

INCLUYE ACCESO  
A LA VISUALIZACIÓN  
ONLINE DEL FONDO  
COMPLETO DE  
LA REVISTA

DEI'S PRAVIDE ET PRO

# Revista

Julio 2019

44

Revista Penal

# Penal

Julio 2019



tirant  
lo blanch





# Revista Penal

Número 44

## Sumario

---

### Doctrina:

- El delito de depósito de armas y tenencia de explosivos con fines terroristas: cuestiones de aplicación y de delimitación con las figuras comunes, por *Emiliano Borja Jiménez* ..... 5
- Hacia la pancriminalización del blanqueo de capitales en la Unión Europea. Un análisis crítico de la Directiva (UE) 2018/1673 relativa a la lucha contra el blanqueo de capitales mediante el Derecho penal, por *Juana del Carpio Delgado*..... 22
- Un análisis crítico de la actual aplicación judicial de la prisión permanente revisable, por *Gabriel Fernández García*..... 42
- Reflexiones en torno al *compliance* penal y a la ética en la empresa, por *Juan Carlos Ferré Olivé*..... 61
- La inexigibilidad como causa de exculpación suprallegal en los delitos fiscales en Brasil, por *Marco Aurelio Florêncio Filho*..... 81
- La regulación de los delitos fiscales en el sistema jurídico italiano, por *Alessandro Melchionda* ..... 98
- En torno al concepto jurídico-penal de persona internacionalmente protegida, por *Joaquín Merino Herrera* . 109
- Hacia el fin de la impunidad de las empresas transnacionales por la violación de los Derechos Humanos, por *Ana Isabel Pérez Cepeda*..... 126
- El sistema penal norteamericano y los institutos de justicia negociada: especial énfasis en la criminalidad corporativa, por *Paula Andrea Ramírez Barbosa*..... 147
- Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal, por *Natalia Sánchez-Moraleda Vilches*..... 160
- El incremento de la protección del medio ambiente a través del Derecho Penal, por *Lucía Sánchez Pérez* ..... 178
- Violencia machista y circunstancia mixta de parentesco, por *José Luis Serrano González de Murillo* ..... 199

**Sistemas penales comparados:** Criminal compliance ..... 214

### Bibliografía:

- Recensión: *Summa de delictis et forum poenis*, Diego de Covarrubias y Leyva, 1540. Ed. a cargo de Justo García Sánchez y Beatriz García Fueyo, Oviedo, 2018, por *Enrique Orts Berenguer*..... 265
- Recensión: *Crime of Agression Library. The crime of aggression: a commentary*. Volumes 1 and 2, Claus Kress y Stefan Barriga (eds.), Cambridge, Cambridge University Press, 2017, 1589 pp., de *Larissa Van der Herik*..... 266

\* Los primeros 25 números de la Revista Penal están recogidos en el repositorio institucional científico de la Universidad de Huelva Arias Montano: <http://rabida.uhu.es/dspace/handle/10272/11778>



Universidad  
de Huelva



UNIVERSIDAD  
DE SALAMANCA



UCLM  
UNIVERSIDAD DE CASTILLA-LA MANCHA



UNIVERSIDAD  
PABLO DE OLAVIDE



Arias Montano  
Repositorio Institucional  
de la Universidad de Huelva

tirant lo blanch

Publicación semestral editada en colaboración con las Universidades de Huelva, Salamanca, Castilla-La Mancha, y Pablo Olavide de Sevilla

### **Dirección**

Juan Carlos Ferré Olivé. Universidad de Huelva  
jferreolive@gmail.com

### **Secretarios de redacción**

Víctor Manuel Macías Caro. Universidad Pablo de Olavide  
Miguel Bustos Rubio. Universidad Internacional de La Rioja

### **Comité Científico Internacional**

Kai Ambos. Univ. Göttingen	José Luis González Cussac. Univ. Valencia
Luis Arroyo Zapatero. Univ. Castilla-La Mancha	Victor Moreno Catena. Univ. Carlos III
Ignacio Berdugo Gómez de la Torre. Univ. Salamanca	Francisco Muñoz Conde. Univ. Pablo Olavide
Gerhard Dannecker. Univ. Heidelberg	Enzo Musco. Univ. Roma
José Luis de la Cuesta Arzamendi. Univ. País Vasco	Francesco Palazzo. Univ. Firenze
Albin Eser. Max Planck Institut, Freiburg	Teresa Pizarro Beleza. Univ. Lisboa
Jorge Figueiredo Dias. Univ. Coimbra	Claus Roxin. Univ. München
George P. Fletcher. Univ. Columbia	José Ramón Serrano Piedecosas. Univ. Castilla-La Mancha
Luigi Foffani. Univ. Módena	Ulrich Sieber. Max Planck. Institut, Freiburg
Nicolás García Rivas. Univ. Castilla-La Mancha	Juan M. Terradillos Basoco. Univ. Cádiz
Vicente Gimeno Sendra. UNED	John Vervaele. Univ. Utrecht
Juan Luis Gómez Colomer. Univ. Jaume I <sup>o</sup>	Eugenio Raúl Zaffaroni. Univ. Buenos Aires
Carmen Gómez Rivero. Univ. Sevilla	Manuel Vidaurri Aréchiga. Univ. La Salle Bajío

### **Consejo de Redacción**

Miguel Ángel Núñez Paz y Susana Barón Quintero (Universidad de Huelva), Adán Nieto Martín, Eduardo Demetrio Crespo y Ana Cristina Rodríguez (Universidad de Castilla-La Mancha), Emilio Cortés Bechiarelli (Universidad de Extremadura), Fernando Navarro Cardoso y Carmen Salinero Alonso (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria), Lorenzo Bujosa Badell, Eduardo Fabián Caparros, Nuria Matellanes Rodríguez, Ana Pérez Cepeda, Nieves Sanz Mulas y Nicolás Rodríguez García (Universidad de Salamanca), Paula Andrea Ramírez Barbosa (Universidad Externado, Colombia), Paula Bianchi (Universidad de Los Andes, Venezuela), Elena Núñez Castaño (Universidad de Sevilla), Carmen González Vaz (Universidad Complutense) Pablo Galain Palermo (Max Planck Institut - Universidad Católica de Uruguay), Alexis Couto de Brito y William Terra de Oliveira (Univ. Mackenzie, San Pablo, Brasil).

