la acción bajo los ilícitos específicamente previstos para ellos¹¹⁷⁶. Los argumentos en los que me baso son los siguientes:

En primer lugar, la razón principal que podría aducirse para apoyar la inclusión de los objetos referidos en el artículo 359 es que, como ya he señalado, hay conductas que, a la vista de la regulación de los artículos 361 a 368, quedarían sin sanción pese a que se ponga en riesgo la salud de los ciudadanos. Y, dada la multiplicidad de modalidades contempladas en la norma, que apunta a un deseo de cubrir todos los supuestos imaginables, puede pensarse que la voluntad de la ley no ha sido dejar espacio a la impunidad.

En segundo lugar, la opción de aceptar los alimentos y los fármacos, a pesar de que son también objeto material de otras infracciones del capítulo, no supondría una ruptura

¹¹⁷⁶ En esta línea, parecen admitir esta posibilidad GÓMEZ RIVERO, M. C./ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Venta y manipulación ilegal de medicamentos”, cit., pág. 85. Asimismo, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1238. Aunque esta autora afirma primero que el tipo excluye las drogas, así como los medicamentos y las sustancias radiactivas, por ser objeto de regulación especial, más tarde admite, en referencia a los medicamentos, que cabría condenar por los artículos 359 o 360 del Código penal caso de no concurrir el peligro concreto que, a su juicio, exigen los delitos farmacológicos. En la misma línea, RODRÍGUEZ NÚÑEZ se remite a la legislación administrativa en materia de medicamentos con el fin de concretar las sustancias nocivas para la salud y los productos químicos que puedan causar estragos, en “Delitos contra la salud pública”, *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 603. Por último, FERNÁNDEZ PÉREZ acude a un concepto amplio incluyendo sustancias y productos de lo más variado cuyo uso genere un riesgo para la salud de las personas, en “De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., pág. 1358. Concretamente, incluye a preparados que se presenten como medicamentos y no estuvieran legalmente reconocidos y a productos de uso veterinario.

con el principio de fragmentariedad, como se ha esgrimido por algunos autores¹¹⁷⁷. Es cierto que, desde la perspectiva que sostiene que el artículo 359 acoge un delito de peligro abstracto y que los injustos de los artículos 361, 362, 362 bis y 363 son de peligro concreto, podría realizarse tal afirmación. Con tal enfoque, parece que el castigo a través de la figura relativa a sustancias nocivas supondría una contradicción con la voluntad del legislador de someter a los ilícitos farmacológicos y a los fraudes alimentarios a mayores exigencias de ofensividad. Sin embargo, si se confirma que el peligro requerido por el precepto citado es un peligro abstracto, pero en su modalidad de aptitud o idoneidad, la creación de un riesgo de este tipo puede justificar la actuación penal también cuando se trate de medicamentos o alimentos, o cuando se lleven a cabo conductas relativas a sustancias dopantes que generen un peligro general para la salud de una pluralidad de sujetos indeterminados. La necesaria prueba del peligro¹¹⁷⁸ (que, sin embargo no está presente en los delitos de peligro puramente abstracto, en los que se sancionan conductas que son peligrosas en general, y en los que el peligro no es un elemento del tipo, sino el motivo que fundamenta la intervención del legislador¹¹⁷⁹), vendría a colmar las exigencias propias del principio de ofensividad. O sea, la simple elaboración de una sustancia nociva (entendida en sentido amplio) sin autorización quedaría englobada en el ámbito de las infracciones administrativas, y para que entrase en aplicación el Derecho penal habría que comprobar que aquello que se elabora es apto o idóneo para causar un daño efectivo a la salud de una pluralidad indeterminada de personas. Adicionalmente, como he señalado a lo largo de estas páginas, la naturaleza jurídica de algunas de las figuras que incriminan afecciones a la salud a través de medicamentos o alimentos es similar a la de la infracción relativa a sustancias nocivas, de modo que su contenido de injusto no es de peligro concreto sino que se circunscribe a la idoneidad de la conducta para lesionar la salud, lo que significa que en todos los casos estamos ante verdaderos delitos de peligro.

No obstante, hay que poner de relieve que este entendimiento del peligro típico exigido aboca a un desajuste punitivo difícil de explicar. Así, de un lado, la pena de

¹¹⁷⁷ Así, con anterioridad a la reforma del Código penal de 2015, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1433; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., págs. 84-85.

¹¹⁷⁸ Como pone de manifiesto LUZÓN PEÑA, en los delitos de aptitud o idoneidad “no hay siquiera presunción iuris tantum como regla, sino que es precisa la prueba positiva de la peligrosidad”, en *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, cit., C. 12/48.

¹¹⁷⁹ La doctrina sostiene ampliamente que el peligro en los delitos de peligro abstracto no constituye un elemento del tipo, sino que es el motivo o razón que utiliza el legislador para tipificar determinadas conductas. Una amplia referencia a los autores que secundan esta interpretación puede verse en ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, cit., pág. 63; DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, cit., pág. 331.

prisión del artículo 359 es la misma que la prevista en el artículo 361, e inferior a las que contemplan las infracciones reguladas en los artículos 362, 362 bis y 363. Esta disparidad punitiva, como expliqué al analizar el delito del artículo 361 y su menor pena en relación con los preceptos que le siguen¹¹⁸⁰, podría ser irreflexiva, pero también cabría pensar que eventualmente pueda responder al componente fraudulento que necesariamente concurre en los fraudes alimentarios y en el ilícito de falsificación de medicamentos y que coloca al destinatario en una posición de debilidad más acusada¹¹⁸¹. De otro lado, resulta muy sorprendente el desajuste si se admite la aplicación del artículo 359 en las hipótesis de conductas que recaigan sobre alguna sustancia que, de acuerdo con el criterio médico, sea droga, aunque no esté incluida en los Convenios internacionales¹¹⁸². En estos supuestos, la pena privativa de libertad imponible si se comercia, por ejemplo, con “poppers” (no recogidos en los acuerdos de referencia), sería de seis meses a tres años, mientras que si se tratase de un alucinógeno listado en tales convenios, la pena de prisión iría de tres a seis años.

En tercer lugar, la exclusión de la posibilidad de subsumir bajo el artículo 359 del Código penal aquellos comportamientos que no pudiesen ubicarse en los otros ilícitos contra la salud pública estaría otorgando una hipertutela difícil de justificar a las sustancias nocivas o productos químicos frente a los medicamentos, alimentos o drogas, a pesar de que todos ellos podrían comportar un daño de similar entidad para la salud¹¹⁸³. Por ejemplo, no parece razonable vetar la intervención penal ante una actuación que consistiese en la elaboración fuera de todo control de un producto peligroso que contuviese talidomida (cuya nocividad, debida al efecto teratógeno de este principio activo, quedó probada a mediados del siglo pasado)¹¹⁸⁴ y que no se presentase ante los consumidores como un medicamento ni se destinase al circuito de los fármacos (no incardinable, a mi juicio, en las figuras relativas a medicamentos).

¹¹⁸⁰ Véanse *supra* págs. 408 y ss.

¹¹⁸¹ Señalan DOVAL PAIS y ANARTE BORRALLA que los delitos relativos a sustancias nocivas y productos químicos que puedan causar estragos presentan la peculiaridad de que no requieren que se oculte a los destinatarios de los productos la falta de autorización para su elaboración o suministro, o el incumplimiento de las debidas formalidades. De modo que, subrayan, puede ocurrir que su destinatario inmediato conozca la carencia de las exigencias legales o reglamentaria y adopte sus propias cautelas, incluso de acuerdo con el suministrador, en “Delitos contra la salud pública (1)”, cit., pág. 258.

¹¹⁸² De conformidad con el concepto de droga tóxica que utiliza el Tribunal Supremo.

¹¹⁸³ Esta protección excesiva se pone de manifiesto por GARCÍA ALBERO, R., en “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1433. En igual sentido, ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículo 359”, cit., pág. 329. También apoya esta idea ROSO CAÑADILLAS, si bien proporciona una explicación a tal proceder legislativo, considerando que ello puede deberse a que son sustancias tan peligrosas que el legislador adelanta la barrera penal porque en otro caso las consecuencias serían nefastas, en “Artículo 359”, cit., págs. 83-86.

¹¹⁸⁴ Es de sobra conocido el llamado “caso de la talidomida”. A mediados del siglo pasado se comercializaron ampliamente una serie de medicamentos que contenían este principio activo y que se recetaban con frecuencia a mujeres embarazadas para mitigar las molestias propias de los primeros meses de gestación. Como consecuencia del consumo de estos fármacos, muchos niños nacieron con graves malformaciones en las extremidades.

Sería paradójico que en estos casos, en los que el compuesto peligroso podría considerarse un “medicamento por función”, esta conducta quedase impune (por no ser aplicable el art. 361 ni el art. 359, ambos del Cp) y, sin embargo, sí fuese sancionable la elaboración de un producto fitosanitario nocivo.

En cuarto y último lugar, el hecho de que el Real Decreto 363/1995, por el que se aprueba el Reglamento sobre clasificación, envasado y etiquetado de sustancias peligrosas, aparte expresamente a los medicamentos y a los alimentos de su esfera de aplicación no es concluyente pues, precisamente, tal exclusión puede significar un reconocimiento implícito de que podrían ser sustancias peligrosas, ya que en caso contrario no sería necesaria tal precisión¹¹⁸⁵.

Sentado lo anterior, entraré a valorar si los suplementos nutricionales que puedan ser peligrosos por contar en su composición con alguna sustancia dopante prohibida son susceptibles de quedar comprendidos en las “sustancias nocivas” a efectos de aplicación del artículo 359 del Código penal¹¹⁸⁶.

A la vista de las consideraciones realizadas, en principio, si se acepta el concepto amplio de “sustancia nociva” que permite la inclusión de elementos de muy diversa índole que sean perjudiciales para la salud sería viable la apreciación de este precepto, tanto si el suplemento presenta una composición que lo convierta en nocivo, como si el peligro potencial para la salud se vincula a un consumo repetido del producto. Evidentemente, ello requeriría que en el caso concreto faltase la “autorización debida” como elemento normativo del tipo cuya concurrencia es esencial para que entre en juego el ilícito.

Con todo, debe quedar claro que si el objeto de la acción está bien acotado y definido habrá que proceder a apreciar el tipo específico siempre que se den los restantes elementos del delito. Por tanto, hay que partir del entendimiento de que el injusto recogido en el artículo 359 constituye un delito residual, que ha de ceder por especialidad ante otras infracciones específicas. Ahora bien, ello no es óbice para que, en los casos dudosos, o en aquellos en que los que el hecho no pueda incardinarse en alguna de las figuras especiales, quepa otorgar virtualidad práctica al referido precepto.

Es importante señalar que con tal solución no pretendo apoyar la sanción penal indiscriminada, fundada en la simple peligrosidad de un concreto comportamiento

¹¹⁸⁵ Apunta esta idea GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1434.

¹¹⁸⁶ Parece claro que tales preparados no encajarían en la categoría de “producto químico que pueda causar estragos”, tal y como lo he definido.

peligroso por lo general. El recurso a estructuras de peligro abstracto, pese a su proliferación en nuestro Código penal, me parece un adelantamiento excesivo de la intervención penal que no debería utilizarse a menos que se exija la comprobación de la realidad de los riesgos y, por lo tanto, la elevación del umbral de peligro.

IV. LA AUSENCIA DE “AUTORIZACIÓN DEBIDA”

Admitida la posibilidad de que en algún caso un suplemento deportivo que incorpore alguna sustancia nociva pueda ser objeto del delito contemplado en el artículo 359 del Código penal, resulta conveniente adentrarse en el injusto típico de este precepto para matizar un requisito típico que puede conducir inicialmente a una cierta confusión cuando se trata de tales suplementos.

Me refiero en concreto, a que este artículo recoge conductas que requieren autorización preceptiva para ser lícitas, de modo que es precisamente la falta de autorización debida la que convierte en ilegítimo un determinado comportamiento que recaiga sobre el objeto material de la acción descrito. Este elemento normativo¹¹⁸⁷ es de máxima importancia y conlleva que, para delimitar el alcance del tipo, haya que estar a lo que establezcan las normas administrativas, y comprobar que el sujeto activo ha elaborado, despachado, suministrado o comercializado con sustancias nocivas, bien sin contar con la licencia o permiso exigidos para llevar a cabo tales actividades, bien excediéndose sobre la autorización recibida¹¹⁸⁸. Precisamente, en relación con esta última afirmación, entiendo que la presencia del adverbio “debidamente” ha de interpretarse en el sentido de que entran dentro de la tipicidad, no solo las hipótesis en que se carezca absolutamente de un permiso oficial, sino también aquellas otras en las que concurre una extralimitación respecto de aquella de la que se es titular¹¹⁸⁹. Pero, aunque la necesidad de autorización permite realizar una valoración objetiva *ex ante* de la peligrosidad, para afirmar la tipicidad no será suficiente con el incumplimiento de

¹¹⁸⁷ RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 605.

¹¹⁸⁸ Respecto a la preceptiva autorización, estoy de acuerdo con RUBIO LARA en que, no solo habrá de venir exigida normativamente, sino que, además, es preciso que reúna unos requisitos mínimos que permitan delimitar el alcance del tipo penal, en “Artículo 359”, cit., págs. 32-34.

¹¹⁸⁹ Destacan el papel que juega el adverbio para considerar incluidas las extralimitaciones, CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, cit., pág. 1521; ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, cit., págs. 48-58. Incluye los supuestos en que el titular no la ha renovado o actúa con una caducada o que le ha sido revocada, RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, cit., pág. 606. Asimismo, acoge dentro de la tipicidad las hipótesis en que la autorización está en tramitación, VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, cit., pág. 594.

cualquier formalidad, pues la definitiva apreciación de la figura penal dependerá de que se realice una valoración material que permita concluir la capacidad del producto para amenazar la salud de las personas¹¹⁹⁰.

Pues bien, en lo que concierne a los suplementos nutricionales peligrosos en estudio, en principio, un análisis superficial de la exigencia de actuación “sin la debida autorización” podría conducir a la percepción de que el delito sancionado en el artículo 359 no es aplicable cuando la conducta consista en elaborar o comercializar un suplemento deportivo como complemento alimenticio o en comercializarlo como producto dietético¹¹⁹¹. En efecto, por un lado, si se examina la legislación extrapenal que regula los complementos alimenticios podría entenderse, en una primera aproximación, que puesto que su elaboración y comercialización no requieren autorización previa, el supuesto quedaría fuera del alcance del tipo. Hemos visto que el estudio de la normativa sobre complementos alimenticios pone de manifiesto que si bien se recogen requisitos de composición (RD 1487/2009, art. 3 y Anexos I y II), no existe la obligación de solicitar una autorización administrativa para su elaboración. En cuanto a su comercialización, basta la notificación previa o simultánea, sin que sea tampoco obligatoria la inscripción del complemento alimenticio en el Registro General Sanitario, pues el artículo 7 del Real Decreto 191/2011, sobre Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos, no le es de aplicación. Además, por lo que respecta a la inscripción en el citado Registro de la empresas y establecimientos alimentarios, el artículo 6 señala que “la presentación de una comunicación previa a las autoridades competentes será condición única y suficiente para que se tramite la inscripción de las empresas y establecimientos en el Registro y simultáneamente se pueda iniciar la actividad, sin perjuicio de los controles que posteriormente puedan llevarse a cabo”.

¹¹⁹⁰ Así lo expresan ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 359”, cit., pág. 789. También en este sentido, señalando que el precepto parte de un concepto de nocividad material, que no formal, GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, cit., pág. 1433. Insiste en que no es suficiente con que se incumplan formalidades legales, siendo necesario que en el caso concreto la realización de la conducta haya supuesto un riesgo *ex ante* para la vida o la salud de alguna persona, CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, cit., pág. 1238.

¹¹⁹¹ Conviene recordar que el marco de referencia lo ofrece el artículo 25 de la Ley 14/86, general de Sanidad, modificado en su apartado 1 por la Ley 33/2011, General de Salud Pública que establece, en materia de intervención pública en relación con la salud individual y colectiva que “la exigencia de autorizaciones sanitarias, así como la obligación de someter a registro por razones sanitarias a las empresas o productos, serán establecidas reglamentariamente, tomando como base lo dispuesto en la presente Ley, así como lo establecido en la Ley General de Salud Pública”.

Por otro lado, en lo que se refiere a los productos dietéticos, la conclusión es la misma en materia de comercialización pues, de acuerdo con la legislación sectorial que los regula, basta con la notificación a la autoridad competente, con carácter previo o *simultáneo* a la primera puesta en el mercado, mediante la transmisión de un modelo de etiquetado del producto a comercializar, sin que sea precisa la inscripción del mismo en el Registro General Sanitario de Empresas Alimentarias y Alimentos (en virtud del RD 682/2014). Por lo que atañe a su elaboración, sin embargo, existe un control más exhaustivo por parte de las autoridades sanitarias, de manera que constituye una actividad sometida a autorización. En concreto, la obligación de que la fabricación de estos compuestos se sujete a autorización administrativa deriva del artículo 1 del Real Decreto 2685/1976, de 16 de octubre, que recoge la Reglamentación Técnico-Sanitaria para la elaboración, circulación y comercio de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, conforme al cual “se consideran fabricantes de preparados alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, aquellas personas naturales o jurídicas, que *en uso de las autorizaciones concedidas* por los Organismos oficiales autorizados dedican su actividad a la elaboración de los productos definidos en los artículos 2.º a 4.º”. Por tanto, en relación con la fabricación de los productos alimenticios para regímenes dietéticos y/o especiales, si falta la autorización debida y se confirma el resto de elementos del delito, podría subsumirse bajo el injusto típico del artículo 359 del Código penal.