### **Sistemas penales comparados**

Martin Paul Wassmer (Alemania)	Manuel Vidaurri Aréchiga (México)
Luis Fernando Niño (Argentina)	Sergio J. Cuarezma Terán (Nicaragua)
Alexis Couto de Brito y Jenifer Moraes (Brasil)	Carlos Enrique Muñoz Pope (Panamá)
Bencan Li (China)	Víctor Roberto Prado Saldarriaga (Perú)
Angie A. Arce Acuña (Costa Rica)	Volodymyr Hulkevych (Ucrania)
Antonio Rodríguez Molina (España)	Sofía Lascano y Pablo Galain Palermo (Uruguay)
Luigi Foffani (Italia)	Jesús Enrique Rincón Rincón (Venezuela)

[www.revistapenal.com](http://www.revistapenal.com)

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
<http://www.tirant.com>  
Librería virtual: <http://www.tirant.es>  
DEPÓSITO LEGAL: B-28940-1997  
ISSN.: 1138-9168  
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.  
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia por favor lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>



## Comercio electrónico y suplementos deportivos: una perspectiva jurídico-penal

Natalia Sánchez-Moraleda Vilches

Revista Penal, n.º 44. - Julio 2019

### Ficha técnica

**Autor:** Natalia Sánchez-Moraleda Vilches

**Title:** E-commerce and sports supplements: a criminal law analysis

**Adscripción institucional:** Profesora Ayudante Doctora de Derecho Penal, Universidad de Alicante

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO GENERAL: RIESGOS VINCULADOS A LA VENTA *ONLINE* DE SUPLEMENTOS DEPORTIVOS PELIGROSOS. 1. Riesgos relativos a la composición y la forma de presentación de los productos. 1.1. Riesgos para la salud. 1.2. Riesgos para la pureza de la competición (ética deportiva). 1.3. Riesgos de naturaleza patrimonial y socioeconómica. 2. Riesgos derivados del uso de Internet como canal de distribución. III. LA RELEVANCIA PENAL DE LA VENTA *ONLINE* DE SUPLEMENTOS DEPORTIVOS DOPANTES PELIGROSOS. 1. Posibilidades y límites para la protección de la salud. 1.1. El delito de dopaje (art. 362 quinquies Cp). 1.2. Los delitos farmacológicos (arts. 361 a 362 quater Cp). 1.3. Los delitos de fraude alimentario (arts. 363 a 365 Cp). 1.4. Los delitos relativos a drogas tóxicas (arts. 368 a 378 Cp). 2. Posibilidades y límites frente al uso del medio informático. 2.1. El efecto expansivo del peligro: ¿una razón para intensificar la intervención penal? 2.2. Cuestiones relativas a la persecución. IV. CONCLUSIONES.

**Summary:** I. INTRODUCTION. II. GENERAL APPROACH: RISKS LINKED TO THE ONLINE SALE OF DANGEROUS SPORTS SUPPLEMENTS. 1. Risks related to the composition and presentation of the products. 1.1. Health risks. 1.2. Risks for the purity of competition (sports ethics). 1.3. Risks of patrimonial and socioeconomic nature. 2. Risks derived from the use of the Internet as a distribution channel. III. THE CRIMINAL RELEVANCE OF THE ONLINE SALE OF DANGEROUS DOPING SPORTS SUPPLEMENTS. 1. Possibilities and limits for the protection of health. 1.1. The crime of doping (article 362 quinquies Cp). 1.2. Pharmacological crimes (articles 361 to 362 quater Cp). 1.3. The crimes of food fraud (articles 363 to 365 Cp). 1.4. Crimes related to toxic drugs (articles 368 to 378 Cp). 2. Possibilities and limits against the use of the computing medium. 2.1. The expansive effect of the danger: a reason to intensify the penal intervention? 2.2. Issues related to the persecution. IV. CONCLUSIONS.

**Resumen:** Estudios recientes han puesto de manifiesto que Internet se erige en el principal canal a través del cual entran en la Unión Europea suplementos nutricionales para deportistas que podrían contener ingredientes peligrosos y/o dopantes. Ante este escenario, y al objeto de determinar la trascendencia que en el sistema penal pueden tener las conductas de venta *online* de suplementos deportivos dopantes peligrosos, el estudio aborda, en primer lugar, los riesgos que se derivan de su composición y su presentación, y los que aparecen vinculados al medio informático utilizado para su comercialización. En segundo lugar, se realiza una primera aproximación a las posibilidades y límites que ofrece el Derecho penal para prevenir y evitar tales comportamientos, a través del análisis de los recursos disponibles para tutelar la salud y de algunas cuestiones relativas a la relevancia del elemento informático como medio comisivo. Las conclusiones alcanzadas dan cuenta de la conveniencia de articular una respuesta penal que atienda a las particularidades que caracterizan al injusto de estas conductas

**Palabras clave:** suplementos deportivos, venta online, Internet, ciberdelincuencia, dopaje, medicamentos, fraude alimentario, drogas, salud

**Abstract:** Recent studies have shown that the Internet is the main way through which potentially dangerous or dopant nutritional supplements for athletes access the European Union. It is therefore essential to determine whether online sales of dangerous doping supplements are criminally relevant. In order to determine this, I will first address the risks resulting from the product's composition and presentation, and also those risks that are linked to the means used for its commercialization, i.e., online. Secondly, I will examine the possibilities and limits provided by criminal law to prevent these behaviours, through the analysis of the provisions protecting health, in view of the specificity introduced by the means used to commit the crime. The conclusions point towards the convenience of including specific criminal provisions that can better address the wrongdoing inherent to these behaviours

**Key words:** sports supplements, e-commerce, Internet, cybercrime, doping, medicinal products, food fraud, drugs, health

**Rec:** 12/05/2019 **Fav:** 30/05/2019

## I. INTRODUCCIÓN

El comercio electrónico constituye en la actualidad uno de los cambios más significativos que ha traído consigo la Sociedad de la Información. Cada vez con más frecuencia los consumidores recurren a Internet para realizar sus compras, atraídos por las ventajas que proporciona para realizar transacciones comerciales. Esta tendencia crece con paso firme en el ámbito de la Unión Europea<sup>1</sup>, en la que España ocupa una posición intermedia con una cuota de compradores *online* de un 57%<sup>2</sup>.

La mayoría de las compras *online* en nuestro país se concentran en sectores como el textil, el turismo, el ocio o la electrónica. Sin embargo, resulta llamativo el

porcentaje de usuarios de Internet que adquiere alimentos por esta vía (un 15% en 2016)<sup>3</sup>, aunque el *e-food* aún representa una pequeña parte de las ventas generales de alimentos<sup>4</sup>. Pues bien, dentro del mercado alimentario, un sector en el que se hace un uso creciente de las tecnologías de la información y de la comunicación (en adelante, TIC) es el de la nutrición deportiva<sup>5</sup>.

En este último sector circula una amplia gama de preparados que se introducen para mejorar el rendimiento de quienes practican deporte y cuyo consumo ha aumentado exponencialmente. En efecto, los datos disponibles indican que aproximadamente una de cada dos personas que practica deporte consume suplementos nutricionales<sup>6</sup>, y que se trata de un sector de negocio en desarrollo que genera cifras millonarias<sup>7</sup>.

1 De acuerdo con *The European Ecommerce Report 2018*, la previsión de facturación del comercio electrónico en el ámbito de la Unión Europea para 2018 se estimaba en 602 billones de euros, cifra que casi duplica la registrada en 2013 (información disponible en [https://www.eurocommerce.eu/media/159952/2018.07.02%20-%20Ecommerce%20report\\_annex.pdf](https://www.eurocommerce.eu/media/159952/2018.07.02%20-%20Ecommerce%20report_annex.pdf))

2 Asimismo, *The European Ecommerce Report 2018* preveía que la aceleración del crecimiento en España para 2018 alcanzaría el 17,7%. Pueden consultarse estos datos en <https://marketing4ecommerce.net/european-ecommerce-report-2018-marketplaces-suponen-56-ventas-cross-border/> [última consulta: 4 de abril, 2019].

3 Según datos proporcionados por Eurostat en <https://ec.europa.eu/eurostat/cache/infographs/ict/bloc-2a.html> [última consulta: 4 de abril, 2019].

4 Lo que, según GONZÁLEZ VAQUÉ, no es óbice para afirmar que la compra por Internet de alimentos "supondrá en breve un notable porcentaje del comercio alimentario al por menor", en "¿Qué información hay que facilitar al consumidor cuando adquiere productos alimenticios por Internet o mediante otros sistemas de comunicación a distancia?", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 12, 2014, pp. 56 y 58.

5 *Study on food intended for Sportspeople* de 15 de junio de 2015, presentado por el Consorcio para la Evaluación de la Cadena Alimentaria (FCEC) a la Comisión Europea. El estudio destaca, entre los alimentos para deportistas que se distribuyen a través de Internet, los productos (a base de proteínas) para la recuperación posejercicio, la generación y el fortalecimiento de la masa muscular, y los productos para aumentar la energía y el rendimiento para deportistas, que representan, respectivamente, un 8% y un 10% del total de las compras (p. 82). Puede consultarse en [https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/fs\\_labelling-nutrition\\_special\\_study.pdf](https://ec.europa.eu/food/sites/food/files/safety/docs/fs_labelling-nutrition_special_study.pdf) [última consulta: 4 de abril, 2019].

6 Al respecto, véase "Dopaje", en *Panorama actual del medicamento*, núm. 382, 2015, pp. 247-257, disponible en <https://www.portalafarma.com/Profesionales/medicamentos/dopaje/Documents/Revision-Dopaje-PAM-382.pdf> [última consulta: 4 de abril, 2019].

7 En este sentido, el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre alimentos destinados a los deportistas, de 15 de junio de 2016 (COM (2016) 402 final), revela que el mercado de los alimentos y bebidas para deportistas en la Unión Europea alcanzó un valor de 3070 millones de euros en 2014. Asimismo, indica que en toda la Unión Europea el mercado de los alimentos para deportistas ha crecido un 11,2% entre 2009 y 2014, debido principalmente a los productos a base de proteínas, pero también a los de aumento de la energía y el rendimiento que crecieron, respectivamente, un 68% y un 54% durante ese periodo. Más recientemente, Global Industry

Este trabajo se centra en esta clase de productos alimenticios para deportistas, conocidos en el lenguaje comercial como “suplementos deportivos”, con especial atención al medio virtual empleado para su compra<sup>8</sup>. Por un lado, diversos estudios han revelado que algunos de estos suplementos, que de por sí presentan una naturaleza controvertida que les ha valido la denominación de “productos frontera” (por su composición, a caballo entre el alimento y el medicamento), presentan riesgos variados para los consumidores<sup>9</sup>. Principalmente, se destacan riesgos para la salud derivados de una composición no declarada en la que figuran sustancias prohibidas en el deporte por su función dopante que son potencialmente peligrosas. Por otro lado, las asociaciones de consumidores, las autoridades competentes y los operadores han puesto de relieve que Internet constituye el principal canal a través del cual entran en la Unión Europea los productos alimenticios para deportistas manufacturados en terceros países que podrían contener ingredientes peligrosos y/o dopantes<sup>10</sup>.

En este punto, y en el marco de la Unión Europea, hay que reconocer que los esfuerzos llevados a cabo por los legisladores, las autoridades de control y la propia industria alimentaria han sido muy notables. Pero, pese a ello, parece que aún queda camino por recorrer, tanto en el terreno de la seguridad alimentaria, como en el de la seguridad de los medios informáticos y los límites a que deben sujetarse<sup>11</sup>.