No obstante lo anterior, este primer enfoque del requisito consistente en la ausencia de autorización debida no es el adecuado. Si bien la fabricación de complementos alimenticios y la comercialización de estos y de los productos dietéticos no están sujetas a una resolución de la instancia sanitaria correspondiente, no hay que olvidar que con la autorización a la que se refiere el precepto lo que se pretende es garantizar que el sujeto autorizado va a fabricar o comercializar *sustancias peligrosas* en condiciones seguras para la salud de las personas.

En consecuencia, a lo que realmente hay que atender es a si el suplemento deportivo, aunque formalmente se presente como un complemento alimenticio inocuo o un producto dietético, contiene algún componente que se pueda identificar como sustancia nociva. Y este dato fundamental es el que ha de servir de referencia para determinar la ausencia de la autorización requerida. De acuerdo con esto, habrá que considerar que el artículo 359 sería aplicable, además de a aquellas sustancias nocivas *per se*, que requieren autorización, a aquellos productos que, si bien no han de estar autorizados

inicialmente (complementos alimenticios, o productos dietéticos, en su caso), incorporan alguna sustancia peligrosa que requiere un control administrativo o que está prohibida. Esta sería la hipótesis, por ejemplo, de la elaboración o venta de un suplemento que contuviese clenbuterol, pues el empleo de esta sustancia ha de pasar un filtro de la administración sanitaria y, por tanto, se puede sostener que la conducta se realiza “sin la autorización debida”¹¹⁹². En mi opinión, la necesidad de otorgar protección adecuada al bien jurídico salud justificaría la aplicación del tipo sin que se viera comprometido el principio de legalidad.

V. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

En principio, parece difícil que puedan subsumirse bajo el artículo 359 del Código penal determinados comportamientos que afecten a suplementos nutricionales dopantes. El principal obstáculo lo constituye su carácter residual, confirmado pacíficamente por la doctrina y la jurisprudencia, que comporta que su aplicación quede reservada a los supuestos en que no exista un precepto más específico que pueda albergar el hecho punible. Así, se interpreta que la referencia legal a las “sustancias nocivas” y a los “productos químicos que puedan causar estragos” excluye de su ámbito a los objetos que puedan considerarse medicamentos, alimentos, sustancias dopantes o drogas tóxicas.

La propia naturaleza mixta de estos compuestos, y la impunidad de conductas que pueden merecer la intervención del Derecho penal, aconsejan sin embargo la reconsideración del alcance del precepto.

En este sentido, puede afirmarse que la amplitud de la descripción típica del artículo 359 admite *a priori* toda clase de productos que puedan ser nocivos por su composición o por su uso, incluidos, por tanto, los elementos que conforman el objeto material de los injustos contra la salud pública que se contemplan en el Capítulo III del Título XVII del Código penal.

Ahora bien, esta capacidad para absorber toda clase de objetos, ha de ceder paso siempre que en el caso concreto el artículo peligroso encuentre acomodo en alguno de

¹¹⁹² Al respecto, véanse las ya mencionadas SAP Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre y STS 1207/2004, de 11 de octubre, referidas ambas a un producto adelgazante que contenía psicotrópicos, diuréticos de alta gama y polvo de tiroides. En ellas se incluyó el preparado dentro del concepto de *sustancias nocivas*, por contar la fórmula entre sus componentes con sustancias farmacológicas que lo convertían en un medicamento sujeto a autorización y que “eran como una bomba y precisaban un exhaustivo control médico”, según indicó una autoridad sanitaria compareciente al acto del juicio oral.

los ilícitos específicamente destinados al efecto, que serían los aplicables en virtud de la regla de la especialidad prevista para resolver los concursos normativos.

Sin embargo, ello no significa que siempre que el producto pueda identificarse con un medicamento, un producto alimenticio, un elemento dopante o una droga tóxica, haya de descartarse automáticamente la opción de calificar por el artículo 359 del Código penal. Cuando no sea posible encuadrar el hecho en los delitos especiales, acreditada la nocividad requerida y la falta de autorización debida, la necesidad de evitar lagunas de punibilidad aconseja mantener una exégesis lata de “sustancias nocivas” que garantice una adecuada protección del bien jurídico salud. Las posibles objeciones derivadas de una eventual ruptura del principio de fragmentariedad pueden quedar solventadas desde el entendimiento de que no estamos ante un delito de peligro abstracto *stricto sensu*, pues la descripción típica requiere la idoneidad o aptitud de la conducta para producir el daño a la salud, al exigir que se trate de sustancias *nocivas* o de productos químicos que *puedan causar estragos*. Una correcta interpretación del precepto debe partir de constatar la capacidad lesiva de la acción, pues en otro caso se vería afectado el principio de ofensividad. Con todo, hay que reseñar que el abanico irregular de penas que la ley fija en las distintas infracciones contra la salud pública parece deberse a una planificación irreflexiva de la tutela de este bien jurídico, lo que se confirma porque se observa un tratamiento punitivo muy desigual de supuestos que pueden revestir la misma o similar gravedad.

CONCLUSIONES

Las principales conclusiones a las que he ido llegando a lo largo de este trabajo se sintetizan en las tesis agrupadas en los siguientes apartados.

I

Instrumentos para la prevención y represión del dopaje. Especial referencia al marco normativo en España

1. El carácter transnacional del dopaje ha llevado a promover una respuesta global y armonizada entre los poderes públicos y las organizaciones deportivas. En este proceso, la política antidopaje ha venido impulsada por diversas organizaciones internacionales de Derecho público, pero destaca el protagonismo de la Agencia Mundial Antidopaje, fundación de Derecho privado que se ha erigido en el eje fundamental para erradicar el dopaje a nivel mundial. Esta organización ha producido diversos documentos, entre ellos el Código Mundial Antidopaje, dirigido a homogeneizar las reglamentaciones antidopaje de las diferentes disciplinas deportivas en todos los Estados. El Código se justifica por la necesidad de preservar los valores del deporte y la salud. Sin embargo, una lectura detallada pone de manifiesto que su objetivo principal es luchar contra el fraude deportivo y salvaguardar el espíritu del deporte, con lo que la salud queda en un plano secundario. La implementación del Código en las legislaciones nacionales no es obligatoria, pues la normativa de Derecho público internacional vinculante para los Estados solo exige que se respeten sus principios. Con todo, puede decirse que la experiencia acumulada en estos años revela que la Agencia Mundial Antidopaje ha sido capaz de provocar una suerte de servilismo por parte de numerosos Estados, que han venido a plegarse a las demandas de esta organización, aun cuando muchas de sus reglamentaciones entran en clara confrontación con las normas internas de los países. Probablemente esto está relacionado con el extraordinario poder de la Agencia, que está

facultada para expulsar de las competiciones deportivas internacionales, tales como los Juegos Olímpicos, a los Estados que no cumplan con el Código.

2. La legislación española antidopaje ha evolucionado de forma acompasada a las exigencias de la Agencia Mundial Antidopaje y se ha visto impregnada del espíritu de “tolerancia cero” contra los “tramposos” que propugna esta organización. Prueba de ello fue la ya derogada Ley Orgánica 7/2006, de protección de la salud y de la lucha contra el dopaje en el deporte, a través de la que se incorporó el delito de dopaje al Código penal. La propia denominación de la Ley aludía a un doble objetivo: proteger la salud de los deportistas y luchar contra el dopaje. Sin embargo, dedicaba un porcentaje ínfimo de su articulado a la protección de la salud de los deportistas, de manera que el grueso de la norma se destinaba a los controles de dopaje y al régimen sancionador en materia de dopaje. Esta asimetría marcó la configuración de la figura penal, que en fase de anteproyecto solo reflejaba como sujetos pasivos a los deportistas que participasen en competiciones deportivas organizadas en España por entidades deportivas, dejando al margen el deporte no competitivo y el recreativo.

II

Análisis del tipo objetivo del delito de dopaje (art. 362 quinquies Cp)

3. En torno al bien jurídico protegido en el artículo 362 quinquies del Código penal se han formulado tres teorías. La primera, apoyada por la jurisprudencia y la doctrina mayoritarias, sitúa el objeto de protección en la salud pública como valor de naturaleza colectiva; la segunda sostiene que el precepto tutela el interés individual vida o salud; y la tercera afirma que se trata de un delito pluriofensivo con el que, además de la salud pública, se pretende salvaguardar la ética deportiva.

Los motivos que permiten rechazar la primera tesis y defender un bien jurídico en clave individual son los siguientes: 1) La ubicación sistemática del delito entre las figuras contra la salud pública, con ser indiciaria y orientativa, no es definitiva. En este sentido, puede aducirse que el Código penal recoge ilícitos que no responden exactamente al bien jurídico que se infiere de la rúbrica que los contiene. 2) La limitación del tipo penal a los deportistas encaja deficientemente con un bien jurídico como la salud pública: ni se protege a los ciudadanos que utilizan sustancias para

mejorar sus capacidades en ámbitos ajenos al deporte, ni se tutela a todas las personas que practican ejercicio físico. 3) Todas las conductas incriminadas requieren implícitamente una cierta inmediatez o proximidad –no necesariamente física– a un deportista individualizado, titular de su propia salud, pero no de la de otros. Además, a diferencia de las restantes figuras contempladas en el capítulo de los delitos contra la salud pública, no se tipifican algunos comportamientos que parecen más idóneos para afectar a la salud de la colectividad. 4) El contenido de injusto del delito no es el de un clásico ilícito de peligro general para la salud de una pluralidad indeterminada de personas. La perfección del delito no requiere que se origine un riesgo de extensión incierta, sino que se amenace la vida o la salud (individual) de un deportista. 5) La presencia en la descripción típica de la cláusula relativa a la justificación terapéutica como causa para excluir la responsabilidad penal, que concierne a la salud de un deportista en concreto, cuyas condiciones psicofísicas han de ser conocidas por el autor. 6) Las circunstancias previstas en el tipo agravado, en especial las que se refieren a la “víctima” menor de edad, al empleo de intimidación y al prevalimiento de una relación de superioridad laboral o profesional, que aluden a sujetos individualizados y no a un sujeto “general”. 7) El argumento que se aduce para defender un bien jurídico colectivo de titularidad compartida e indisponible, basado en que la ley no otorga relevancia al consentimiento en el tipo básico, presenta alguna debilidad. De acuerdo con la normativa vigente el consentimiento no excluye en general la responsabilidad penal en los delitos contra la vida o la salud individual: castiga la causación de lesiones con el acuerdo del sujeto pasivo, y también algunas conductas de intervención en la producción de una muerte querida y consentida.

En cuanto a las razones que sirven para descartar la ética deportiva como valor tutelado, hay que señalar que, pese a la clara presencia en el precepto de intereses vinculados al juego limpio y a la igualdad en las competiciones: 1) No se castiga al deportista que se dopa, ni se exige en todo caso que el destino de las sustancias o los métodos dopantes sea modificar los resultados competitivos. 2) Una correcta aplicación de los principios de intervención mínima y de subsidiariedad obliga a relegar la protección de la ética deportiva al ámbito que le corresponde, el del Derecho administrativo sancionador.

4. El injusto de dopaje se conforma como un peligro individual concreto, incorrectamente situado entre los delitos contra la salud pública. En primer lugar, el tipo

exige la creación de un peligro concreto. Esta conclusión se apoya en una serie de razonamientos, complementarios entre sí, alguno de los cuales ha servido asimismo para determinar el bien jurídico protegido, dentro de la “circularidad” que caracteriza al proceso exegético: 1) El tenor literal exige que las sustancias o los métodos prohibidos “pongan en peligro la vida o la salud de los mismos” (en referencia a los deportistas). 2) La selección de las conductas típicas lleva a interpretar que en todos los casos es necesario que exista una relación directa con el deportista, de la que deriva una probabilidad real de lesionar su salud. Aunque algunos verbos típicos como “prescribir” y, particularmente “ofrecer”, no tienen por sí solos el potencial lesivo que sí llevan aparejados otros como, por ejemplo, “administrar”, este obstáculo puede salvarse si se realiza una interpretación restrictiva que tome en consideración la necesidad de mantener la coherencia interna del precepto y razones de proporcionalidad. En cualquier caso, la menor intensidad del peligro que llevan consigo tales acciones en abstracto no excluye la posibilidad de que en algunas hipótesis se desencadene un efectivo peligro, lo que dependerá de las circunstancias concurrentes en el hecho, que actuarán como factor corrector del desfase. 3) Las referencias legales a “la reiteración de la ingesta” y a “las otras circunstancias concurrentes” como criterios para valorar el riesgo típico aparecen estrechamente ligadas al concreto titular de la salud al que se dirige directamente la acción peligrosa. La primera comporta atender a un factor acumulativo como fuente del peligro que va referido a que, en el caso concreto, las circunstancias del hecho pongan en evidencia una reiteración de la ingesta que entrañe una efectiva amenaza para la salud del destinatario de la sustancia o el método. La segunda implica evaluar el riesgo teniendo en cuenta, entre otras, las condiciones personales del deportista, que pueden transformar el objeto material en un instrumento peligroso en el supuesto específico. De manera que, de concurrir, serán las circunstancias particulares del sujeto pasivo las que permitan verificar la producción de un resultado de peligro para el bien jurídico y con ello la consumación del delito.

En segundo lugar, el precepto exige solo que se exponga a riesgo la salud de un deportista en un contexto de peligro controlado y sin trascendencia para terceros. Pueden esgrimirse a favor de interpretar la figura como un delito de peligro individual y no general los siguientes argumentos: 1) Su emplazamiento entre los delitos contra la seguridad colectiva, que la doctrina dominante clasifica como de peligro general o común, no constituye una razón fuerte para defender que esta sea la estructura de peligro del ilícito de dopaje, especialmente si se tiene en cuenta que la técnica

legislativa utilizada en las últimas reformas del Código penal está distorsionando los esquemas tradicionales seguidos en la agrupación y ordenación sistemática del articulado. 2) Pese a que la formulación legal describe conductas coincidentes o equivalentes con algunos verbos típicos de las restantes infracciones del capítulo, se aprecian desviaciones, pues no se recogen, como en aquellas, todos los comportamientos que conforman el ciclo de vida del elemento dopante. 3) Si el contenido de injusto fuera de peligro general, el precepto podría considerarse superfluo, por redundante: se estarían sancionando conductas que ya se prevén en otros preceptos cuyos objetos materiales pueden incluir también las sustancias o los grupos farmacológicos prohibidos. Por añadidura, los solapamientos de acciones y objetos materiales con otros tipos penales llevarían a sancionar de modo diverso un mismo hecho en función de la condición del sujeto pasivo (deportista o no deportista), en perjuicio de principios como los de proporcionalidad y de igualdad. 4) El empleo del plural “deportistas” para definir al sujeto pasivo no es determinante: el término “víctima” en el tipo agravado lleva a dudar de que se requiera un peligro indiscriminado para una pluralidad indeterminada de personas y, además, el texto penal recoge alguna otra figura de peligro individual en la que también acude al plural. 5) Algunos verbos típicos, principalmente “prescribir” y “administrar”, así como las referencias a la “justificación terapéutica” como causa de exclusión de la responsabilidad penal, a las “otras circunstancias concurrentes” y las modalidades agravadas orientan en la dirección de un peligro contenido, limitado al deportista concreto al que se aproxima la sustancia o el método prohibido. 6) La posibilidad de que se trate de un delito mixto de peligro general e individual ha de rechazarse, no solo por los límites derivados de las exigencias típicas, sino por razones de coherencia interna del precepto y de proporcionalidad.

5. La singularidad del peligro típico en la infracción de dopaje comporta una serie de consecuencias jurídico-penales de interés. La primera, que limita el alcance del precepto y marca de modo decisivo su relación con las figuras que se encuadran en el mismo capítulo del Código penal. En particular, si el riesgo generado afecta a una pluralidad determinada de sujetos, cabrá apreciar tantos delitos de dopaje como deportistas expuestos. Por el contrario, si se constata una extensión del peligro más allá del creado para el deportista, habrá que valorar las relaciones concursales entre el injusto de dopaje y los tipos contra la salud pública, pues el artículo 362 quinquies carece de capacidad

para absorber completamente el desvalor del hecho. La segunda consecuencia derivada de la configuración del dopaje como una figura de peligro individual cuyo objeto de protección es el interés individual vida o salud, permite confirmar que la regulación prevista en el tipo básico ha supuesto una intromisión en la autonomía que carece de justificación cuando la decisión del deportista es libre y responsable. Así como en los injustos de peligro general para la salud tiene sentido que no se atribuya ningún efecto a la decisión de un solo individuo, que no puede disponer de los demás bienes jurídicos amenazados por la conducta, en los supuestos de dopaje no es razonable la punición de conductas que se deberían reputar atípicas por falta de lesividad: no podría haber un delito de dopaje si el deportista decide o acepta voluntariamente poner su vida o su salud (individual) en peligro (individual).

6. Aunque el tipo presenta elementos que podrían conducir a considerar que se trata de una figura especial, se trata de un delito común que engloba a un sujeto activo genérico. A ello abocan el empleo de la locución “los que” en el enunciado normativo, la amplitud de las modalidades de conducta consistentes en “proporcionar”, “suministrar”, “administrar”, “ofrecer” o “facilitar”, así como el bien jurídico. El dopaje autógeno es atípico, sin que quepa castigar al deportista como partícipe de su propio dopaje convirtiéndolo simultáneamente en sujeto activo y sujeto pasivo del delito.