Ante este estado de cosas, teniendo en cuenta la entidad de los riesgos, parece oportuno plantearse la conveniencia de acudir, incluso, al Derecho penal para hacer frente a las prácticas ilícitas en este ámbito. Se trata, con carácter general, de determinar la trascendencia que en el sistema penal pueden tener las conductas de venta *online* de suplementos deportivos dopantes peligrosos.

Con este propósito, el estudio se dividirá en tres partes. En la primera, se individualizarán los principales riesgos que llevan aparejadas las conductas que a ellos

se refieren, distinguiendo entre los que se derivan de la composición y la presentación de estos productos, y los que aparecen vinculados al medio informático utilizado para su puesta a disposición de los consumidores. En la segunda parte se realizará una primera aproximación a las posibilidades y límites que ofrece el Derecho penal para prevenir y evitar tales comportamientos. Dado que los aspectos a tratar son muy numerosos y requerirían un tratamiento que excedería los límites de este trabajo, se abordarán tan solo los recursos disponibles para tutelar la salud y algunas cuestiones relativas a la relevancia del elemento informático como medio comisivo. En particular, se valorará la conveniencia de adaptar la regulación penal al uso de las TIC en este ámbito y se abordarán las dificultades para la persecución de los delitos cometidos a través de la Red. Por último, en la tercera parte, se recogerán las conclusiones alcanzadas dentro de los márgenes a los que se circunscribe este análisis.

## II. Planteamiento general: riesgos vinculados a la venta *online* de suplementos deportivos peligrosos

### 1. Riesgos relativos a la composición y la forma de presentación de los productos

El debate que se suscita respecto a los suplementos deportivos gira en torno a dos aspectos principales: de un lado, como anticipaba, existe incertidumbre respecto a su naturaleza; de otro lado, se ha puesto de manifiesto que algunos pueden ser peligrosos para la salud, además de provocar resultados positivos en los controles antidopaje. A ello hay que añadir diversos riesgos conexos que pueden afectar a intereses de diversa índole y que también pueden conllevar consecuencias importantes, no solo en el ámbito administrativo, sino también en el penal.

---

Analysts ha señalado que las previsiones eran que en 2018 la industria de la nutrición deportiva moviese hasta 16.170 millones de dólares en todo el mundo, lo que representaría un incremento del 23% respecto al año 2013 (información disponible en <https://www.lavanguardia.com/deportes/20171114/432886691030/el-consumo-de-productos-de-nutricion-deportiva-aumenta-un-7--en-espana.html>).

8 Además de Internet, existen muchos otros canales de distribución: supermercados, herboristerías, tiendas de productos “dietéticos” y “naturales” y establecimientos especializados en suplementos y nutrición deportiva.

9 Véase *infra* el apartado II.1.

10 *Study on food intended for Sportspeople* de la FCEC (p. 83).

11 Por lo que respecta a la seguridad alimentaria, el propio Parlamento Europeo, en su Resolución sobre la crisis alimentaria, los fraudes en la cadena alimentaria y el control al respecto, de 14 de enero de 2014 (2013/2091(INI)), señalaba que, aunque el marco regulador de la Unión Europea para la seguridad de los alimentos y la cadena alimentaria hasta ahora ofrece un nivel de seguridad de los alimentos elevado, “la legislación actual todavía es frágil y no siempre fiable”, lo que justifica la necesidad de introducir mejoras (Considerando C). En particular, y entre otras medidas, instaba a la Comisión para que subsanara las lagunas existentes en las normas vigentes sobre seguridad alimentaria y trazabilidad relativas a las importaciones de alimentos procedentes de terceros países, los cuales asumen un riesgo más alto de fraude alimentario. Sobre esta resolución, puede verse GONZÁLEZ VAQUÉ, L., “La prevención y represión de los fraudes alimentarios en la Unión Europea”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 15, 2015.

### 1.1. Riesgos para la salud

a) Riesgos derivados del problema de su naturaleza a efectos jurídicos

Un problema de especial importancia que se plantea en relación con estos compuestos, destinados —en teoría— a aportar un extra de nutrientes para evitar carencias en la dieta o complementarla, es el de determinar cuál sea su naturaleza. Pese a que normalmente no se ofrecen con el objetivo de tratar, prevenir o curar enfermedades (lo que está expresamente prohibido tratándose de alimentos, salvo excepciones)<sup>12</sup>, en ocasiones presentan una composición más propia de los medicamentos. 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, resulta esencial aclarar su carácter en el caso de que su 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.

Con todo, se constata que en la actualidad su puesta en el mercado se realiza mediante la adscripción formal al ámbito del alimento, generalmente como complementos alimenticios, lo que implica que siguen los cauces menos restrictivos que se prevén en la normativa aplicable, en lugar de sujetarse a los requisitos mucho más estrictos a los que se someten la elaboración y la venta de medicamentos.

En este sentido, y pese al amplio y dinámico arsenal regulatorio aplicable en el campo alimentario, se observan deficiencias que revelan que quizás la seguridad alimentaria no se encuentre suficientemente garantizada en relación con estos productos. Por una parte, el análisis de la normativa en cuanto a la composición pone de manifiesto una cierta indeterminación que afecta, a mi modo de ver, a las garantías de inocuidad que se ofrecen a los consumidores de estos suplementos<sup>13</sup>.

Y, por otra parte, una revisión de los requisitos exigidos para la puesta en circulación de los suplementos deportivos demuestra que el sistema de control establecido puede no ser adecuado teniendo en cuenta la naturaleza un tanto especial que presentan. Me refiero a que basta con notificar la puesta en el mercado a las autoridades competentes mediante el envío de un ejemplar de la etiqueta con carácter previo o simultáneo, sin que sea precisa una autorización previa<sup>14</sup>. Esta notificación no supone, por consiguiente, que se haya efectuado con anterioridad una valoración de su composición o de la legalidad de su etiquetado, que puede no corresponderse con la realidad<sup>15</sup>. De modo que, aunque quepa efectuar un control *a posteriori*, es posible que en el ínterin circulen suplementos que no cumplan con la normativa alimentaria y que comporten un peligro para los consumidores.