7. El círculo de sujetos pasivos del ilícito requiere un doble análisis: definir qué ha de entenderse por “deportista” en el orden penal; y concretar los contornos de cada una de las tres imprecisas categorías de deportistas descritas en la figura penal. Por lo que se refiere al primer análisis, una interpretación teleológica que atienda al interés tutelado y sea respetuosa con el principio de legalidad aboca a mantener un concepto amplio. En contra de algunas interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales, debe aceptarse que la noción de “deportista” que ha de servir como presupuesto para concretar cada una de las áreas de sujetos que recoge el precepto abarca a todo individuo que practique habitualmente alguna clase de ejercicio (no necesariamente físico en sentido estricto) que socialmente se considere deporte, y aun cuando no se trate de una modalidad reconocida oficialmente por el Consejo Superior de Deportes. En defensa de esta acepción puede indicarse lo siguiente: 1) Pretender que el Derecho penal no trascienda las fronteras de las modalidades deportivas oficiales es contradictorio con el objetivo del preservar la salud y supondría ignorar la realidad del surgimiento constante de

nuevos deportes a los que también alcanzan las prácticas dopantes. 2) Dejar fuera a quienes realizan actividades deportivas que no conllevan propiamente un esfuerzo físico es contrario a la dicción literal del precepto: no distingue según la clase de deporte, y tampoco exige que el sujeto pasivo haya de realizar una actividad física. Lo que prevé es que las sustancias o los métodos prohibidos se destinen, alternativamente, a mejorar el rendimiento físico o a “modificar los resultados de las competiciones”. Asimismo, hay que tener en cuenta que existen deportes que tan solo son sedentarios en apariencia y en los que el empleo de elementos dopantes puede ser idóneo para incrementar las condiciones físicas del deportista. 3) La exclusión de los deportistas ocasionales deriva del empleo en la formulación típica del verbo “practicar”, que conlleva una cierta asiduidad o reiteración en el entrenamiento. En lo que atañe al segundo análisis cabe señalar: 1) El área de los deportistas no federados que practiquen el deporte por recreo ha de concebirse ampliamente, de acuerdo con la noción de deportista que se propone. No obstante, los contornos de este círculo los marca la ley: han de carecer de tarjeta federativa, y ejercitarse con fines de ocio. 2) El grupo de los deportistas federados no competitivos engloba a todos aquellos que se encuentren en posesión de una licencia federativa (competitiva o no competitiva), que practiquen cualquier modalidad deportiva con habitualidad, y no se integren materialmente en competiciones deportivas de ninguna clase. 3) La clase de los deportistas que participen en competiciones organizadas en España por entidades deportivas comprende a todo aquel que se encuentre incorporado al ámbito competitivo (oficial, no oficial, internacional, estatal o de ámbito territorial inferior), en tanto la competición no trascienda los límites geográficos del Estado español y la organice una entidad deportiva. Al respecto, será indiferente que en el momento en que tenga lugar la acción típica el evento deportivo de que se trate no se haya comenzado a celebrar.

8. Fijado el concepto de deportista y el contenido de las tres categorías alternativas de sujetos pasivos, puede afirmarse que es discutible que el alcance del precepto incluya a todos los deportistas sin distinción, al margen de su pertenencia o no al deporte organizado o de la finalidad perseguida en la actividad deportiva. Esta conclusión, poco razonable desde la óptica del bien jurídico tutelado es, sin embargo, acorde con la literalidad de la norma. En concreto, podrían quedar excluidos del círculo de sujetos pasivos: 1) Los deportistas no federados y no competitivos que no se ejerciten “por recreo”, sino con otros fines. 2) Los deportistas, cuenten o no con tarjeta federativa, que

participen en competiciones no organizadas por una entidad deportiva (por ejemplo, una persona física o una comunidad de vecinos). 3) Los deportistas, federados o no, que compitan fuera de España.

9. La necesidad de superar los inconvenientes derivados de la deficiente técnica legislativa empleada para definir la conducta típica aconseja una interpretación restrictiva de las diversas modalidades que proporcione congruencia al precepto. Se trata de reducir en parte los solapamientos y redundancias que se advierten, pero también de contener el ámbito de la tipicidad en la medida de lo posible dentro de los límites que derivan de los principios de ofensividad y de proporcionalidad. Sobre la base de exigir que en todos los casos exista una relación directa con el deportista, aunque no sea presencial ni implique traslación material del producto dopante, el contenido de las acciones incriminadas puede resumirse como sigue: 1) “Prescribir” equivale a “recetar”. Debe quedar excluida la posibilidad de identificarlo con “aconsejar”, que resulta excesiva. 2) Los verbos típicos “proporcionar”, “suministrar” y “facilitar” recogen hipótesis de entrega del elemento dopante, sin que quepa equiparar la acción consistente en “facilitar” con el sentido que se le otorga en el injusto relativo a drogas tóxicas. 3) “Dispensar” ha de entenderse como “expende o despachar” en relación con los profesionales de la farmacia. 4) La acción de “administrar” implica que el sujeto activo aplique o dé directamente la sustancia o el método al deportista. Razones de especificidad llevan a aceptar un significado diverso a “suministrar” o “proporcionar”. 5) “Ofrecer” acoge la acepción de “presentar y dar voluntariamente algo”, lo que convierte a esta conducta en sinónima de aquellas que suponen “entregar”. El mero ofrecimiento será normalmente atípico, salvo que concurra el consentimiento del deportista y el resto de circunstancias pongan de manifiesto la presencia del peligro exigido en el tipo. La formulación del injusto determina la atipicidad de, entre otras, la elaboración o fabricación; la publicidad o el anuncio; la exhibición; los actos de tráfico en eslabones anteriores al suministro al consumidor final; o la posesión para una posterior realización de cualquiera de las conductas típicas, que constituye un acto preparatorio impune.

10. Cabe aceptar la posibilidad de la comisión por omisión del delito de dopaje. Para ello, no es óbice la exigencia legal de que el delito consista en la producción de un resultado, pues el injusto de dopaje requiere que se genere un resultado de peligro.

Asimismo, puede decirse que en términos generales la conducta de quien no hace nada para evitar que el deportista se dope o lo dopen con peligro para su salud podría ser, según el caso, equiparable valorativamente a la de quien compromete su salud con una conducta activa. Aunque es posible que la rigidez de las fuentes formales de la posición de garante se erija en un obstáculo en algunos supuestos, la existencia de una “aceptación voluntaria de específicas funciones protectoras” serviría para fundamentar el especial deber jurídico de actuar.

11. La cláusula “sin justificación terapéutica” no es una causa de justificación específica sino que constituye un elemento que condiciona la tipicidad. Los comportamientos terapéuticamente correctos carecen de relevancia penal en tanto se dirigen precisamente a preservar la salud y serán *ex lege* directamente atípicos. La “justificación terapéutica” debe interpretarse desde una perspectiva material y no formal; esto es, no se trata de otorgar eficacia exonerante a un documento formal emanado de una autoridad deportiva o un profesional de la medicina, sino de atender a la concurrencia de razones materiales médicas que justifiquen la necesidad del aplicar la sustancia o el método dopante, lo que habrá de verificarse con arreglo a la *lex artis*. Por lo tanto, la sola presentación de una “autorización de uso terapéutico” o de una receta médica no producirá efectos si no se comprueba la realidad de la patología y la adecuación del tratamiento conforme a la praxis médica. Y, a la inversa, la ausencia de prescripción médica no impedirá que pueda excluirse la responsabilidad penal si quedan acreditados los motivos terapéuticos correspondientes. En cuanto al alcance de esta causa de atipicidad, debe admitirse que se extiende a cualquier individuo, aunque carezca de formación sanitaria; en caso contrario se estaría privilegiando sin justificación a los profesionales de la sanidad.

12. La acotación del objeto material del delito resulta especialmente complicada como consecuencia de la técnica legislativa empleada y la falta de concreción de la enrevesada formulación legal. El objeto de la acción lo constituyen “sustancias o grupos farmacológicos, así como métodos no reglamentarios, destinados a aumentar sus capacidades físicas o a modificar los resultados de las competiciones, que por su contenido, la reiteración de la ingesta u otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos”. Se establece, pues, que los elementos dopantes han de reunir tres requisitos para integrar el tipo objetivo: encontrarse

prohibidos o no ser reglamentarios, estar destinados a alguno de los fines previstos y generar un peligro para la vida o la salud del deportista.

Por lo que respecta a la primera exigencia, las conclusiones alcanzadas son las siguientes: 1) Es muy dudoso que el precepto pueda calificarse como una norma penal en blanco legítima. El reenvío legislativo para determinar las sustancias o los métodos prohibidos conduce a una cadena de remisiones cuyo último eslabón es una resolución administrativa publicada por el Consejo Superior de Deportes en el marco de los compromisos internacionales. El contenido de tal resolución lo conforma un listado que, en definitiva, tiene su origen en una organización privada, la Agencia Mundial Antidopaje, que de este modo se instaura como fuente normativa. Integrar el precepto penal a través de un cúmulo de remisiones que desemboca en una lista elaborada por una instancia privada no da cumplida satisfacción a las obligaciones derivadas del principio constitucional de legalidad de las leyes penales. 2) La inconcreción que caracteriza a la norma de complemento impide delimitar correctamente los contornos del objeto material y choca con las exigencias de certeza y de seguridad jurídica. Por un lado, surgen dudas respecto de la inclusión de algunos deportistas, en particular: los no federados que se ejerciten por recreo; los que reciban fuera de competición una sustancia que se halle prohibida solo en competición; o, dado que existen elementos dopantes prohibidos solo en algunos deportes, aquellos que practiquen una modalidad deportiva para la que no exista el veto administrativo. Al respecto, desde el punto de vista de la protección de la salud y dado que la norma penal no establece distinción alguna respecto de los deportistas a los que se vincula la interdicción administrativa, hay que decantarse a favor de la aplicación del tipo penal. Por otro lado, a lo largo de la lista se emplean reiteradamente cláusulas abiertas que dan cabida a sustancias no especificadas, con lo que estos factores de imprecisión se convierten en un serio inconveniente para concretar el objeto material y pueden tener consecuencias importantes en materia de error sobre este elemento típico o simplemente determinar la ausencia de dolo. 3) A efectos de interpretar el contenido del objeto de la acción, resulta distorsionador que la norma penal remita a una lista que carece de uniformidad en cuanto a las sustancias y los métodos que aglutina y a los criterios seguidos en la selección de tales elementos prohibidos. De una parte, en ella se recogen medicamentos de uso legítimo, drogas, y otros elementos inocuos. Asimismo, se describen sustancias y métodos que mejoran las capacidades físicas junto a otros que producen el efecto contrario o que tan solo favorecen las condiciones psicológicas del deportista y, en fin,

no faltan aquellos que carecen de repercusión en el rendimiento. De otra parte, el análisis detallado demuestra que los componentes y métodos que engloba no presentan como nota común la de ser en sí mismos nocivos para la salud, pues el eventual perjuicio dependerá en muchos casos de que se haga un uso desviado fuera del control médico. Más bien se aprecia que el factor que determina la confección de la lista es que todos sus elementos pueden derivar en una práctica fraudulenta, contraria al juego limpio. 4) La sola presencia de un componente o procedimiento en el catálogo no lo convierte en típicamente relevante. La ilicitud administrativa no es equiparable a la ilicitud penal, pues para ello habrán de concurrir el resto de requisitos que la formulación legal vincula al objeto material. En consecuencia, el alcance de la norma de complemento para integrar el tipo penal es limitado.

13. En lo que concierne al segundo requisito del objeto material del delito, relativo al destino de los elementos dopantes, cabe sostener lo siguiente: 1) En contra de la doctrina mayoritaria, no se trata de un elemento subjetivo del injusto. Tal exigencia recortaría injustificadamente el alcance del tipo en perjuicio del interés vida o salud protegido y en beneficio de la ética deportiva, a pesar de que esta no es el objeto de tutela. La referencia no constituye en realidad más que la exigencia objetiva de una aptitud o idoneidad específica de la sustancia o el método que habrá de quedar acreditada en el caso concreto y sobre la que ha de proyectarse el dolo del autor. En este sentido, cumple la función positiva de restringir el radio de acción del injusto, a la que hay que añadir la de que contribuye a individualizar cuál es la norma extrapenal con la que fijar el objeto de la acción. 2) El destino de los elementos dopantes no requiere que materialmente se produzca una mejora de las capacidades o una modificación de los resultados competitivos. Por tanto, tales efectos no configuran un resultado típico ni, tampoco, una condición objetiva de punibilidad. 3) La aptitud para acrecentar las capacidades físicas del deportista excluye *a priori* del tipo objetivo a los productos o procedimientos que solo son eficaces para elevar las facultades psíquicas del deportista, así como a aquellos cuya actuación sobre el organismo es indirecta, como los enmascarantes. 4) La conclusión anterior puede quedar desvirtuada si el producto o el método dopante es adecuado para alterar los resultados de la competición, por el carácter alternativo de la exigencia legal. Al respecto, la aptitud para modificar los resultados ofrece cobertura a los que son apropiados para incidir positivamente en las facultades psicológicas del destinatario, y también a aquellos que presentan capacidad

para determinar tanto un resultado competitivo positivo como negativo para el sujeto pasivo, pues el precepto no precisa el sentido del verbo “modificar”. En evitación de excesos, deberían quedar excluidos de la tipicidad los enmascarantes, pues por sí solos no son aptos para alterar directamente los resultados de las pruebas deportivas y carecen de la peligrosidad exigida.

14. El tercer requisito que caracteriza al objeto material, la puesta en peligro de la vida o la salud, marca definitivamente sus límites al imponer una necesaria ofensividad para el bien jurídico protegido que ha de ser probada. En relación con los tres parámetros que establece la ley para evaluar el peligro típico cabe afirmar: 1) Son elementos útiles para determinar la naturaleza individual del interés tutelado y contribuyen en cierta medida a aclarar que el contenido de injusto del delito es de peligro individual concreto. Por ello, tienen el efecto positivo de restringir el alcance del precepto y evitar un hipotético automatismo en su aplicación basado en presunciones de peligrosidad de las sustancias y los métodos enumerados en la lista prohibida. 2) El indefinido criterio de la “reiteración de la ingesta” no ha de entenderse referido a la prueba de que el deportista ha ingerido repetidamente el producto que se le suministró. Para la perfección del delito no es necesario que el sujeto pasivo llegue a consumir la sustancia o hacer uso del método dopante pues, de ser así, estaríamos seguramente en el ámbito de la lesión. Además, con tal exigencia se estaría negando la posibilidad de aplicar el artículo 362 quinquies sobre la base del criterio de la reiteración de la ingesta. Así pues, puede sustentarse que el resultado de peligro no depende del ulterior comportamiento del deportista y que este parámetro ha de interpretarse en el sentido de acreditar que el comportamiento concreto del sujeto activo se orientó conscientemente a conseguir un consumo continuado y peligroso del preparado dopante por el deportista, para lo que habrán de valorarse todas las variables que confluieron en el hecho. 3) La cláusula de medición del peligro que alude a “las otras circunstancias concurrentes” abre la tipicidad a cualquier contingencia que pueda determinar la nocividad de la sustancia y la puesta en peligro de la vida o la salud del deportista. Engloba, por tanto, las condiciones personales del destinatario concreto, así como cualesquiera otras de toda índole.

III

Suplementos deportivos nutricionales y dopaje

15. No es casual que una de las vías elegidas para introducir en el mercado sustancias dopantes peligrosas sea el marco alimentario, en concreto mediante la distribución de suplementos nutricionales para deportistas que se ponen en circulación como complementos alimenticios o los denominados productos dietéticos para deportistas. Una revisión de la legislación aplicable a esta clase de alimentos pone de manifiesto que este puede ser un medio idóneo para difundir productos ilegales bajo una apariencia de legalidad, dada la debilidad del sistema establecido para garantizar su control. De hecho, los productos dietéticos para deportistas carecen en la actualidad de una legislación específica que concrete las particularidades propias relativas a su elaboración, composición, etiquetado, presentación y comercialización. La normativa de carácter general que les es aplicable no establece límites claros respecto de los ingredientes que pueden utilizarse para su fabricación, lo que conduce a una cierta indeterminación e inseguridad acerca de su inocuidad. A consecuencia de ello, su ambigua naturaleza se traduce en que un mismo producto es considerado unas veces medicamento y otras alimento. Del mismo modo, los complementos alimenticios, además de vitaminas y minerales, pueden contar en su composición con otros ingredientes que no se detallan en las disposiciones que los regulan. Entre otros, pueden incorporar plantas y elementos vegetales cuya seguridad para la alimentación humana es difícil de evaluar, sin olvidar que los productos a base de plantas, según el caso, pueden clasificarse como medicamentos. A estas deficiencias se suma, finalmente, que para la comercialización de los complementos alimenticios y los productos dietéticos no se requiere autorización previa, sino que basta con comunicarla a la autoridad competente, incluso con carácter simultáneo a la primera puesta en el mercado, y tan solo mediante la transmisión de un modelo de etiquetado que puede no coincidir con la realidad.

16. A propósito de los suplementos deportivos dopantes peligrosos, se hace preciso valorar las relaciones concursales que pueden derivar de los eventuales solapamientos entre el delito de dopaje y los restantes ilícitos del capítulo, no solo por razón del objeto material, sino también por las conductas típicas. Al respecto, la prohibición de *bis in idem* lleva a descartar el concurso de delitos y a optar por el concurso de normas. Frente

a la disparidad de opiniones que se mantienen en la doctrina en cuanto a cuál de las reglas del artículo 8 debe aplicarse, y presupuesto que el contenido de injusto de la figura de dopaje es de peligro individual, el principio aplicable debería ser el de consunción a favor de la infracción de peligro general de que se trate, de modo que el precepto desplazado sería el de dopaje del artículo 362 quinquies. Los argumentos que fundamentan esta opción son: 1) Difícilmente cabe otorgar prevalencia al tipo de dopaje por especialidad, como se ha propuesto, pues el análisis comparativo en abstracto de las normas permite verificar que no existe subordinación, y que faltaría el requisito consistente en que toda acción que cumpliera con el tipo del delito especial habría obligadamente de realizar de forma simultánea el tipo de la infracción general. 2) Tampoco parece que la relación entre el artículo 362 quinquies y los preceptos relativos a la salud pública sea de subsidiariedad tácita, pues no está claro que uno de ellos constituya una forma de ataque más grave o acabada del mismo bien jurídico. 3) Excluidas las fórmulas legales anteriores, el precepto de peligro general es suficiente para valorar completamente el hecho y consume el contenido de injusto (y de culpabilidad) propio del ilícito de dopaje. 4) Con esta solución la respuesta penal es, con la única excepción del artículo 360, más proporcionada y razonable atendiendo a la mayor lesividad de la conducta, por la extensión del peligro a la colectividad.

17. Determinar si los comportamientos ilícitos que recaigan sobre suplementos nutricionales dopantes pueden subsumirse bajo alguno de los delitos sobre medicamentos y productos afines requiere dilucidar si pueden constituir el objeto material “medicamento” descrito en la normativa penal. Para ello es fundamental concretar qué haya de entenderse por medicamento de uso humano y acotar el alcance de la referencia al medicamento en el orden penal. Por lo que se refiere a la noción de medicamento cabe destacar lo siguiente: 1) La legislación sanitaria extrapenal ofrece dos acepciones diversas: por un lado, un concepto amplio que lo define con arreglo a dos criterios que pueden concurrir simultánea o alternativamente, el de la “función” y el de la “presentación”. De acuerdo con ellos, será considerada “medicamento” toda sustancia que *se presente* como poseedora de propiedades para tratar o prevenir enfermedades, y/o pueda emplearse *con el fin* de restaurar, corregir o *modificar las funciones fisiológicas* ejerciendo una acción farmacológica, inmunológica o metabólica, o de establecer un diagnóstico médico. Esta concepción es especialmente conflictiva porque el criterio de la “función” da cabida a un amplísimo espectro de preparados,

algunos ajenos al ámbito farmacológico. Por otro lado, un concepto restrictivo que responde a una interpretación integradora y sistemática de la legislación farmacéutica: solo serán medicamentos aquellas sustancias o combinaciones de sustancias que además de cumplir con los criterios materiales descritos cuenten con el requisito formal del reconocimiento legal. Este reconocimiento legal puede derivar de la ley o de la existencia de una autorización administrativa y comporta que el fármaco pueda fabricarse y circular con garantías en el tráfico jurídico. 2) La normativa reguladora de los medicamentos establece la regla “para caso de duda”, lo que significa que los suplementos nutricionales dopantes que simultáneamente puedan calificarse como medicamentos y como alimentos se regirán por las disposiciones administrativas relativas a los fármacos. Se trata de someterlos a un régimen de control exhaustivo e impedir que su distribución se someta a la reglamentación más laxa del sector alimentario y puedan poner en riesgo la salud de los consumidores. 3) En el ámbito penal, la naturaleza normativa del término “medicamento” ha llevado a sostener acepciones bastante próximas o incluso coincidentes con el concepto amplio que facilita la legislación administrativa. No obstante, pese a los esfuerzos realizados para concretar el contenido del vocablo “medicamento”, la praxis judicial pone de manifiesto que sigue existiendo controversia y confusión respecto a qué sustancias o combinaciones de sustancias pueden caer bajo tal concepto. Los inconvenientes que plantea la noción amplia en el orden penal son de tres tipos: en primer lugar es excesiva, pues da cabida a toda clase de sustancias que solo cumplan, alternativa o simultáneamente, con los criterios de la “función” y de la “presentación”, aunque carezcan de reconocimiento legal como medicamentos; en segundo lugar, permite incluir en el ámbito de las infracciones sobre medicamentos objetos materiales previstos en otros delitos del mismo capítulo, lo que genera disfunciones en el sistema integral de protección de la salud pública; y, en tercer lugar, su traslado a los tipos penales es muy complejo en general, pues provoca inseguridades a la hora de interpretarlos y de encuadrar correctamente las conductas. 4) Resulta razonable defender que jurídicamente solo puedan reputarse medicamentos los compuestos que encajen en la acepción restrictiva. Aunque el término se utiliza indistintamente, la etiqueta “medicamento” debería reservarse exclusivamente para aquellos que cumplan las prescripciones formales exigidas por la ley, garantizando que sean seguros, eficaces y de calidad a fin de preservar la salud de los ciudadanos.

18. El análisis del alcance de la referencia al medicamento en las nuevas infracciones relativas a medicamentos y productos afines pone de relieve que la ley no utiliza un significado unívoco del mismo: en unos casos emplea el término con propiedad, para referirse a los medicamentos genuinos de acuerdo con el concepto restrictivo, y en otros se vale de la noción amplia, haciendo un uso impropio que lleva a incluir sustancias de índole muy variada que no son verdaderos fármacos. En particular, en el primer grupo de casos, los artículos 361, segundo inciso, y 362. 2 contemplan como objeto material al medicamento legalmente reconocido. Las exigencias típicas así lo confirman. En concreto: 1) Se alude a medicamentos “deteriorados”, “caducados” o que “incumplan exigencias técnicas de estabilidad, composición o eficacia” (art. 361, segundo inciso, Cp). Todas estas características legales significan que los fármacos han de ser inicialmente legítimos o genuinos, aunque luego se deterioren, caduquen o incumplan requisitos técnicos. 2) Se requiere que la alteración típica recaiga sobre la “cantidad”, “la caducidad” o “la composición genuina”, según lo “autorizado” o “declarado” y que suponga una “reducción de su seguridad, eficacia o calidad” (art. 362.2 Cp). En relación con esto ha de entenderse, en primer lugar, que los términos “autorizado” y “declarado” son sinónimos en cuanto a su contenido y no representan realidades distintas: la composición, la dosis, la caducidad o la cantidad declarada en el prospecto o etiquetado no es otra que la autorizada por la Administración sanitaria o verificada por determinados profesionales que garantizan que el producto es un medicamento que cumple las garantías especificadas normativamente. En segundo lugar, aunque el precepto solo se refiere al carácter genuino de la composición, una interpretación consecuente debe conducir a exigir que la dosis, la cantidad o la fecha de caducidad del compuesto que se alteran sean también genuinas. En tercer lugar, la reducción de la eficacia no alude a una eficacia presunta, sino a aquella que fue constatada a través de la evaluación y el control administrativo sanitario, que ha de verse minorada como consecuencia de la alteración; la reducción de la seguridad versa sobre un medicamento que presentaba unos niveles de toxicidad permitidos y avalados por las autoridades competentes; y, por último, la disminución de la calidad ha de verificarse a partir del nivel que habría de reunir el fármaco de acuerdo con las condiciones que determinaron su reconocimiento como tal.

19. Junto a los preceptos que recogen al medicamento genuino como objeto material, existe un segundo grupo de casos que se prevén en los artículos 361, primer inciso,

362.1 y 362 bis, en los que el medicamento relevante penalmente que constituye el objeto de la acción no es un auténtico fármaco sino un preparado que se sitúa al margen de la legalidad y cuya calidad, seguridad y eficacia no está garantizada en origen. En relación con el artículo 361, primer inciso, cabe reseñar lo siguiente: 1) Es una obviedad que la expresión “medicamentos que carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley” que figura en la descripción típica no coincide con la acepción restrictiva, de ahí que el objeto material no sea un medicamento legalmente reconocido. 2) La ley ha tomado como referencia la noción amplia vinculada a los criterios de la “función” y/o de la “presentación”, lo que significa aceptar una variada gama de productos ilegales, desde compuestos inocuos, a los que se atribuyen propiedades terapéuticas, hasta cualquier otro que por su composición pueda afectar a las funciones fisiológicas, aun cuando los consumidores no lo perciban propiamente como un medicamento. 3) Un concepto así suscita importantes problemas de encaje sistemático del ilícito dentro de las propias figuras farmacológicas y en relación con los restantes delitos contra la salud pública. Por ello, es necesario perfilar los contornos del objeto material dentro de límites razonables que respondan a una interpretación integradora y respetuosa con el principio de legalidad. Los criterios rectores para restringir el desmesurado alcance del objeto material en este primer inciso del artículo 361 son, además de la falta de autorización que, como mínimo, el producto presente la apariencia de ser un medicamento dotado de propiedades terapéuticas y dirigido al ámbito de la prevención y el tratamiento de enfermedades, ya circule en el mercado oficial de fármacos o en el clandestino. 4) En coherencia con lo anterior, no integrarán el objeto “medicamento no autorizado”: i) los productos que imiten externamente un medicamento real que se pretenda suplantar, a los que alcanza el artículo 362.1; ii) los productos que simulen ser verdaderos medicamentos presentando engañosamente alguno de los datos que se relacionan en el artículo 362.1; iii) los medicamentos legítimos que se desvíen de los cauces legales de distribución y suministro. Si bien la norma internacional que sirve de base a esta modalidad típica acoge esta posibilidad, la redacción otorgada por el Código penal la excluye claramente. 5) Quedarán comprendidos en el “medicamento no autorizado”: i) los preparados que simulen ser medicamentos, si el falseamiento no concierne a los extremos previstos en el artículo 362.1; ii) los medicamentos legales en otros países pero no autorizados en España. 6) No hay que descartar que, dado lo impreciso del término “medicamento”, el precepto acabe configurándose como un tipo de recogida al que reconducir toda clase de productos que contengan alguna sustancia

de acción farmacológica, aun cuando quepa valorar la concurrencia de otras figuras penales.

Por lo que concierne al artículo 362.1, acoge los denominados “medicamentos falsificados”, a los que otorga un contenido aún más amplio que el de la definición comunitaria que le sirve de base. Se requiere la presentación fraudulenta de una larga serie de elementos que permiten identificar el objeto y verificar su trazabilidad, de manera que la apariencia del producto sea la de un medicamento genuino, controlado por la Administración sanitaria. La exégesis del precepto aporta las siguientes conclusiones en relación con el objeto material: 1) El concepto de medicamento que se maneja es el que se centra en la “presentación”, lo que deriva de la expresión “se *presente* engañosamente”, y hace inviable integrar el objeto material con un producto que solo responda al criterio de la “función”. 2) Esta primera condición necesaria no impide que el término se emplee de un modo excesivamente abierto que da cabida a elaboraciones de muy variada índole: preparados que cumplan simultáneamente con los criterios de la “función” y la “presentación”; sustancias inocuas que no encajen en la noción funcional y a las que simplemente se les da la apariencia de ser fármacos falseando alguno de los extremos descritos en el tipo; e, incluso, medicamentos legalmente reconocidos *ab initio* que se acompañen de documentos engañosos. 3) Para establecer los datos sobre los que ha de recaer la acción fraudulenta se sigue un sistema de *numerus apertus* que contribuye deficientemente a fijar el objeto material: las referencias legales son indeterminadas, lo que afecta al principio de legalidad, y admiten la posibilidad de incluir preparados que simplemente incumplan requisitos formales no esenciales, en perjuicio del principio de ofensividad. 4) La concreción del objeto material provoca una extensión desmesurada del alcance del tipo y difumina los límites entre el ilícito penal y el administrativo. Estos defectos han de corregirse a través de la verificación rigurosa de su idoneidad para constituir un peligro para la vida o la salud.

En cuanto al objeto material del artículo 362 bis, cabe remitirse a lo expresado anteriormente sobre los “medicamentos falsificados” (art. 362.1 Cp) y los medicamentos alterados (art. 362.2 Cp).

20. Atendiendo a la delimitación del medicamento en los tipos farmacológicos, es indudable que resulta inviable la posibilidad de apreciar las modalidades recogidas en los artículos 361, segundo inciso, y 362.2 para sancionar las conductas ilícitas que

versan sobre suplementos nutricionales deportivos que contengan sustancias dopantes prohibidas para la salud y comporten un peligro general para la salud. La falta del requisito formal del reconocimiento legal determina la atipicidad. Con carácter general, la intervención penal a través de los delitos relativos a medicamentos queda restringida a aquellos que adopten la apariencia de ser fármacos destinados al circuito farmacéutico, legal o clandestino. La sola presencia en su composición de sustancias farmacológicas no es suficiente. Por tanto, únicamente serán susceptibles de aplicación los artículos 361, primer inciso, 362.1 y 362 bis, de acuerdo con lo siguiente: 1) El artículo 361, primer inciso, solo alcanzará a los suplementos deportivos que simulen ser medicamentos, en tanto la presentación engañosa no se refiera a los datos o características que se relacionan en el artículo 362.1: habrán de presentarse de un modo verosímil como fármacos idóneos para tratar o prevenir enfermedades y reunir condiciones para exponer a riesgo la salud. El uso desviado por los consumidores, para dopaje o con fines estéticos será irrelevante. 2) Si el suplemento deportivo se elabora o produce falseando algunos de los extremos a los que alude el artículo 362.1, la acción será subsumible bajo este precepto, tanto si existe un modelo de medicamento de referencia en el mercado, como si no hay un prototipo que suplantar. 3) Puesto que los suplementos dopantes no pueden considerarse medicamentos legítimos, el ámbito de aplicación del artículo 362 bis en relación con estos productos quedará circunscrito a la modalidad referida a los “medicamentos falsificados” y no a los alterados.

21. La introducción en la regulación sobre medicamentos de la circunstancia agravante referida a que el culpable fuese entrenador físico o deportivo que obrase en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio (art. 362 quáter) es disfuncional. Es obvio que en estos casos la conducta del sujeto activo se dirige a los deportistas y que su destino es el dopaje. Si el delito de dopaje se hubiera concebido como un delito de peligro general la agravación sería innecesaria, pues el tipo aplicable desde esa perspectiva no sería otro que el del artículo 362 quinquies. Aunque es probable que la cualificación responda a la irreflexión y a una decisión de política criminal acorde con la “tolerancia cero”, esta conformación del tipo agravado en los delitos sobre medicamentos podría venir a confirmar que el contenido de injusto de la infracción de dopaje es diverso al de las figuras que protegen la salud pública. Ello explicaría la notable disparidad penológica de ambos ilícitos: hasta ocho años de prisión en el delito farmacológico agravado, y de quince meses a dos años en la modalidad agravada de dopaje.

22. Aunque la regla “para caso de duda” obliga a que los suplementos nutricionales para deportistas que puedan encajar coetáneamente en la definición de alimento y en el concepto amplio de medicamento, por su composición o por el modo en que se presenten ante los consumidores, queden sujetos a la regulación administrativa en materia de medicamentos, cabe evaluar la opción de acudir a las figuras de fraude alimentario por las siguientes razones: 1) El alcance de los injustos sobre medicamentos ante este tipo de productos es limitado. 2) La regla para “caso de duda” se establece en el ámbito estrictamente administrativo, pero no hay una imposición expresa de tal criterio en el orden penal. 3) Los suplementos deportivos que se comercializan generalmente como complementos alimenticios o, en menor medida, como productos dietéticos presentan con frecuencia una naturaleza parcialmente alimentaria. 4) Se dirigen al mercado alimentario, asociado a la nutrición. 5) Las acciones ilícitas que les afectan pueden considerarse potencialmente más lesivas que las que conciernen a los fármacos: el sector alimentario es más inseguro porque hay un menor control administrativo y el riesgo permitido es mayor; los canales de distribución posibilitan un acceso libre, a diferencia de lo que sucede con el medicamento, que en teoría ha de circular por unos cauces legales específicos y requiere prescripción médica en muchas ocasiones; el círculo de destinatarios es más amplio que el de los consumidores de fármacos; la posición de los receptores de estos preparados es más débil, pues carecen de las posibilidades de autoprotección con que cuentan los adquirentes de medicamentos, por la percepción de que se trata de suplementos alimenticios inocuos aptos para complementar la dieta y mejorar su rendimiento de una forma “natural”.

23. Si se toma como premisa de partida que el suplemento deportivo dopante no adopte la apariencia de ser un fármaco dotado de propiedades para prevenir o tratar enfermedades, caso en que podría valorarse alguna infracción sobre medicamentos, la selección de los ilícitos de fraude alimentario a considerar dependerá de que aquel pueda integrar el objeto material de la modalidad correspondiente. Esta clase de preparados puede encuadrarse en alguna de las siguientes categorías: “productos alimentarios” (art. 363.1 Cp), “bebidas” (arts. 363.2 y 364.1 Cp), “comestibles” (art. 363.2 Cp), “géneros” (art. 363.3 Cp), “efectos” (art. 363.5 Cp), “alimentos” (art. 364.1 Cp) y “sustancias alimenticias” (art. 365 Cp). Quedará excluida la posibilidad de identificarlos como “productos de uso no autorizado” (art. 363.4 Cp) por tratarse de

compuestos que se ingieren y por reunir el carácter alimentario propio de los objetos previstos en los otros números del artículo 363.