Acaso el problema de fondo es que estamos ante una categoría de productos que no ha sido aún definida (o aceptada) por la Unión Europea que, en contra de la opinión de las autoridades alimentarias de algunos Estados miembros y parte de la industria, se resiste a elaborar una legislación propia que atienda a sus particularidades con el argumento de que la normativa horizontal proporciona las garantías necesarias en términos de seguridad alimentaria, composición de los alimentos, información al consumidor y seguridad jurídica<sup>16</sup>.

12 Reglamento (UE) 1169/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor (art. 7.3).

13 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, declara que son productos alimenticios en cuya composición solo se pueden utilizar las vitaminas y minerales que se enumeran en el Anexo I y bajo las formas señaladas en el Anexo II. No obstante, la propia norma admite la presencia de otras sustancias con efecto nutricional o fisiológico que no se relacionan expresamente y respecto de las que no existen perspectivas de armonización a nivel comunitario (al respecto, véase el 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). De este modo, el vacío legal a nivel europeo ha producido disparidad entre las legislaciones nacionales, pues algunos Estados han establecido listados específicos, mientras que otros no lo han considerado necesario. En España, la norma aplicable a los complementos alimenticios es el RD 1487/2009, de 26 de septiembre, que traspone al Derecho interno la Directiva 2002/46/CE. Este Real Decreto ha sido recientemente modificado por el RD 130/2018, de 16 de marzo, que ha incorporado un listado nacional de sustancias distintas de las vitaminas y los minerales que se pueden utilizar en la fabricación de los complementos alimenticios.

14 Así lo recoge el art. 9 del RD 1497/2009, atendiendo a la opción que en este sentido ofrecía la Directiva 2002/46/CE.

15 Y ello, aunque cumpla formalmente con la información alimentaria obligatoria requerida por el Reglamento (UE) 1169/2011, sobre la información alimentaria facilitada al consumidor.

16 Da cuenta de la posición de las autoridades y la industria a favor de una regulación específica el *Study on food intended for Sportspeople* (véase la nota 5).



### b) Riesgos derivados de su composición y presentación

Desde hace años, diversos organismos e instituciones vienen avisando sobre los riesgos para la salud que aparecen asociados al uso de suplementos nutricionales para deportistas. En particular, se ha puesto de manifiesto que bajo su aparente inocuidad esconden en ocasiones efectos perniciosos derivados de una composición no declarada en el etiquetado en la que con cierta frecuencia aparecen ingredientes peligrosos, entre otros, anabolizantes hormonales y estimulantes.

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)<sup>17</sup>; a operaciones policíacas de desmantelamiento de redes que elaboraban clandestinamente y distribuían indiscriminadamente productos nutricionales dopantes a través de la Red —a cualquiera, sin necesidad de acreditar la condición de deportista— y en gimnasios<sup>18</sup>; así como a condenas en los tribunales nacionales, unas por el ilícito de dopaje, al tratarse de suplementos alimenticios que contenían sustancias dopantes<sup>19</sup>; y, otras, por alguna figura penal de las recogidas en el 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 peso<sup>20</sup>.

### 1.2. Riesgos para la pureza de la competición (ética deportiva)

El dopaje representa riesgos para la salud que pueden derivar de la composición y la presentación de algunos suplementos deportivos. Pero, al mismo tiempo, constituye una práctica desleal contraria a los valores vinculados a la ética deportiva. Ha quedado demostrado que entre los ingredientes se encuentran a menudo sustancias incluidas en la lista de sustancias y métodos prohibidos en el deporte, entre las que se encuentran diversos fármacos y drogas<sup>21</sup> cuya detección conlleva importantes sanciones que se contemplan en LO 3/2013, de 20 de junio, de protección de la salud del deportista y lucha contra el dopaje en la actividad deportiva<sup>22</sup>.

De hecho, son innumerables los estudios que se han desarrollado para denunciar públicamente la posible

17 Gracias a la función de control de la AEMPS se han retirado del mercado diversos suplementos deportivos considerados peligrosos que contenían prohormonas anabolizantes relacionadas con la testosterona (Ultra-Sten, Halo-Plex Xtrem, Mega-Sten Extreme, Epistabol, Dymethaberry steel crushers comprimidos, Phreak, Nasty Mass InSLINsified, Prohormonal E-Pol InSLINsified) y estimulantes como la sibutramina (Zero Xtrem). Asimismo, en la función de control de estos productos colaboran la AEPSAD (véase, a título de ejemplo, la alerta sobre el complemento Creaquad de 17 de enero de 2018, en <https://aepsad.mecd.gob.es/actualidad/2018/enero/20180117-alerta-complemento.html>) y la Agencia Española de Consumo, Seguridad Alimentaria y Nutrición (AECOSAN).

18 Por ejemplo, en septiembre de 2016 la policía descubrió en Palma de Mallorca un laboratorio clandestino en el que se adulteraban complementos alimenticios (se localizaron hasta 119 tipos diferentes) con sustancias anabolizantes obtenidas de forma ilegal en Inglaterra que posteriormente se vendían a fisiculturistas por Internet y se distribuían a través de empresas de paquetería por todo el territorio nacional e internacional, principalmente Alemania e Inglaterra. Puede consultarse esta información en [https://www.abc.es/sociedad/abci-de-tienen-matrimonio-distribuir-deportistas-productos-nutricionales-adulterados-anabolizantes-201609271402\\_noticia.html](https://www.abc.es/sociedad/abci-de-tienen-matrimonio-distribuir-deportistas-productos-nutricionales-adulterados-anabolizantes-201609271402_noticia.html) [última consulta: 4 de abril, 2019].

19 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); SJP nº1 Huelva 217/2012, 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); 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).

20 SAP Córdoba 34/2002, de 30 de septiembre y STS 1207/2004, de 11 de octubre (se aplicó un delito del art. 359 Cp, relativo a sustancias nocivas); SAP Badajoz 8/2006, de 14 de febrero (se calificó por un delito de fraude alimentario del art. 364.1, en relación con el art. 367).