24. En relación con las infracciones alimentarias susceptibles de aplicación hay que puntualizar lo siguiente: 1) La configuración del artículo 363 como un delito especial del que solo pueden ser sujetos activos los productores, distribuidores o comerciantes supone una importante limitación cuando el autor es un particular: en principio este solo podrá ser sancionado por los artículos 364 o 365, que son delitos comunes que tipifican otros comportamientos. En atención al bien tutelado y en orden a reducir eventuales lagunas de punibilidad sin vulnerar el principio de legalidad, ha de admitirse al “profesional de hecho”: aquel que *de facto* desempeñe funciones de productor, distribuidor o comerciante con habitualidad y no de un modo ocasional, aunque su actividad profesional principal sea otra. Conforme a ello, cabría aceptar como sujeto activo al monitor de un gimnasio que indiscriminadamente y con asiduidad suministra suplementos peligrosos en el establecimiento deportivo donde trabaja. 2) El excesivo casuismo del artículo 363 plantea objeciones por los posibles solapamientos de las modalidades de conducta y por la afección del principio de proporcionalidad, al sancionar con igual pena acciones con diverso potencial lesivo. Se trata de un tipo mixto alternativo, de modo que si un mismo sujeto acumula comportamientos punibles variados corresponde apreciar un solo delito y graduar la pena en atención al mayor desvalor del hecho. 3) Con respecto al artículo 363.1: i) el ofrecimiento en el mercado comprende, no solo el negocio jurídico de la compraventa en sentido estricto, sino también otros como la permuta o la donación. El injusto típico abarcaría así los casos de envío de muestras gratuitas de un complemento vitamínico dopante perjudicial para su distribución a los clientes de un local dedicado a la nutrición deportiva; ii) la omisión o alteración de requisitos normativos en materia de caducidad o composición que exige la descripción típica acoge supuestos de incorporación de sustancias, lo que suscita problemas concursales con los artículos 363.2 y 364; iii) el tipo recoge una acción compleja que requiere una acumulación de comportamientos: omitir o alterar, y ofrecer. A efectos de aplicar esta modalidad, será indiferente que sea el mismo individuo que ofrece el producto alimentario en el mercado el que haya incumplido las prescripciones legales de caducidad o composición o que tal conducta la haya realizado un tercero. 4) En cuanto al artículo 363.2, que sanciona la fabricación o venta de bebidas o comestibles nocivos, el elemento de mayor interés es la “nocividad”. Con carácter

general, concretar este concepto dinámico requerirá tomar en consideración la composición del producto y las condiciones normales de su uso o consumo: será apto para constituir el objeto material de este delito aquel suplemento nutricional para deportistas que incluya entre sus componentes alguna sustancia dopante y que consumido conforme a las indicaciones del envase sobre dosificación y tiempos de ingesta, sea dañino para la salud. El precepto ofrece cobertura para las hipótesis de “nocividad absoluta” y también para las de “nocividad relativa”, dando entrada así a aquellos suplementos específicamente diseñados para deportistas que presenten una nocividad asociada a una ingestión reiterada del compuesto que supere el riesgo permitido. 5) En lo que se refiere al alcance del artículo 363.3, relativo al tráfico de géneros corrompidos, si se acepta la acepción amplia de corrupción que propugna la jurisprudencia, que comprende además de la descomposición o la putrefacción, “la adulteración, la alteración o la conmixción, producidas por causas naturales o por factores de índole artificial”, habría que calificar como género corrompido a aquel suplemento deportivo que contuviese algún ingrediente añadido que lo convirtiese en peligroso para la salud. En este caso, la vaguedad de la expresión “factores de índole artificial” permitiría afirmar el estado de corrupción del género. Es discutible que este sea el sentido de la norma, aunque es posible que con una interpretación tan artificiosa se pretenda acoger los supuestos que no puedan subsumirse en las restantes figuras por razones de tipicidad. 6) Es factible que quepa castigar a través del artículo 363.5 los casos en que se ponga en peligro la salud de los consumidores mediante la ocultación, para comerciar con ellos, de suplementos alimenticios que hayan sido fiscalizados por las autoridades sanitarias y respecto de los que se haya ordenado su retirada. Si bien parece que este tipo penal no está previsto para esta clase de situaciones, no hay que descartar esta posibilidad, dada la amplitud con que está concebido el objeto material, así como considerando el vasto significado que se atribuye al término “inutilización”. 7) La modalidad prevista en el artículo 364.1, de adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud, tiene capacidad para acoger los comportamientos de adición de ingredientes dopantes a suplementos nutricionales: i) la locución “agentes no autorizados” es una fórmula abierta que da cabida a cualquier clase de sustancia como fuente de adulteración, aunque no sea propia de la esfera alimentaria, y cualquiera que sea su finalidad, incluso dopante; ii) la expresión “no autorizados” se refiere al ámbito alimenticio, y se extiende a los agentes expresamente prohibidos, a las sustancias no específicamente autorizadas y a las admitidas que se

utilicen en dosis superiores a las autorizadas. La normativa alimentaria no prohíbe expresamente la adición de elementos dopantes, pero el silencio no equivale a un permiso. Pese a que son autorizables en general en el ámbito de los medicamentos, con sujeción a estrictas exigencias legales, no están autorizados en el entorno de la alimentación; iii) la capacidad del agente para dañar la salud dependerá no solo de su nocividad *per se*, sino también de la cantidad que se adicione al alimento. Una exégesis acorde con la finalidad del tipo obliga a verificar la peligrosidad en el suplemento al que se haya añadido el ingrediente dopante no autorizado; iv) puesto que nada se indica en la formulación típica, la adulteración punible podrá tener lugar no solo en el proceso de elaboración del preparado nutricional, sino en cualquiera de las etapas posteriores; v) los límites de la acción típica que marca el precepto plantean una laguna de punibilidad cuando se trate de particulares que se limiten a *expendere nocividad*. 8) Si la adulteración del suplemento deportivo tuviese lugar mediante un elemento dopante gravemente nocivo para la salud, de modo que el preparado deviniese susceptible de incidir intensamente en la salud de las personas, la acción será subsumible bajo el artículo 365. Esta modalidad delictiva comprende los supuestos de nocividad absoluta y de nocividad relativa.

25. La aplicación de las figuras relativas a drogas tóxicas a conductas que se refieren a suplementos nutricionales para deportistas que circulan en el mercado y contienen drogas dopantes plantea algunas cuestiones de interés: 1) El concepto de droga que secunda la jurisprudencia, que solo acoge los estupefacientes y las sustancias psicotrópicas que aparecen relacionadas en las listas internacionales anexas a los Convenios ratificados por nuestro país y sus actualizaciones, es insuficiente. Con él se propicia la impunidad frente a la creación constante de nuevas drogas muy peligrosas, en tanto que no se hallan incluidas expresamente en los catálogos, lo que parece un contrasentido si se realiza una interpretación teleológica de los preceptos que a ellas conciernen. La alerta generada por la presencia en el sector alimentario nacional e internacional de suplementos deportivos que incorporan estimulantes peligrosos para la salud *análogos* a las anfetaminas y no catalogados, debería impulsar una reconsideración del concepto de droga que tome como referente el bien jurídico y la efectiva toxicidad de la sustancia incorporada. 2) Ha de rechazarse la práctica judicial más reciente que aplica el delito relativo a drogas tóxicas a conductas que tan solo generan un peligro individual circunscrito: las entregas gratuitas de cantidades muy

reducidas a un sujeto que no sea adicto, y las ventas individuales de dosis pequeñas pero superiores a la mínima psicoactiva. La razón para afirmar la atipicidad en estos casos es que se trata de conductas que carecen de antijuricidad material porque no representan un verdadero ataque típico al bien jurídico protegido, al no comportar un peligro de difusión entre una pluralidad de sujetos indeterminados. Las situaciones de exclusivo peligro individual quedan fuera del alcance del artículo 368, pues la estructura que lo caracteriza es únicamente de peligro general. 3) En estos casos, si el destinatario es un deportista y concurren los restantes elementos del delito corresponderá apreciar el ilícito de dopaje, cuyo contenido de injusto es de peligro individual. Ello comporta un importante desajuste que afecta a los principios de igualdad y proporcionalidad, consecuencia de la diferente naturaleza de los delitos: se castigarían a través del artículo 362 quinquies las entregas que no comportan un riesgo de expansión cuando el destinatario es un deportista y esas mismas conductas quedarían sin sanción si el receptor de la droga no es un deportista.

26. El carácter residual del delito relativo a sustancias nocivas del artículo 359 no impide que puedan quedar subsumidos bajo el mismo algunos hechos relativos a suplementos nutricionales dopantes a los que no alcancen las demás infracciones contra la salud pública. Los argumentos para ello son: 1) La necesidad de evitar lagunas de punibilidad aconseja mantener una exégesis lata de la expresión “sustancias nocivas” que garantice una adecuada protección de la salud. Acreditada la nocividad requerida y la falta de autorización debida que reclama el ilícito, no hay que desechar automáticamente que un medicamento, un producto alimenticio, un elemento dopante o una droga, puedan integrar el objeto material del artículo 359. 2) El argumento de que ello supondría una ruptura con el principio de fragmentariedad queda desvirtuado desde el entendimiento de que su contenido de injusto no es de peligro abstracto *stricto sensu*, pues la descripción típica requiere la idoneidad o aptitud de la conducta para producir el daño a la salud, al exigir que se trate de sustancias *nocivas* o de productos químicos que *puedan causar estragos*. Es preciso constatar la capacidad lesiva de la acción, pues en otro caso se vería afectado el principio de ofensividad. Con todo, se aprecia una planificación irreflexiva de la tutela de la salud pública, por el desigual tratamiento punitivo que se otorga en las distintas figuras contra la salud pública a supuestos que pueden revestir la misma o similar gravedad. 3) Una interpretación excluyente atribuye

a las sustancias nocivas una hipertutela frente a los restantes objetos del capítulo que es difícil de justificar.

IV

Planteamientos para una valoración político-criminal del delito de dopaje

27. La decisión de intervenir penalmente para reprimir el dopaje constituye una muestra más de la incontinencia legislativa que caracteriza a la política criminal expansionista de los tiempos modernos. Intereses económicos y políticos, acompañados por una fuerte presión internacional y la percepción por algunos de que los medios de protección extrapenales no eran eficaces han desembocado en la creación de una figura penal que, tanto desde el punto de vista de la política criminal general como desde la perspectiva del tipo específico recogido en el Código penal, es muy cuestionable por las siguientes razones: 1) La dimensión puramente protectora de la actividad deportiva, en concreto de los valores del deporte, presente en la oscura redacción del artículo 362 quinquies, distorsiona seriamente su función en la tutela de la salud. 2) El solapamiento entre el ilícito administrativo y el penal, en línea con la tendencia cada vez más acusada hacia la “administrativización” del Derecho penal, permite cuestionar que la norma respete los límites que impone el carácter fragmentario y subsidiario del Derecho penal. 3) La extensión del uso del *ius puniendi* a actuaciones que no alcanzan a crear un peligro para una pluralidad indeterminada de personas, sino un riesgo para el interés individual vida o salud de un deportista sin que conste un dolo de lesión, remite a la posibilidad de que se trate de castigar tentativas imprudentes de lesión de un bien jurídico individual, consideradas tradicionalmente impunes. Esto constituye una peligrosa novedad, pues refleja una orientación político-criminal que discurre al margen de exigencias o principios básicos del Derecho penal derivados del general de prohibición de exceso: el de intervención mínima y el de proporcionalidad. 4) La incriminación de comportamientos que ocasionan un peligro individual consentido libremente por el deportista capaz, titular del bien disponible afectado, constituye la muestra de un paternalismo estatal injustificado. Aunque podría admitirse para los casos previstos en el tipo agravado, en los que la decisión del deportista no es autónoma, es difícil imaginar que en estos supuestos el dolo del autor no haya abarcado un eventual resultado lesivo y que la conducta no pueda sancionarse como una forma imperfecta de

un delito de lesión a título de dolo eventual. 5) La incorporación del delito de dopaje al Código penal supone un importante desajuste en el sistema de protección de la salud. De hecho, respecto de los delitos contra las personas, si concurre el consentimiento del deportista se sanciona más gravemente la creación del peligro que la causación de lesiones básicas; y, en relación con los delitos contra la salud pública, la tendencia de los operadores jurídicos a aplicar el delito de dopaje a comportamientos que generan un peligro general para una pluralidad indeterminada de deportistas pone de manifiesto desajustes punitivos severos, asentados en la cualidad del sujeto pasivo, que no se justifican y que asimismo pueden vulnerar el principio de igualdad. 6) El sistema de tutela existente, ampliado especialmente en materia de medicamentos por la última reforma del Código penal, ofrece instrumentos suficientes para hacer frente a los ataques más graves para los supuestos en que a través de elementos dopantes se genere un peligro general para la salud pública. Esto pone en entredicho la necesidad de la intervención penal, que no comporta un valor añadido a la protección que se otorga a través de los injustos contra la salud pública. 7) La descuidada y deficiente técnica legislativa empleada, consecuencia de la irreflexión y la precipitación en la gestación del ilícito penal, revela además: i) una cierta obsesión punitivista plasmada en el uso de verbos típicos redundantes en la formulación legal, algunos de los cuales representan un menor potencial lesivo, lo que complica la interpretación y obliga a invocar el necesario respeto al principio de ofensividad para evitar las soluciones desproporcionadas a que llevaría un excesivo adelantamiento de las barreras de protección penal; ii) un escaso respeto al principio de legalidad, en particular del mandato de determinación, producto del recurso a conceptos vagos y a expresiones ambiguas y del reenvío legislativo a una norma imprecisa que tiene su origen en una organización privada; iii) y algunas lagunas de punición incongruentes con el pretendido afán de no dejar resquicio a la impunidad. 8) El uso simbólico del Derecho penal, a través del artículo 362 quinquies, presenta connotaciones predominantemente negativas en línea con la tendencia contrastada en el Derecho penal moderno, a pesar de que cabría pensar que la intervención penal pueda tener también efectos simbólicos positivos de carácter instrumental. Así, la norma cumple una función preventivo integradora en cuanto que se dirige a concienciar a la ciudadanía de que este tipo de conductas que amenazan a la salud deben ser erradicadas y, a su vez, constituye un mensaje claro para disuadir a quienes obtienen importantes beneficios económicos con estas prácticas ilícitas. Sin embargo, se aprecia un desequilibrio derivado de la producción de efectos simbólicos negativos que no sirven

al fin fundamental de protección del bien jurídico salud que se declara y que debería presidir la utilización del *ius puniendi*. Entre estos efectos simbólicos se pueden señalar: i) el papel destacado que se otorga a la pureza y a la igualdad de la competición puede poner en tela de juicio la legitimidad y la justificación de la actuación penal; ii) el uso político y promocional del Derecho penal: se acude al castigo penal para dar satisfacción a las demandas internacionales y preservar la imagen de un Estado fuerte y comprometido en la lucha contra el dopaje; iii) una intervención penal innecesaria e irreflexiva, que ignora muchos de los principios rectores del orden jurídico penal; iv) la dudosa eficacia preventivo general negativa de la disposición: si bien no se pueden medir empíricamente sus efectos disuasorios, el resultado normativo presenta un alcance limitado. De hecho, la praxis judicial que otorga prevalencia al dopaje frente a los ilícitos contra la salud pública atenúa el tratamiento punitivo de quienes trafican con sustancias dopantes respecto de quienes lo hacen con medicamentos o drogas. Desde esta perspectiva podría, incluso, afirmarse un efecto colateral de llamada a este tipo de delincuencia, por la menor severidad de la sanción penal. En definitiva, una ponderación de los efectos que despliega la norma, tal y como se ha configurado, pone de relieve que desempeña principalmente una función simbólica negativa que difícilmente coadyuva a una protección eficaz del bien jurídico y a la prevención del delito, lo que permite dudar seriamente de la legitimidad del tipo específico de dopaje.

RELACIÓN JURISPRUDENCIAL

JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Tribunal Constitucional

STC 122/1987, de 14 de julio

STC 3/1988, de 21 de enero

STC 127/1990, de 5 de julio

STC 120/1998, de 15 de junio

STC 118/1992, de 16 de septiembre

STC 111/1993, de 25 de marzo

STC 53/1994, de 24 de febrero

STC 62/1994, de 28 de febrero

STC 120/1998, de 15 de junio

STC 24/2004, de 24 de febrero

STC 34/2005, de 17 de febrero

STC 283/2006, de 9 de octubre

Tribunal Supremo

Sala Segunda, de lo Penal

STS de 26 de septiembre de 1973

STS de 29 de noviembre de 1976

STS de 7 de diciembre de 1976

STS de 15 de diciembre de 1976

STS de 18 de diciembre de 1981

STS 780/1982, de 22 de mayo

STS de 9 de julio de 1982

STS 1383/1984, de 22 de marzo

STS de 10 de octubre de 1988

STS de 12 de abril de 1989

STS de 31 de enero de 1990

STS de 18 de noviembre de 1991

STS de 10 de marzo de 1992

STS 8159/1992, de 2 de noviembre
STS 14982/1993, de 22 de febrero
STS 10169/1993, de 22 de febrero
STS 3235/1993, de 21 de mayo
STS 3499/1993, de 29 de mayo
STS 4510/1993, de 25 de junio
STS 9459/1993, de 15 de julio
STS 1090/1994, de 27 de mayo
STS 4120/1994, de 27 de mayo
STS 4269/1994, de 1 de junio
STS 16863/1994, de 12 de septiembre
STS 51/1996, de 12 de enero
STS 14/1996, de 16 de enero
STS 1047/1996, de 19 de febrero
STS 4378/1996, de 15 de julio
STS 4775/1996, de 11 de septiembre
STS 6245/1996, de 11 de noviembre
STS 305/1997, de 22 de enero
STS 6869/1997, de 17 de noviembre
STS 7849/1998, de 22 de diciembre
STS 7850/1998, de 22 de diciembre
STS 623/1999, de 3 de febrero
STS 5273/1999, de 20 de julio
STS 1486/1999, de 25 de octubre
ATS 7102/2000, de 19 de julio
ATS 7724/2000, de 26 de julio
STS 6644/2000, de 22 de septiembre
STS 1889/2000, de 11 de diciembre
STS 1210/2001, de 11 de junio
STS 6316/2001, de 18 de julio
STS 882/2002, de 11 de febrero
STS 557/2002, de 15 de marzo
STS 1612/2002, de 1 de abril
STS 2636/2002, de 15 de abril
STS 3325/2002, de 11 de mayo
STS 4254/2002, de 11 de junio
STS 1716/2002, de 27 de octubre
STS 2032/2002, de 5 de diciembre
STS 358/2003, de 16 de junio
STS 901/2003, de 21 de junio



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

STS 6605/2003, de 27 de octubre
STS 1281/2003, de 5 de noviembre
STS 1640/2003, de 28 de noviembre
STS 1663/2003, de 5 de diciembre
STS 1023/2004, de 19 de enero
STS 63/2004, de 21 de enero
STS 1982/2004, de 28 de enero
STS 924/2004, de 13 de febrero
STS 272/2004, de 5 de marzo
STS 385/2004, de 27 de marzo
STS 2326/2004, de 5 de abril
STS 4269/2004, de 18 de junio
STS 990/2004, de 15 de septiembre
STS 1207/2004, de 11 de octubre
STS 2153/2005, de 11 de abril
STS 3967/2005, de 17 de junio
STS 105/2005, de 21 de septiembre
STS 1044/2005, de 21 de septiembre
STS 225/2006, de 2 de marzo
STS 1009/2006, de 18 de marzo
STS 378/2006, de 31 de marzo
STS 1957/2006, de 31 de marzo
STS 2837/2006, de 24 de abril
STS 1052/2006, de 23 de octubre
STS 1106/2006, de 10 de noviembre
STS 145/2007, de 28 de febrero
STS 3917/2007, de 12 de abril
STS 533/2007, de 12 de junio
STS 749/2007, de 19 de septiembre
STS 8210/2009, de 6 de marzo
STS 954/2009, de 30 de junio
STS 518/2009, de 15 de septiembre
STS 115/2010, de 18 de febrero
STS 171/2010, de 10 de marzo
STS 3264/2010, de 18 de mayo
ATS 7010/2010, de 27 de mayo
ATS 8064/2010, de 10 de junio
STS 545/2010, de 15 de junio
ATS 9566/2010, de 15 de julio
ATS de 10 de mayo de 2012



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

STS 741/2013, de 17 de octubre

STS 717/2014, de 29 de enero de 2015

Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 20 de noviembre de 2003

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 18 de junio de 2008

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) 9035/2011, de 30 de noviembre

STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 27 de marzo de 2012

Audiencia Nacional

SAN (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de junio de 2005

SAN 70/2008, de 11 de diciembre

Tribunales Superiores de Justicia

STSJ Madrid 320/2000, de 29 de marzo

STSJ Madrid 1310/2001, de 30 de noviembre

STSJ Madrid 1134/2004, de 10 de septiembre

STSJ Madrid 1068/2008, de 15 de julio

STSJ Cataluña 310/2010, de 10 de mayo

Audiencias Provinciales

SAP Barcelona de 20 de noviembre de 1989

SAP Cáceres 31/1999, de 11 de mayo

SAP Tarragona de 7 de enero de 2000

SAP Granada 228/2000, de 3 de abril

SAP Huelva 263/2000, de 13 de julio

SAP Castellón 17/2000, de 18 de octubre

SAP Alicante 246/2001, de 8 de mayo

SAP Sevilla 62/2001, de 31 de mayo

SAP Salamanca 69/2001, de 30 de julio

SAP Córdoba 34/2002, de 30 de diciembre

SAP Girona 108/2003, de 25 de febrero

SAP León 45/2003, de 14 de abril

AAP Madrid 739/2003, de 28 de julio

SAP Málaga 684/2003, de 24 de noviembre

SAP Lugo 33/2004, de 4 de febrero

SAP Gerona 515/2004, de 23 de junio
SAP Pontevedra 46/2004, de 30 de junio
SAP Cuenca 104/2004, de 7 de octubre
SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril
AAP Castellón 43/2006, de 26 de enero
SAP Badajoz 8/2006, de 14 de febrero
SAP Pontevedra 102/2006, de 13 de septiembre
AAP Madrid 307/2007, de 22 de mayo
SAP Granada 483/2007, de 16 de julio
SAP Madrid 991/2008, de 3 de octubre
AAP Madrid 63/2009, de 12 de enero
AAP Gerona 192/2009, de 29 de abril
AAP Albacete de 30 de junio de 2009
SAP Granada 651/2009, de 4 de diciembre
SAP Barcelona 257/2010, de 15 de marzo
AAP Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre
SAP Valencia 545/2011, de 14 de julio
AAP Madrid 521/2011, de 15 de julio
AAP Madrid 1064/2011, de 13 de octubre
SAP Madrid 145/2011, de 2 de diciembre
SAP Pontevedra 13/2012, de 24 de enero
SAP Barcelona 204/2012, de 5 de marzo
SAP Gijón 18/2012, de 27 de abril
AAP Barcelona 697/2012, de 17 de septiembre
SAP Cádiz 315/2012, de 9 de octubre
SAP Valencia 385/2013, de 31 de mayo
SAP Islas Baleares 55/2013, de 1 de julio
SAP Las Palmas 261/2013, de 2 de diciembre
SAP Huelva 374/2013, de 30 de diciembre
SAP Huelva 3/2014, de 10 de enero
SAP Madrid 483/2014, de 8 de septiembre
SAP Sevilla 517/2014, de 23 de septiembre
SAP Santa Cruz de Tenerife 536/2014, de 4 de diciembre
SAP Pontevedra, 23/2015, de 11 de febrero
SAP Madrid 323/2015, de 4 de mayo
SAP La Rioja 87/2015, de 26 de mayo
SAP Almería 24/2015, de 8 de junio
SAP Madrid 619/2015, de 22 de junio
SAP Barcelona 584/2015, de 29 de junio
SAP Madrid 545/2015, de 20 de julio

Juzgados de lo Penal

SJP nº 4 Pamplona 180/2009, de 14 de abril
SJP nº 16 Madrid 531/2009, de 18 de diciembre
SJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero
SJP nº 1 Huelva 217/2012, de 15 de junio
SJP nº 6 Valencia 401/2012, de 10 de octubre
SJP nº 5 Las Palmas 14/2013, de 21 de enero
SJP nº 21 Madrid 144/2013, de 29 de abril
SJP nº 6 Móstoles 146/2014, de 11 de abril
SJP nº 18 Madrid 268/2014, de 4 de julio
SJP nº 5 Getafe 288/2014, de 30 de septiembre
SJP nº 2 Logroño de 9 de diciembre de 2014
SJP nº 5 Getafe, 18/2015, de 2 de febrero
SJP nº 11 Madrid 63/2015, de 8 de febrero
SJP nº 1 Bilbao de 18 de noviembre de 2015
SJP nº 10 Valencia 15/2016, de 14 de enero

Juzgados de Instrucción

AJI nº 31 Madrid de 8 de marzo de 2007
AJI nº 31 Madrid de 26 de septiembre de 2008
AJI nº 31 Madrid de 5 de noviembre de 2008
AJI nº 24 Madrid de 4 de julio de 2011

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

STJCE de 30 de noviembre de 1983, Bennekom, asunto 227/82,
STJCE de 21 de marzo de 1991, Delattre, asunto C-369/88
STJCE de 16 de abril de 1991, Upjohn, asunto C-112/89
STJCE de 28 de octubre de 1992, J. S. W. Ter Voort, asunto C-219/91
STJCE de 9 de junio de 2005, HLH Warenvertriebs y Orthica, C-211/03, C-299/03 y C-316/03 a C-318/03
STJCE de 15 de noviembre de 2007, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Federal de Alemania, asunto C-319/2005
STJCE de 15 de enero de 2009, Hecht-Pharma GmbH contra Stadt Regensburg, asunto C-140/2007.
STJCE de 5 de marzo de 2009, Comisión de las Comunidades Europeas contra España, asunto C-88/2007
STJUE de 20 de abril de 2009, BIOS Naturprodukte GmbH/Saarland, asunto C-27/08

STJUE de 6 de septiembre de 2012, Kreussler/Sunstar, asunto C-308/11

STJUE de 10 de julio de 2014, Marcus D. contra G., asuntos C-358/13 y C-181/14

Tribunal de Arbitraje Deportivo

STAS de 6 de febrero de 2012, asuntos acumulados CAS 2011/A/2384 y CAS 2011/A/2386



Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante

BIBLIOGRAFÍA

ACALE SÁNCHEZ, M./RUIZ RODRÍGUEZ, L. R., “Artículo 359” y “Artículo 361”, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J.R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, págs. 788-790, 791-792.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M., ¿Necesita el deporte la tutela del Derecho penal?, en DE ASÍS ROIG, A./HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 67-91.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “La protección penal”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 561-578.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Salud o deporte: ¿qué pretende tutelar el Derecho penal?”, en *La Ley Penal*, nº 47, marzo 2008, págs. 5-18.

ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Garantías y límites de los derechos fundamentales de los deportistas: infracción penal vs. infracción deportiva”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de l salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 639-678.

AMARILLA, N., “Categorías de productos regulados por la Ley 29/2006, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios. Frontera medicamento-alimento”, en *Derecho Farmacéutico Actual*, Cizur Menor, 2009, págs. 193-223.

AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, Munich, 2ª ed., 2008.

ANARTE BORRALLO, E./MORENO MORENO, F., “Anotaciones sobre la criminalización del dopaje”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 89-139.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., *Los delitos contra la salud pública: especial referencia al delito de adulteración y tráfico de animales (art. 364.2)*, Valencia, 2002.

ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículos 359 a 362 quáter”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 325-354.

“Anexo. Código Mundial Antidopaje [Texto revisado de 2015]”, trad. de S. Verdugo Guzmán, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A., *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 211-330.

ARENAS RODRIGÁÑEZ, M. P., *Protección penal de la salud pública y fraudes alimentarios*, Madrid, 1992.

ARROYO ZAPATERO, L., “El objeto material en el art. 368 del CP: planteamientos doctrinales y estudio de los aspectos más relevantes de la Jurisprudencia del Tribunal Supremo”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2000, págs. 321-381.

BACIGALUPO, E., “Problemas dogmáticos del delito de tráfico ilegal de drogas (art. 344)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, págs. 91-107.

BAIGÚN, D., *Los delitos de peligro y la prueba del dolo*, Buenos Aires, 2007.

BALLESTEROS MARTÍN, J. M. “El delito alimentario”, *Protección penal de consumidores y usuarios, Manuales de Formación Continuada*, núm. 15, Consejo General del Poder Judicial, 2001, págs. 217-245.

BALLESTEROS MOFFA, L. A., "Reforma de la organización administrativa en materia de salud y dopaje deportivo: la Comisión de Control y Seguimiento de la Salud y el Dopaje", en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 22, 2008, págs. 125-145.

BARBA SÁNCHEZ, R., "Una nueva perspectiva del dopaje: concepto legal de dopaje, ámbito de aplicación y dimensión organizativa de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y Lucha contra el Dopaje en el Deporte", en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 115-152.

BARRANCO VELA, R., "El estatuto jurídico de los medicamentos huérfanos en la Unión Europea: el derecho a la salud de los pacientes con enfermedades raras", en BARRANCO VELA, R. (Dir.) y BOMBILLAR SÁENZ, F. M. (Coord.), *El acceso al medicamento. Retos jurídicos actuales, intervención pública y su vinculación al derecho a la salud*, Granada, 2010, págs. 107-136.

BELESTÁ SEGURA, L., "La persecución penal del dopaje en el deporte: el artículo 361 bis del Código Penal", en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 758, 2008, págs. 1-10.

BENÍTEZ ORTÚZAR, I. F., "Los fraudes alimentarios nocivos realizados por productores, distribuidores y comerciantes", en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, 2013, págs. 387-437.

BENÍTEZ ORTUZAR, I. F./DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E.M., "Artículo 364" y "Artículo 367", en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs.199-243, 267-277.

BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. et al., en DEMETRIO CRESPO, E./RODRÍGUEZ YAGÜE, C. (Coords.), *Curso de Derecho penal. Parte general*, El Masnou, 2010.

BERISTAIN IPIÑA, A., "El delito de peligro por conducción temeraria", en *Cuestiones penales y criminológicas*, Madrid, 1979.

BERISTAIN IPIÑA, A., "Delitos de tráfico ilegal de drogas", en COBO DEL ROSAL, M., *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2, Madrid, 1985, págs. 743-810.

BERNING, J. M./ADAMS, K. J./DEBELISO, M./STAMFORD, B. A.&NEWMAN, I. M., "Anabolic androgenic steroids: use and perceived use in nonathlete college students", en *Journal of American College Health*, vol. 56, núm. 5, marzo-abril, 2008, págs. 499-503.

BOIX REIG, J., "Aspectos constitucionales de las políticas de prevención, control y represión del dopaje. Referencia a los conflictos con el derecho a la intimidad", en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 23-27.

BOIX REIG, J., "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (1): Agresiones sexuales", en *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, págs. 315-334.

BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., "Artículo 359" y "Artículos 363 a 367", en VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, págs. 1647-1650, 1657-1679.

BOIX REIG, J./JAREÑO LEAL, A., "Artículo 368", en VIVES ANTÓN, T. S. (Coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, págs. 1680-1695.

BOMBILLAR SÁENZ, F. M., "Algunas consideraciones acerca del régimen jurídico del dopaje en el deporte de la Comunidad Autónoma Andaluza a la luz de la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte", en *Anuario Andaluz de Derecho Deportivo*, núm. 6, 2006, págs. 147-171.

BOMBILLAR SÁENZ, F. M., *Intervención administrativa y régimen jurídico del medicamento en la Unión Europea*, Granada, 2010.

BONINI, S., *Doping e Diritto penale*, Milano, 2006.

BURKE LOUISE M./LINDY M. CASTELL/SAMANTHA J. STEAR, BJSM reviews: A-Z of supplements: dietary supplements, sports nutrition foods and ergogenic aids for health and performance Part 1 and 2. *Br.J Sports Med* 43: 728-729; 807-810, 2009.

BUSTOS RAMÍREZ, J., "Los bienes jurídicos colectivos (Repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932)", en *RFDUCM*, núm. 11, 1986, págs. 147-164.

- CADENA SERRANO, F. A., “El Derecho penal y el deporte: especial referencia a la violencia y el dopaje”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXVII, 2007, págs. 77-141.
- CARBONELL MATEU, J. C., “Consideraciones técnico-jurídicas en torno al delito de tráfico de drogas”, en VV.AA, *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Madrid, 1986, págs. 337-353.
- CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra la salud pública (I): delitos relativos a la ingestión o uso de sustancias dañinas para la salud” y “Delitos contra la salud pública (II). El delito de tráfico de drogas”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2005, págs. 747-766, 767-789.
- CARRETERO LESTÓN, J. L., “La Agencia Mundial Antidopaje: naturaleza, composición y funciones”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 77-85.
- CARRETERO LESTÓN, J. L./ LANDABEREA UNZUETA, J. A., “Concepto legal de entidades deportivas (Disp. Adic. 8ª), en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 585-586.
- CASAJÚS MALLÉN, J. A., “Dopaje, salud y deporte”, en *Información Terapéutica del Sistema Nacional de Salud*, vol. 29, núm. 1, 2005, págs. 1-11.
- CASERO LINARES, L./TORRES FERNÁNDEZ DE SEVILLA, J. M., “Comentarios al art. 361 bis del Código Penal”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, págs. 35-52.
- CAZORLA PRIETO, L. M., “La Ley orgánica //2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y lucha contra el dopaje en el deporte: introducción y panorámica general”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 25-46.
- COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5ª ed., Valencia, 1999.
- COLOMER HERNÁNDEZ, I., “Cuestiones procesales relevantes en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y de Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 566-638.
- COMPAÑY CATALÁ, J. M./BASAULI HERRERO, E., “El tipo penal”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 420-451.
- CONDE PUMPIDO-TOURÓN, C., *Código Penal, doctrina y jurisprudencia*, vol. II, Madrid, 1997.
- CORCOY BIDASOLO, M., *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, Barcelona, 1989.
- CORCOY BIDASOLO, M., *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, 1999.
- CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia, 2011, págs. 782-800.
- CORCOY BIDASOLO, M., “Arts. 359-367”, en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, págs. 1234-1259.
- CÓRDOBA RODA, J., “El delito de tráfico de drogas”, en *Estudios penales y criminológicos*, IV, Cursos y congresos de la Universidad de Santiago de Compostela, 1981, págs. 11-34.
- CÓRDOBA RODA, J., “La producción de un resultado de muerte en los delitos contra la salud pública”, en *Estudios penales. Libro homenaje al Profesor Antón Oneca*, Salamanca, 1982, págs. 673 y ss.
- CÓRDOVA MARTÍNEZ, A., “Los glucocorticoides y el rendimiento deportivo”, en *Revista Clínica Española*, vol. 206, núm. 8, 2006.
- CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, Valencia, 2007.
- CRUZ BLANCA, M. J., “Artículo 365”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 245-263.

CUCHI DENIA, J. M., “Las competencias de las Comunidades Autónomas en materia de dopaje”, en BOSCH CAPDEVILA, E./FRANQUET SUGRAÑES, M. T., *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, págs. 41-67.

CUGAT MAURI, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 341 a 360”, en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, C. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, págs. 1479-1524.

DAUNIS, A./GARCÍA ALFARAZ, A. I., “Artículo 364”, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, págs. 804-807.

DE HOCES ÍÑIGUEZ, J. R., “Las obligaciones en materia de control de dopaje”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 153-184.

DE LA CUESTA AGUADO, P., “De los delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. X, Madrid, 2007, págs. 13-63.

DE LA CUESTA AGUADO, P., “Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes” y “Delitos contra la salud pública”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, págs. 1119-1148, 1217-1250.

DE LA PLATA CABALLERO, N., “La Agencia Mundial Antidopaje como actor global en la lucha contra el dopaje: un nuevo Código Mundial Antidopaje”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A., *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 11-34.

DE LA MATA BARRANCO, N. J., *Derecho penal europeo y legislación española: las reformas del Código penal*, Valencia, 2015.

DE VAL ARNAL, J., “¿Se respetan los derechos fundamentales y los principios informadores del derecho sancionador de los deportistas en el Código Mundial Antidopaje?”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 11, 2004, págs. 45-66.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Derecho penal del deporte*, Barcelona, 2010.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El delito de dopaje deportivo; la inoportuna intervención punitiva en materia de Derecho deportivo”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 30 (2012-2), págs. 31-57.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R., “El narcotráfico de gimnasio. Al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 6 de Valencia de 10 de octubre de 2012”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 31 (2013-1), págs. 85-101.