21 La lista actualmente en vigor se publicó en el BOE el 31 de diciembre de 2018. En este listado se recogen, entre otros, elementos que son fármacos o principios activos de medicamentos como la testosterona, la eritropoyetina o estimulantes que son drogas como las amfetaminas o la cocaína.

22 Advierten de que entre un 6,4% y un 8,8% de los positivos por dopaje podrían ser debidos al consumo de suplementos 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. 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://blog.aepsad.es/complementos-alimenticios/> [última consulta: 4 de abril, 2019].



función dopante de estos preparados nutricionales<sup>23</sup>. En ellos se confirma que un alto porcentaje contienen sustancias prohibidas que no se declaran en la etiqueta y, lo que es más preocupante, se refleja que, si bien en algunos casos se trata de un problema de contaminación accidental, en otros existen datos que permiten inferir una fabricación intencionada con elementos dopantes enmascarados bajo la apariencia de inofensivos preparados alimenticios<sup>24</sup>.

Asimismo, desde instancias jurisdiccionales se han corroborado casos positivos por dopaje a través de compuestos nutricionales. Al respecto, cabe 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<sup>25</sup>, o los casos de dos velocistas jamaicanos suspendidos por dopaje derivado también de un preparado nutricional<sup>26</sup>.

### 1.3. Riesgos de naturaleza patrimonial y socioeconómica

Si bien cabe afirmar que los riesgos para la salud constituyen la mayor preocupación en relación con la suplementación deportiva, hay que poner de manifiesto otras consecuencias de las actuaciones fraudulentas en torno a estos productos peligrosos que circulan en el mercado alimentario. En efecto, su presentación se caracteriza por ser engañosa. Por un lado, a través de etiquetados que no reflejan su verdadera composición y que ocultan la presencia de ingredientes dopantes

potencialmente nocivos<sup>27</sup>; y, por otro lado, mediante instrumentos publicitarios que, pese a la normativa que establece condiciones y límites para promocionar estos suplementos<sup>28</sup>, no impide que en muchas ocasiones se empleen expresiones ambiguas que sugieren propiedades próximas a las de los fármacos<sup>29</sup>.

Estos incumplimientos intencionados de la legislación alimentaria y de la normativa relativa a la información que se facilita pueden afectar, de un lado, a los consumidores, que son llevados a error por la maquinación engañosa y que adquieren los compuestos en la creencia de que son inofensivos complementos que coadyuvan a mejorar su rendimiento deportivo y a preservar su salud, proporcionando pingües beneficios económicos a los agentes implicados en el fraude. Obviamente, esta publicidad engañosa incide en la libertad de elección de los consumidores, pero, también, podría lesionar sus intereses económicos por cuanto realizan actos de disposición patrimonial que probablemente no tendrían lugar de conocer fehacientemente la realidad. Eventualmente, además, cabría considerar el escenario hipotético en el que el uso de los suplementos nutricionales dopantes fuese idóneo para obtener premios económicos en competiciones deportivas en perjuicio de otros competidores. De otro lado, estos comportamientos suponen una competencia desleal para los operadores del sector de la nutrición deportiva que cumplen con el marco regulador establecido para esta clase de productos alimenticios, dañando además su imagen global<sup>30</sup>.

23 Cabe citar, entre otros muchos, el estudio patrocinado por el COI en 2001; el Informe de la Conferencia de las Partes en la Convención Internacional contra el dopaje en el Deporte, celebrada en París en 2011 (Informe ICDS/3CP/Inf.3, relativo a la aplicación del art. 10 de la Convención Internacional contra el Dopaje en el Deporte); y, más recientemente el trabajo realizado por el Grupo en Alimentación y Nutrición (ALINUT) de la Universidad de Alicante, que ha desvelado que entre un 12% y un 58% de productos como proteínas en polvo, multivitamínicos, bebidas isotónicas o barritas contienen sustancias dopantes no etiquetadas, en Martínez-Sanz, J. M.; Sospedra, I.; Ortiz, C.M.; Baladía, E.; Gil-Izquierdo, A.; Ortiz-Moncada, R., "Intended or Unintended Doping? A Review of the Presence of Doping Substances in Dietary Supplements Used in Sports". *Nutrients*, vol. 9, 2017, p. 1093.

24 En relación con los suplementos alimenticios para deportistas que contienen elementos dopantes es muy frecuente que se los identifique como "productos contaminados", sin precisar si se trata de una contaminación intencional o no. Señala que a menudo se trata de "contaminaciones voluntarias", ATIENZA MACÍAS, E., "El tratamiento jurídico de los complementos alimenticios en el contexto del dopaje deportivo", en GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (Coord.), *Lecciones de Derecho alimentario 2015-2016*, Cizur Menor, 2016, p. 330.

25 STAS de 6 de febrero de 2012, asuntos acumulados CAS 2011/A/2384 y CAS 2011/A/2386.

26 Información disponible en <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14251979> [última consulta: 4 de abril, 2019].

27 Los requisitos generales de etiquetado de los alimentos se contienen en el Reglamento (UE) 1169/2011 sobre la información alimentaria facilitada al consumidor, que además regula específicamente la venta mediante comunicación a distancia. A ello hay que añadir, para los complementos alimenticios, los datos contenidos en la Directiva 2002/46 (art. 6).

28 A la publicidad de los complementos alimenticios se aplica, asimismo, el Reglamento (CE) 1924/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre declaraciones nutricionales y propiedades saludables en los alimentos. En el ámbito nacional, hay que tener en cuenta las limitaciones que establece la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición.

29 Por ejemplo, algunos suplementos se promocionan con fórmulas como "ayuda a prevenir lesiones musculares" o "influye en la concentración mental". Insiste en que las modalidades de promoción que se usan transgreden a menudo la normativa aplicable "sin que exista una voluntad firme por parte de las autoridades responsables de impedirlo", VIDA FERNÁNDEZ, J., *Concepto y régimen jurídico de los medicamentos. Su distinción de otros productos para el cuidado de la salud*, Valencia, 2015, p. 135.