DE VICENTE MARTÍNEZ, R./MILLÁN GARRIDO, A., “Nota preliminar”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A., *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 5-9.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Represión y prevención penal del dopaje en el deporte. Relaciones entre Derecho, deporte y dopaje, con especial atención a la perspectiva jurídico-penal”, en *Huarte de San Juan. Derecho. Revista de la Facultad de Ciencias Humanas y Sociales*, núm. 1, 1994, págs. 103-127.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Dopaje y Derecho penal (otra vez). Reflexiones generales y valoración del delito de dopaje del artículo 361 bis del Código penal”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J./COBOS GÓMEZ DE LINARES, M. A./GÓMEZ PAVÓN, P./MANJÓN-CABEZ OLMEDA, A./MARTÍNEZ GUERRA, A. (Coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Valencia 2013, págs. 491-544.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Doping e Direito penal. Novas reflexões gerais e sobre o delito de doping do art. 361 bis do Código penal español”, en SCHMITT DE BEM, L./DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Coords.), *Direito desportivo e conexões com o Direito penal*, Curitiba, 2014.

DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, M., “Derecho penal y dopaje. Una relación y una regulación discutibles”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 35-76.

DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Los delitos relativos a drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas*, Madrid, 1989.

- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., “Alternativas a la actual legislación sobre drogas”, en DÍEZ RIPOLLÉS, J. L./LAURENZO COPELLO, P. (Coords.), *La actual política criminal sobre drogas. Una perspectiva comparada*, Valencia, 1993, págs. 583-632.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho penal español. Parte general*, Valencia, 2016.
- DOVAL PAIS, A., “La regulación de los delitos de fraude alimentario nocivo en el Proyecto de Ley Orgánica del Código penal de 1992”, en *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre 1992, págs. 147-170.
- DOVAL PAIS, A., “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en “Estructura de las conductas típicas con especial referencia a los fraudes alimentarios”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Intereses difusos y Derecho penal*, Madrid, 1994, págs. 25-71.
- DOVAL PAIS, A., *Delitos de fraude alimentario*, Pamplona, 1996.
- DOVAL PAIS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes en blanco*, Valencia, 1999.
- DOVAL PAIS, A., “Fraudes alimentarios”, en GARCÍA RIVAS, N. (Coord.), *Protección penal del consumidor en la Unión Europea*, Cuenca, 2005, págs. 249-260.
- DOVAL PAIS, A., “Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al umbral del peligro típico en la modalidad de administración de sustancias no permitidas a animales de abasto”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 343-379.
- DOVAL PAIS, A., “Criterios de tutela penal de la salud pública”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 29-47.
- DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Rasgos formales y materiales de la tutela de la salud de los consumidores en el Derecho penal español”, en FOFFANI, L./DOVAL PAIS, A. (Dirs.) y CASTRONUOVO, D. (Coord.), *La sicurezza alimentare nella prospettiva europea. Prevenzione, prevenzione e repressione*, Milano, 2014, págs. 247-265.
- DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLA, E., “Delitos contra la salud pública (1)”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, págs. 249-301.
- DOMÍNGUEZ IZQUIERDO, E. M., “La adulteración de productos alimentarios y la alimentación del ganado con sustancias no permitidas”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUÁREZ LÓPEZ, J. M. (Coord.), *Derecho y Consumo. Aspectos penales, civiles y administrativos*, Madrid, 2013, págs. 439-495.
- ECHEVERRI VELÁSQUEZ, S. L., “Algunas reflexiones sobre el compromiso intergubernamental en la lucha antidopaje: ¿Es coherente la Convención Internacional Contra el Dopaje en el Deporte de la UNESCO con el programa antidopaje de la Agencia Mundial Antidopaje?”, en BOSCH CAPDEVILA, E./FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (Coords.), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, págs. 31-39.
- ESCOBAR VÉLEZ, S., *La responsabilidad penal por productos defectuosos*, Valencia, 2012.
- ESCRIHUELA CHUMILLA, F. J., *Todo Penal*, Madrid, 2016.
- ESCRIVÁ GREGORI, J. M., *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976.
- ESCUCHURI AISA, E., *Teoría del concurso de leyes y de delitos. Bases para una revisión crítica*, Granada, 2004.
- ESER, A., “Deporte y Justicia penal”, en *Revista Penal*, nº 6, 2000, págs. 53-66.
- ESPARTERO CASADO, J., “La Ley Orgánica 3/2013 de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en la Actividad Deportiva: antecedentes, marco normativo referencial y tramitación parlamentaria”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 143-237.
- ESQUINAS VALVERDE, P., “La tipicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Lecciones de Derecho penal (Parte General)*, Valencia, 2015, págs. 101-116.
- FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, en *Memento Práctico. Penal*, Madrid, 2016, págs. 1517-1524.

- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Delitos contra la seguridad colectiva: ¿tentativas imprudentes?”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 1997, págs. 2004-2008.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Seguridad del tráfico y resultado de peligro concreto. (Comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de marzo de 1998 y 2 de junio de 1999)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 6, 1999, págs. 1880-1890.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, B. J., “Cuestiones básicas de los delitos de peligro abstracto y concreto en relación con el tránsito”, en *Revista da AJURIS*, núm. 78, junio 2000, págs. 291-323.
- FERNÁNDEZ PANTOJA, P., “Artículo 368”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 279-311.
- FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “De los delitos contra la seguridad colectiva”, en CRUZ DE PABLO, J. A., *Comentarios al Código penal*, vol. 2, Madrid, 2008, págs. 1281-2051.
- FERNÁNDEZ-PACHECO ESTRADA, C., *El genocidio en el Derecho Penal Internacional. Análisis de sus elementos esenciales en el marco del Estatuto de la Corte Penal Internacional*, Valencia, 2011.
- FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 1ª ed. en castellano, Madrid, 1995.
- FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, en GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.) y MATALLÍN EVANGELIO, A./GÓRRIZ ROYO, E. (Coords.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal de 2015*, Valencia, 2015, págs. 1109-1134.
- GALLEGO SOLER, J. I./VERA SÁNCHEZ, J. S., “Arts. 368-378” en CORCOY BIDASOLO, M./MIR PUIG, S., *Comentarios al Código penal. Reforma LO 1/2015 y LO 2/2015*, Valencia, 2015, págs. 1260-1296.
- GAMERO CASADO, E., “El dopaje en los ámbitos supranacionales: evolución histórica y situación actual”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 17-75.
- GAMERO CASADO, E., “Régimen de infracciones y sanciones”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 205-255.
- GARCÍA ALBERO, R., “La tutela penal y administrativa de la salud de los consumidores en materia alimentaria. Consideraciones críticas en torno a su articulación jurídica”, *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 4, Barcelona, 1990, págs. 97-126.
- GARCÍA ALBERO, R., “*Non bis in ídem*” material y concurso de leyes penales, Barcelona, 1995.
- GARCÍA ALBERO, R., “De los delitos contra la salud pública”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9ª ed., Cizur Menor, 2011, págs. 1426-1482.
- GARCÍA ARÁN, M., “Remisiones normativas. Leyes penales en blanco y estructura de la norma penal”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, XVI, 1992-1993, págs. 65-103.
- GARCÍA ARÁN, M., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 361 a 367”, en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, C. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, págs. 1524-1552.
- GARCÍA ARÁN, M., “El Derecho penal simbólico (a propósito del nuevo delito de dopaje en el deporte y su tratamiento mediático)”, en GARCÍA ARÁN, M./BOTELLA, J. (Dirs.), *Malas noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Valencia, 2008, págs. 191-227.
- GARCÍA CIRAC, M. J./GARCÍA SILVERO, E., “El Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte: algunas reflexiones tras su aprobación por el Consejo de Ministros”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, págs. 411-419.
- GARCÍA MOSQUERA, M., “Artículo 362”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 143-175.
- GARCÍA RIVAS, N., “Influencia del principio de precaución sobre los delitos contra la seguridad alimentaria”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 417- 464.

- GARCÍA RIVAS, N., “Delitos de riesgo catastrófico”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, págs. 187-223.
- GARCÍA RUIZ, C. R., “La respuesta del dopaje en el Derecho internacional”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidación y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 191-210.
- GARGANI, A., *Reati contro l'incolumità pubblica*, t. II, Milano, 2013.
- GIMBERNAT ORDEIG, E., “Prólogo a la decimotercera edición”, en *Código penal*, 13ª ed., Tecnos, 2007, págs. 17-18.
- GÓMARA HERNÁNDEZ, J. L., *Dopping. El régimen jurídico del dopaje*, Pamplona, 2008.
- GÓMEZ RIVERO, M. C., “El delito de tráfico ilegal de órganos humanos”, en *Revista Penal*, nº 31/2013, págs. 113-139.
- GÓMEZ RIVERO, M. C./ MONGE FERNÁNDEZ, A., “Venta y manipulación ilegal de medicamentos”, en MARTOS NÚÑEZ, J. A. (Dir.), *Protección penal y tutela de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, 1997, págs. 75-109.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 361 bis”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, Valladolid, 2010, págs. 1374-1381.
- GÓMEZ TOMILLO, M., “Artículo 362 quinquies”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 355-365.
- GONZÁLEZ ESPEJO, P./RODRÍGUEZ MOURULLO OTERO, A., “Breve comentario a la Ley Orgánica de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 15, 2006, págs. 63-67.
- GRACIA MARTÍN, L., en GRACIA MARTÍN L./DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales. Vida humana independiente y libertad*, Valencia 1993, págs. 21-197.
- GUINARTE CABADA, G., “Artículos 361 a 362 ter”, “Artículo 362 quinquies” y “Artículos 363 a 365”, en ROMA VALDÉS, A. (Dir.), *Código penal comentado*, Barcelona, 2015, págs. 584-589, 590-591, 592-595.
- HASSEMER, W./MUÑOZ CONDE, F., *La responsabilidad por el producto en Derecho penal*, Valencia, 1995.
- HEFENDEHL, R., “El bien jurídico como eje material de la norma penal”, en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 179-196.
- HEFENDEHL, R., “De largo aliento: el concepto de bien jurídico. O qué ha sucedido desde la aparición del volumen colectivo sobre la teoría del bien jurídico”, en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 459-475.
- HERNÁNDEZ SAN JUAN, I., “El dopaje genético”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, págs. 91-109.
- IGLESIAS RÍO, M. A., “Artículos 363 a 365”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 369-390.
- ÍÑIGO CORROZA, M. E., *La responsabilidad penal del fabricante por defectos de sus productos*, Barcelona, 2001.
- JAÉN VALLEJO, M./PERRINO PÉREZ, A. L., *La reforma penal de 2015*, Madrid, 2015.
- JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1997.
- JERICÓ OJER, L., “Artículo 361”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 113-141.
- JORDÁ SANZ, C./GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, A., “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 17-10, 2015, págs. 1-22.

- JESCHECK, H-H./WEIGEND, T., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, 5ª ed., Granada, 2002.
- JOSHI JUBERT, U., *Los delitos de tráfico de drogas I. Un estudio analítico del art. 368 CP*, Barcelona, 1999.
- JUANATEY DORADO, C., *Derecho, suicidio y eutanasia*, Madrid, 1994.
- JUANATEY DORADO, C., *El derecho y la muerte voluntaria*, México, D.F., 2004.
- JUANATEY DORADO, C., “Inducción, cooperación al suicidio y eutanasia”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. I, Valencia, 2010, págs. 61-83.
- JUANATEY DORADO, C., “El delito de dopaje: análisis de los límites al derecho a la autonomía del deportista y al deber de secreto profesional y laboral”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 165-190.
- JUANATEY DORADO, C., *Manual de Derecho penitenciario*, 3ª ed., Madrid, 2013.
- JUANATEY DORADO, C., “Protección penal de la vida y la salud: alcance del reconocimiento de la autonomía de la voluntad”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y MOYA GUILLEM, C. (Coord.), *Nuevos límites penales para la autonomía individual y la intimidad*, Cizur Menor, 2015, págs. 23-44.
- LANDROVE DÍAZ, G., *El nuevo Derecho penal*, Valencia, 2009.
- LOPERA MESA, P., *Principio de proporcionalidad y ley penal*, Madrid, 2006.
- LÓPEZ FERRER, P., “Artículo 359” y “Artículo 361 bis”, en MORALES GARCÍA, O. (Dir.), *Código Penal con Jurisprudencia*, Cizur Menor, 2015, págs. 931-933, 935-936.
- LÓPEZ FRÍAS, F. J., *Mejora humana y dopaje. Una propuesta crítica*, Madrid, 2015.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J., “Delitos contra la salud pública (2). El delito de tráfico de drogas”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, págs. 304-351.
- LORENZO SALGADO, J. M., “Delitos contra la seguridad colectiva. De los delitos contra la salud pública”, en *Documentación Jurídica*, Monográfico dedicado a la propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal, vol. II, núm. 37/40, Madrid, 1983, págs. 961 -992.
- LUZÓN PEÑA, D. M., *Lecciones de Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2016.
- LUZÓN PEÑA, D. M., “Ocultación o sustracción de efectos destinados a la inutilización o desinfección. Comentario a la STS (Sala 2ª de 12 de abril de 1989)”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 3, 1989, págs. 327-336.
- LLORIA GARCÍA, P., “Algunas consideraciones sobre el momento consumativo en los delitos de fraude alimentario nocivo. Especial referencia al artículo 364.2.1º del CP”, en BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 465-497.
- MAGALDI PATERNOSTRO, M. J., “De los delitos contra la seguridad colectiva. Arts. 368 a 385”, en CÓRDOBA RODA, J./GARCÍA ARÁN, M. (Dirs.), *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. II, Barcelona, 2004, págs. 1552-1596.
- MALO DE MOLINA y ZAMORA, D., “La protección de los derechos fundamentales de los deportistas. La Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en BOSCH CAPDEVILA, E./FRANQUET SUGRAÑES, M. T. (Coords.), *Dopaje, fraude y abuso en el deporte*, Barcelona, 2007, págs. 77-91.
- MALO VALENZUELA, M., “Las alegaciones publicitarias sobre las propiedades saludables de los alimentos”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2005, págs. 1850-1853.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Venta de cantidades mínimas de droga: insignificancia y proporcionalidad. Bien jurídico y (des)protección de menores e incapaces”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVI, 2003, págs. 45-112.
- MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A., “Tráfico de drogas (I)”, en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. (Dir.); MANJÓN-CABEZA OLMEDA, A./VENTURA PÜSCHEL, A. (Coords.), *Derecho penal español. Parte Especial (II)*, Valencia, 2011, págs. 1251-1300.

- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., *Código penal (adaptado a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio). Parte Especial (artículo 138 a 639)*, vol. II, Granada, 2010.
- MAQUEDA ABREU, M. L., “La idea de peligro en el moderno Derecho penal. Algunas reflexiones a propósito del Proyecto de Código Penal de 1992”, en *Actualidad Penal*, núm. 26, 1994, págs. 481-498.
- MARAFIOTI, L., “Derecho comparado: medidas de prevención, represión y control del dopaje en el Derecho italiano deportivo y penal. Referencia a los riesgos para la intimidad”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 75-86.
- MATA y MARTÍN, R., *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, 1997.
- MAYNAR MARIÑO, J. I., “La Agencia Mundial Antidopaje (AMA): funciones, competencias y problemática para la realización de su labor”, en DE ASÍS ROIG, A./ HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 129-142.
- MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Madrid, 1993.
- MENDOZA BUERGO, B., *Límites dogmáticos y político-criminales de los delitos de peligro abstracto*, Granada, 2001.
- MENDOZA CALDERÓN, S., *La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos*, Valencia, 2011.
- MILLÁN GARRIDO, A., “La lucha contra el dopaje en el Derecho español: síntesis normativa”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 125-179.
- MILLÁN GARRIDO, A., “Introducción” y “La lista de prohibiciones”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 33-57, 127-136.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte general*, Barcelona, 2015.
- MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Delitos contra la seguridad del tráfico”, en BAJO FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Madrid, 1998, págs. 705-743.
- MOLINA MANSILLA, M. C., *El delito de narcotráfico*, Barcelona, 2008.
- MOLINA NAVARRETE, C., “Nadal lleva razón, la AMA se extralimita en su control antidopaje: El derecho a la intimidad del deporte profesional autónomo”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, págs. 43-64.
- MONROY ANTÓN, A. J., “Reflexiones al año de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 7/2006, de 21 de noviembre, de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en *Diario La Ley*, núm. 6906, 18 marzo, 2008, págs. 8-10.
- MORALES GARCÍA, O., “Art. 368”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal español*, t. II, Cizur Menor, 2011, págs. 925-946.
- MORALES PRATS, F., “Artículo 343” y “Artículo 361 bis”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, Cizur Menor, 2011, págs. 813-817, 882-894.
- MORALES PRATS, F., “El bien jurídico: definiciones sociológicas y definiciones constitucionales” y “La cláusula legal de la comisión por omisión en el CP/1995: Artículo 11 CP”, en QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS, F.), *Parte General del Derecho Penal*, 5º ed., Cizur Menor, 2015, 227-228, 457-463.
- MORENO ALCÁZAR, M. A., “Relevancia de la admisibilidad de un dolo eventual de peligro en la responsabilidad penal por la comercialización de productos defectuosos”, BOIX REIG, J./BERNARDI, A. (Dirs.), *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005, págs. 159-192.
- MORENO ALCÁZAR, M. A., “Delitos contra la seguridad vial”, en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Valencia, 2012, págs. 353-416.
- MORENO CARRASCO, F., “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 13, 2005, págs. 59-93.