30 Al respecto, el *Study on food intended for Sportspeople* hace hincapié en que los problemas de competencia desleal derivan de que entre los productos ilegales que se adquieren por Internet, muchos de ellos proceden de países de fuera de la Unión Europea que

Por último, no se puede desconocer que la introducción clandestina o subrepticia de estos productos ilegales en nuestro país podría, además de afectar a la salud, vulnerar la actividad de control desarrollada por las autoridades aduaneras cuando se trate de géneros no comunitarios<sup>31</sup>. En este sentido, conviene recordar que el *Study on food intended for Sportspeople*, sobre el que se sustenta el Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre alimentos destinados a los deportistas, de 15 de junio de 2016, pone de relieve la existencia de importaciones directas de alimentos para deportistas provenientes de terceros países que no cumplen con las prescripciones de la legislación europea en materia alimentaria. Estos productos, se indica que llegan inicialmente a los consumidores a través de ventas efectuadas por canales directos como Internet, aunque se sospecha que ciertos distribuidores podrían estar importándolos y procediendo a su reventa posterior<sup>32</sup>.

### 2. Riesgos derivados del uso de Internet como canal de distribución

En 2017 la Comisión Europea organizó el primer programa coordinado de control sobre alimentos vendidos por Internet, con el objetivo de identificar y controlar de forma coordinada sitios web que ofrecen a la venta productos que claramente no cumplen con la normativa alimentaria de la Unión<sup>33</sup>. Transcurrida la primera campaña de control, centrada en nuevos alimentos, complementos alimenticios y productos alimenticios en general, y en la que las autoridades oficiales de control de alimentos han verificado 1077 sitios web en 25 Estados miembros, las conclusiones publicadas por el órgano comunitario dejan patente la falta de control sobre la información de las webs que se dedican

a la venta de alimentos<sup>34</sup>. En particular, el documento refleja que se han detectado 779 ofertas de productos (muchas de ellas de empresas de terceros países, principalmente China y EEUU) que no cumplían con la legislación alimentaria en términos de etiquetado, presentaban afirmaciones falsas o falta de autorización para ciertos ingredientes. Para sorpresa de la Comisión, un 32% de los incumplimientos estaba relacionado con complementos alimenticios (351).

Esta situación da cuenta de la posición de vulnerabilidad en la que pueden encontrarse los potenciales adquirentes de suplementos nutricionales a través de la Red: así como las nuevas tecnologías proporcionan indudables beneficios y favorecen transacciones comerciales abiertas entre un número ilimitado de individuos<sup>35</sup>, también comportan riesgos por razón de su propia naturaleza que pueden resultar difíciles de controlar.

Concretamente, el medio informático puede desempeñar un papel relevante para la comisión de delitos a través de la difusión de productos peligrosos. Y es que presenta peculiaridades que dotan a estas actuaciones de unos rasgos característicos que las diferencia de aquellas otras en las que no se utilizan las TIC: Internet permite alcanzar a un número de consumidores mucho más extenso que, además, pueden localizarse en distintos puntos del planeta, dado el carácter global y transfronterizo del elemento informático; se caracteriza por la descentralización, de modo que no es factible su control y gestión desde un único centro de poder<sup>36</sup>; y ofrece amplias posibilidades de mantener el anonimato, favoreciendo la impunidad. Por añadidura, el acceso a la tecnología para delinquir no requiere especiales esfuerzos, ni económicos (su uso está generalizado y al al-

---

tienen una legislación más laxa y que no cumplen con las exigencias legales comunitarias en materia de ingredientes, etiquetado, declaraciones nutricionales, etc. (p. 59).

31 Los medios de comunicación dan cuenta de que no es infrecuente la introducción de cantidades importantes de sustancias anabolizantes mediante el envío de paquetes postales procedentes de países asiáticos. Véase, por ejemplo, "Aduana aprehende 1.000 dosis de sustancias anabolizantes enviadas por correo en Canarias", en <https://www.europapress.es/islas-canarias/noticia-aduana-aprehende-1000-dosis-sustancias-anabolizantes-enviadas-correo-canarias-20150521153236.html> [última consulta: 4 de abril, 2019].

32 *Study on food intended for Sportspeople*, p. 101.

33 Recomendación de la Comisión de 24.7.2017, relativa a un plan coordinado de control sobre el control oficial de determinados alimentos comercializados a través de Internet.

34 *The first EU coordinated control plan on online offered food products. Analysis of the main outcome of the implementation of the Commission Recommendation on a coordinated control plan on the official control of certain foods marketed through the Internet*, publicado el 15 de febrero de 2018. Puede verse un comentario a este documento en FERRER, J. M., "Legislación alimentaria: el control oficial en los alimentos comercializados en Internet", disponible en <https://www.ainia.es/tecnoalimentalia/legislacion/control-oficial-alimentos-comercializados-internet/> [última consulta: 4 de abril, 2019].

35 Sobre las ventajas del ciberespacio en el que se desarrolla el comercio electrónico, véase GÓMEZ SEGADÉ, J. A., "El comercio electrónico en la sociedad de la información", en GÓMEZ SEGADÉ, J. A. (Dir.) y FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, A./TATO PLAZA, A. (Coords.), *Comercio electrónico en Internet*, Madrid, 2001, pp. 27-29.

36 En este sentido, BARRIO ANDRÉS, M., *Ciberdelitos. Amenazas criminales del ciberespacio*, Madrid, 2017, p. 18. Alude al ciberespacio "más bien distribuido", MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, Madrid, 2012, pp. 155-156.

cance de la inmensa mayoría), ni siquiera emocionales (por la lejanía y el desconocimiento de las víctimas)<sup>37</sup>.