- MORENO CARRASCO, F., “El nuevo delito de dopaje deportivo. Una sentencia anterior, una excusa para algunas reflexiones sobre el nuevo marco normativo”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 20, 2007, págs. 45-57.
- MORILLAS CUEVA, L. “Derecho penal y deporte”, en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 1, septiembre, 2006, págs. 35-54.
- MOYA GUILLEM, C., “Consideraciones sobre el delito de tráfico de órganos humanos”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la UAM*, nº 18/2014, págs. 45-66.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1995.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 19ª ed., Valencia, 2013.
- MUÑOZ CONDE, F., *Derecho penal. Parte especial*, 20ª ed., Valencia, 2015.
- MUÑOZ CONDE, F./GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte general*, 9ª ed., Valencia, 2015.
- MUÑOZ CUESTA, J./RUIZ DE ERENCHUN ARTECHE, E., *Cuestiones prácticas sobre la reforma penal de 2015*, Cizur Menor, 2015.
- NARANJO ORELLANA, J., “La lista de sustancias farmacológicas prohibidas: dopaje y medicación del deportista”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 181-192.
- NARVÁEZ RODRÍGUEZ, A., “El medicamento desde la perspectiva del Derecho penal: el delito farmacológico”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 4, 2000, págs. 1435-1457.
- NIETO MARTÍN, A., “Artículo 361 bis”, en ARROYO ZAPATERO, L./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I./FERRÉ OLIVÉ, J. C./GARCÍA RIVAS, N./SERRANO PIEDECASAS, J. R./TERRADILLOS BASOCO, J. M. (Dir.), *Comentarios al Código penal*, Madrid, 2007, págs. 793-798.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Notas para un estudio de los fraudes alimentarios en el Código penal”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 57, 1979, págs. 55-136.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1986.
- OLMEDO CARDENETE, M., “La reforma de los delitos contra la seguridad colectiva operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.), *Estudios sobre el Código penal reformado (Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015)*, Madrid, 2015, págs. 783-796.
- ORTS BERENQUER, E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 3ª ed., Valencia, 2010, págs. 603-628.
- ORTS BERENQUER, E., “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (I)” y “Delitos contra la seguridad colectiva (II): Delitos contra la salud pública”, en *Derecho penal. Parte especial*, 4ª ed., Valencia, 2015, págs. 201-217, 577-594.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Las alternativas en la represión del dopaje deportivo”, en *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 7, 2002, págs. 37-65.
- PALOMAR OLMEDA, A., “La problemática actual de la represión del dopaje: problemas jurídicos” en DE ASÍS ROIG, A. /HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 35-65.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Recensión al libro “El delito de dopaje” de Emilio Cortés Bechiarelli”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 24, 2008, pág. 886.
- PALOMAR OLMEDA, A., “Salud pública y dopaje”, en *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 3, junio-2011, págs. 43-53.
- PALOMAR OLMEDA, A., “El tratamiento de la salud vinculada a la práctica deportiva”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 507-564.
- PALOMAR OLMEDA, A., “La legislación contra el dopaje en España y Francia”, en *Materiales para la Historia del Deporte*, núm. 11, 2013, págs. 116-141.

PALOMAR OLMEDA, A., *Las transformaciones del deporte y su repercusión en su Ordenamiento jurídico*, Cizur Menor, 2014.

PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C., “El dopaje en Europa: líneas generales de evolución y futuro de su represión”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Coord.), *El modelo europeo del deporte*, Barcelona, 2002, págs. 367-385.

PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La libertad individual y la intimidad como límites necesarios a la actuación pública y privada en la actividad deportiva”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, págs. 177-199.

PALOMAR OLMEDA, A./PÉREZ GONZÁLEZ, C./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “La aprobación de las reformas del Código Mundial Antidopaje: un momento para la reflexión”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 22, 2008, págs. 193-223.

PALOMAR OLMEDA, A./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “La Ley Antidopaje: el modelo de prevención y represión”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 69-112.

PÉREZ ALONSO, E. J., “Delitos de acción. La tipicidad (II)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte General*, Valencia, 2010, págs. 237-255.

PÉREZ ÁLVAREZ, F., *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona, 1991.

PÉREZ ÁLVAREZ, F., “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de Código Penal de 1992”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XLVI, págs. 1061-1097.

PÉREZ DEL BLANCO, G., “La colaboración judicial con la Agencia Antidopaje en materia de prueba del dopaje e identificación de infractores”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A., *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 77-104.

PÉREZ FERRER, F., “El delito de dopaje: una aproximación al artículo 361 bis del Código Penal Español”, en *Revista Andaluza de Derecho del Deporte*, núm. 7, septiembre 2009, págs. 41-62.

PÉREZ GONZÁLEZ, C., “La represión del dopaje en el ámbito europeo”, en DE ASÍS ROIG, A. /HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 255-266.

PÉREZ GONZÁLEZ, C./RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El contexto internacional de la Ley”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 49-68.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “El dopaje: una visión alternativa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 35, marzo 2013, págs. 30-42.

PÉREZ TRIVIÑO, J. L., “La lista interminable: la lista de sustancias dopantes prohibidas y el dopaje emocional en el deporte”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, págs. 129-155.

PRADOS PRADOS, S., “La represión del dopaje en las Comunidades Autónomas: ámbito competencial, análisis comparativo y consideraciones de política normativa”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Régimen jurídico del dopaje en el deporte*, Barcelona, 2005, págs. 221-260.

PRAT WESTERLINDH, C. M., “El delito de dopaje”, en *La Ley Penal*, nº 94-95, junio-julio 2012, págs. 72-80.

PRIETO RODRÍGUEZ, J. I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Barcelona, 1986.

PUNZÓN MORALEDA, J./SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F., “Una situación ambivalente del derecho del deporte: la lucha contra el dopaje y la defensa del derecho a la intimidad”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 26, 2009, págs. 141-158.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 6ª ed., Barcelona, 2010.

QUERALT JIMÉNEZ, J. J., *Derecho penal español. Parte especial*, 7ª ed., Valencia, 2015.

QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS., F.), *Parte general del Derecho penal*, 4ª ed., Cizur Menor, 2010.

QUINTERO OLIVARES, G. (con la col. de MORALES PRATS., F.), *Parte General del Derecho Penal*, 5ª ed., Cizur Menor, 2015.

RAMALLO LÓPEZ, F., “La nueva Agencia Española de Protección de la Salud en el Deporte”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs., 369-416.

RAMOS TAPIA, M. I., “Límites al poder punitivo del Estado (IV)”, en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.)/MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, Valencia, 2010, págs. 145-158.

RECUERDA GIRELA, M. A., “La Agencia Española Antidopaje: la extensión del modelo de agencia independiente en el derecho administrativo español”, en *Revista Española de Derecho Deportivo*, núm. 17 (2006), págs. 75-86.

RECUERDA GIRELA, M. A., “El control de los productos susceptibles de producir dopaje en el deporte” y “Condiciones de utilización de productos nutricionales susceptibles de producir dopaje en el deporte”, en MILLÁN GARRIDO, A. (Coord.), *Comentarios a la Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte*, Barcelona, 2007, págs. 389-405, 406-417.

RECUERDA GIRELA, M. A., “Introducción al Derecho alimentario”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, Cizur Menor, 2011, págs. 49-130.

REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de estupefacientes. Su inserción en el ordenamiento penal español*, Barcelona, 1987.

REY HUIDOBRO, L. F., “El delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y figuras agravadas de primer grado, contenidas en el artículo 344 Bis a)”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.) y BAJO FERNÁNDEZ, M. (Coord.), *Revista de Derecho Público. Comentarios a la Legislación Penal. Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas)*, t. XII, Madrid, 1990, págs. 33-423.

REY HUIDOBRO, L. F., *El delito de tráfico de drogas. Aspectos penales y procesales*, Valencia, 1999.

REY HUIDOBRO, L. F., “Repercusiones penales del dopaje deportivo”, en *Revista Jurídica de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, págs. 93-109.

RÍOS CORBACHO, J. M., *Palabra de fútbol y Derecho penal*, Madrid, 2015.

ROBINA BLANCO-MORALES, A., “La historia, el concepto y la definición del dopaje. Una visión previa a su tratamiento legal”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 49, 2015, págs. 129-150.

ROCA AGAPITO, L., “La política criminal frente al dopaje”, en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 1, 2007, págs. 1800-1810.

ROCA AGAPITO, L., “Los nuevos delitos relacionados con el dopaje (Comentario a la reforma del Código penal llevada a cabo por LO 7/2006, de 21 de noviembre, de protección de la salud y de lucha contra el dopaje en el deporte)”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, págs. 1-60.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M., *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª edición, Madrid, 1989.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “Los problemas derivados de la entrada en vigor de las distintas listas de sustancias y métodos prohibidos en el deporte”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 21, 2007, págs. 53-62.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “La AMA y su reglamentación”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a 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*, Madrid, 2013, págs. 63-141.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J., “El pasaporte hematológico como nuevo elemento de prueba en la lucha contra el dopaje”, en DE VICENTE MARTÍNEZ, R. (Dir.) y MILLÁN GARRIDO, A., *Dopaje deportivo y Código Mundial Antidopaje*, Madrid, 2014, 105-128.

RODRÍGUEZ MONTAÑES, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Buenos Aires, 2004.

- RODRÍGUEZ-MOURULLO, A./CLEMENTE, I., “Dos aspectos de Derecho penal en el deporte: el dopaje y las lesiones deportivas”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 9, 2004, págs. 53-67.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Derecho Penal. Parte especial*, 6ª ed., Madrid, 2011, págs. 507-573.
- RODRÍGUEZ NÚÑEZ, A., “Delitos contra la salud pública”, en LAMARCA PÉREZ, C. (Coord.), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Madrid, 2015, págs. 599-677.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Valencia, 1977, págs. 443-459.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Fraudes alimentarios contrarios a la salud pública”, en *Temas de Derecho penal*, Madrid, 1977, págs. 95-110.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Error reduplicado en la regulación del concurso de leyes”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 330, 1998, págs. 1-6.
- RODRÍGUEZ TEN, J., “El régimen disciplinario del dopaje”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 417-506.
- ROLDÁN BARBERO, H., “La creación política de una nueva delincuencia: el uso del *doping* en el deporte”, en ARROYO ZAPATERO, L. A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam, vol. II, Cuenca, 2001, págs. 563-591.
- ROMA VALDÉS, A. “Los delitos con ocasión del deporte. Por una mejora en su tipificación en el Derecho penal español”, en *Revista Aranzadi de Derecho de Deporte y Entretenimiento*, núm. 16, 2006, págs. 59-71.
- ROMEO CASABONA, C. M., “Los delitos contra la salud pública: ¿ofrecen una protección adecuada a los consumidores?”, en ARROYO ZAPATERO, L. A./BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (Coords.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*. In Memoriam, vol. II, Cuenca, 2001, págs. 623-644.
- ROSO CAÑADILLAS, R., “Artículo 359”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 39-91.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, Madrid, 2008.
- ROXIN, C., “¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal?”, en HEFENDEHL, R. (Ed.), *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid-Barcelona, 2007, págs. 443-458.
- ROXIN, C., “Derecho penal y doping”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 97, 2009, págs. 5-17.
- RUBIO LARA, P. A., “Artículo 359” y “Artículo 363”, en COBO DEL ROSAL, M. (Dir.), *Comentarios al Código penal. Segunda época*, t. XI, Madrid, 2008, págs. 23-38, 177-197.
- RUEDA GARCÍA, L., “El delito de dopaje en el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de la Salud y de Lucha contra el Dopaje en el Deporte”, en *Estudios Jurídicos*, 2006, págs. 1-17.
- SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Delitos contra la salud pública (I). Delitos relativos a la elaboración o distribución de sustancias nocivas para la salud”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 2011, págs. 804-822.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, F. M., *El delito farmacológico*, Madrid, 1995.
- SÁNCHEZ TOMÁS, J. M., *Derecho de las drogas y las drogodependencias*, Madrid, 2002.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “Evaluación de las directrices de política criminal a las que responde el nuevo delito de dopaje (art. 361 bis Cp)”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 49-73.
- SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “La sangre y sus derivados, ¿medicamentos a efectos penales? (A propósito de la Sentencia del Juzgado de lo Penal sobre la “Operación Puerto””, en *Diario la Ley*, núm. 8223, 7 de enero, 2014, págs. 8-15.

- SARRATO MARTÍNEZ, L., *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, Madrid, 2015.
- SCHMITT DE BEM, L., *Responsabilidad penal en el deporte*, Oporto, 2014.
- SEOANE DOMÍNGUEZ, C., “El tráfico ilegal de medicamentos o «distribución inversa»”, disponible en <http://blog.ccsabogados.com/?p=693>
- SEQUEROS SAZATORNIL, F., “Artículo 368”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, págs. 399-424.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A. *Derecho Penal. Parte Especial*, 16ª ed., Madrid, 2011.
- SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A., “Delitos contra la salud pública (I)” y “Delitos contra la salud pública (II)”, en SERRANO GÓMEZ, A./SERRANO MAÍLLO, A./SERRANO TÁRRAGA, M. D./VÁZQUEZ GONZÁLEZ, C., *Curso de Derecho penal. Parte Especial*, Madrid, 2015, págs. 567-579, 581-598.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M., *La expansión del Derecho penal*, 2ª ed., Madrid, 2001.
- SOTO NAVARRO, S., *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, 2003.
- SOTO NAVARRO, S., “Concreción y lesión de los bienes jurídicos colectivos. El ejemplo de los delitos ambientales y urbanísticos”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LVIII, 2005, págs. 887-918.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “El dopaje ante el Derecho penal”, en JIMÉNEZ SOTO, I./ARANA GARCÍA, E. (Dir.), *El Derecho deportivo en España 1975-2005*, Sevilla, 2005, págs. 668-676.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “Las consecuencias del principio *non bis in idem* en la Ley Orgánica de Protección de la Salud del Deportista y Lucha contra el Dopaje en España”, en MORILLAS CUEVA, L./ MANTOVANI, F. (Dir.) y BENÍTEZ ORTÚZAR, I. (Coord.), *Estudios sobre Derecho y deporte*, Madrid, 2008, págs. 221-252.
- SUÁREZ LÓPEZ, J. M., “La responsabilidad penal del médico y del personal sanitario por conductas de dopaje”, en MORILLAS CUEVA, L. (Dir.) y SUAREZ LÓPEZ, J.M. (Coord.), *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Madrid, 2009, págs. 355-375.
- TAMARIT SUMALLA, J. M., “De los delitos contra la seguridad vial”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, t. II, Cizur Menor, 2011, págs. 996-1038.
- TAUSCHWITZ, M., “La persecución del dopaje en Alemania”, en *Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época*, núm. 108, diciembre 2012, págs. 187-201.
- TAUSCHWITZ, M., *Die dopingverfolgung in Deutschland und Spanien*, Berlín, 2015.
- TEROL GÓMEZ, R., “La lucha contra el dopaje en Estados Unidos y Canadá”, en DE ASÍS ROIG, A./ HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 219-253.
- TEROL GÓMEZ, R., “El procedimiento disciplinario para la imposición de sanciones en materia de dopaje”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 257-272.
- TEROL GÓMEZ, R., “El derecho al descanso nocturno del deportista como límite a la potestad de las autoridades competentes para la realización de controles de dopaje en España”, en DOVAL PAIS, A. (Dir.) y SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N. (Coord.), *Dopaje, intimidad y datos personales. Especial referencia a los aspectos penales y político-criminales*, Madrid, 2010, págs. 141-164.
- TEROL GÓMEZ, R., “El ámbito subjetivo del control de dopaje. El régimen de obligaciones de los deportistas”, en PALOMAR OLMEDA, A. (Dir.), *El dopaje en el deporte. Comentarios a la Ley Orgánica 3/2013, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva*, Madrid, 2013, págs. 239-312.
- TORÍO LÓPEZ, A., “Los delitos de peligro hipotético. (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XXXIV, 1981, págs. 825-847.
- TORNOS, A., “Una aproximación crítica al nuevo delito de dopaje del art. 361 bis del Código Penal”, en *La Ley Penal*, núm. 47, marzo 2008, págs. 19-31.
- TRONCOSO, A., “Requisitos de seguridad alimentaria III”, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.), *Tratado de Derecho Alimentario*, Cizur Menor, 2011, págs. 613-670.

VALVERDE LÓPEZ, J. L./ ACOSTA ROBLES. A. L./VILLEGAS LUCENA, J./MARTÍN CASTILLA, D., “Concepto jurídico de medicamento”, en *Ciencia Pharmaceutica*, 2 (1), 1992, págs. 78-84.

VALVERDE LÓPEZ, J. L./ RISQUEZ MADRIDEJOS, J. P./ CABEZAS LÓPEZ, M. D., “El concepto jurídico de la sangre y sus derivados desde la perspectiva del derecho comunitario y español”, en *Ars Pharmaceutica*, 40:3, 1999, págs. 131-141.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Código Penal comentado*, Madrid, 2015.

VERNET PERNA, B., “Delitos relacionados con el dopaje en el deporte”, en *Cuadernos de la Guardia Civil: Revista de seguridad pública*, núm. 38, 2008, págs. 67-82.

VIDA FERNÁNDEZ, J., “Una nueva ordenación de los medicamentos para el control del dopaje”, en DE ASÍS ROIG, A./ HERNÁNDEZ SAN JUAN, I. (Coords.), *Estudios sobre el dopaje en el deporte*, Madrid, 2006, págs. 161-205.

VIDA FERNÁNDEZ, J., “De las medidas de control y supervisión de productos, medicamentos y complementos nutricionales, que contengan sustancias prohibidas en la actividad deportiva”, en CAZORLA PRIETO, L. M./PALOMAR OLMEDA, A. (Dirs.), *Comentarios a la Ley Antidopaje en el Deporte*, Cizur Menor, 2007, págs. 477-510.

VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, Valencia, 2015.

VILLALBA PÉREZ, F., *La profesión farmacéutica*, Madrid, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN, T. S., BOIX REIG, J./ORTS BERENGUER, E./CARBONELL MATEU, J. C./GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, 1993.

WERLE, G., *Tratado de Derecho Penal Internacional*, Valencia, 2ª ed. 2011.

YACHACHI MONFORT, P., “Algunas consecuencias de la relación entre el Derecho penal y el Derecho administrativo en materia de medicamentos”, en *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, págs. 127-147.

ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M. (Dir.) y MORENO-TORRES HERRERA, M. R. (Coord.), *Fundamentos de Derecho penal. Parte general*, “Delitos de acción. La tipicidad (III)”, Valencia, 2010, págs. 257-266.

Universitat d'Alacant
Universidad de Alicante