Todos estos rasgos de la tecnología informática y de las conexiones en red, como anticipaba, conllevan que su empleo para cometer delitos les confiera perfiles específicos que ponen al descubierto nuevos problemas que constituyen un reto para el Derecho penal. Así, cabría destacar, en primer lugar, el mayor potencial expansivo de las conductas delictivas, derivado de la enorme dependencia social de estos instrumentos, que propician que cualquier bien jurídico pueda verse atacado masivamente a través de los mismos. En segundo lugar, el carácter transnacional de la criminalidad, que plantea serias dificultades para su investigación, su prueba y su persecución. En este aspecto, el recurso a Internet como medio comisivo genera, de una parte, problemas para concretar el lugar de comisión del delito y, en consecuencia, la determinación de la ley penal aplicable y la jurisdicción competente para juzgar los hechos. De otra parte, conlleva especiales dificultades para la localización y obtención de pruebas<sup>38</sup>, tareas que, en cualquier caso, deben coonestarse con una adecuada protección de los datos de carácter personal<sup>39</sup>, a lo que se suman las relativas a la obtención de colaboración de las autoridades policiales y judiciales de terceros países.

Finalmente, en tercer lugar, las infracciones cometidas en Internet se caracterizan porque no resulta fácil individualizar la responsabilidad criminal; esto es, determinar, de entre todos los sujetos que intervienen, a quiénes se les puede imputar la comisión del hecho delictivo y a qué título. En este punto, una de las cuestiones que suscita mayor interés es la de la posible res-

ponsabilidad de los proveedores de servicios que facilitan el acceso y transmiten la información a través de la Red<sup>40</sup>.

### III. La relevancia penal de la venta *online* de suplementos deportivos dopantes peligrosos

Vistos los riesgos que suscitan esta clase de suplementos nutricionales ilegales y la problemática general que acompaña al uso de Internet como vehículo para las transacciones comerciales de los que son objeto, procede entrar a analizar qué posibilidades y límites ofrece el sistema penal para prevenir y sancionar estos comportamientos. Como he reseñado anteriormente, me limitaré a tratar algunas cuestiones concretas.

#### 1. Posibilidades y límites para la protección de la salud

En caso de ser precisa la actuación del Derecho penal, y aunque, como se verá, existen recursos sobrados para hacer frente a estas actuaciones peligrosas, el problema que se plantea es que existen dudas respecto a cuál sería el tipo penal aplicable, justamente por razón de las particularidades que confluyen en estos suplementos deportivos peligrosos: son productos alimenticios que contienen elementos dopantes que pueden identificarse simultáneamente con los medicamentos, las drogas o las sustancias nocivas recogidos en otros preceptos del capítulo del Código penal relativo a los delitos contra la salud pública<sup>41</sup>. Se trata, por tanto, de examinar brevemente el tratamiento jurídico-penal de los suplementos deportivos dopantes como preparados que podrían constituir el objeto material de cualquiera de las infracciones ubicadas sistemáticamente en el

37 Sobre la motivación que supone el ciberespacio para el agresor, véase MIRÓ LLINARES, F., *El cibercrimen. Fenomenología y criminología de la delincuencia en el ciberespacio*, cit., pp. 170-179.

38 Precisamente, las conclusiones de la Comisión en relación con el primer programa coordinado de control sobre alimentos vendidos por Internet recalcan las dificultades que se plantean para la investigación y la inspección de los productos alimenticios vendidos por operadores en línea. En particular, alude a casos en los que el sitio web no indica la dirección o refleja una errónea. Y, también, refiere que muchos vendedores *online* son solo intermediarios que no tienen disponibles los productos para la toma oficial de muestras y su análisis (p. 5).

39 Incide en que las soluciones al fenómeno del uso de las TIC con fines delictivos no deben limitar o restringir los derechos y las libertades fundamentales de los ciudadanos, la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017 (p. 643).

40 Este es un tema muy complejo que, por razones de espacio, no va a ser abordado en este trabajo. Sobre las propuestas que se esgrimen entre los autores pueden verse: ANARTE BORRALLA, E., en "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la Sociedad de la Información", *Derecho y conocimiento*, vol. 1, 2002, pp. 216-221; CORCOY BIDASOLO, M., "Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos", *Eguzkiore*, núm. 21, 2007, pp. 23-25; PÉREZ MACHÍO, A. I., "Dos problemas particulares de cara a la persecución de los delitos informáticos", en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Derecho penal informático*, Cizur Menor, 2010, pp. 252-275; MATA y MARTÍN, R., "Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen (1)", *Actualidad penal*, núm. 37, 2003, pp. 12-17 [consultado en La ley Digital].

41 Este solapamiento de objetos materiales ha sido puesto de manifiesto por la mayoría de la doctrina. Véase, por todos, MORENO CARRASCO, F., "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, pp. 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., pp. 65-66.



Capítulo III del Título XVII del Libro II del Código penal, bajo la rúbrica “De los delitos contra la salud pública”. En esta ocasión me detendré en los relativos a sustancias dopantes, a medicamentos, a productos alimentarios y a drogas.

### 1.1. El delito de dopaje (art. 362 quinquies Cp)

Comencemos con el tipo penal de dopaje. El precepto castiga una pluralidad de conductas dolosas que han de tener necesariamente como destinatarios a los deportistas en general, aunque con matices, pues la redacción del ilícito aboca a entender que no todos los individuos que practican deporte pueden ser sujetos pasivos<sup>42</sup>. La larga retahíla de verbos típicos empleados, a veces reiterativos, engloba conductas de entrega<sup>43</sup> (“suministrar”, “proporcionar”, “facilitar”), entre las que se ubicarían las acciones de venta que son objeto de este trabajo. El objeto material del delito lo constituyen, de acuerdo con la descripción del tipo, las “sustancias o grupos farmacológicos, así como métodos no reglamentarios destinados a aumentar sus capacidades físicas (las de los deportistas) o modificar los resultados de las competiciones”. Estos elementos dopantes aparecen recogidos en la lista de sustancias y métodos prohibidos por la AMA, siendo que entre ellos se enumeran muchos de los que se han hallado en los análisis efectuados sobre algunos suplementos deportivos. Adicionalmente, el tipo penal establece que las sustancias o métodos, “por su contenido, reiteración de la ingesta y otras circunstancias concurrentes, pongan en peligro la vida o la salud de los mismos”. Estamos, pues, ante un injusto de peligro, en el que para la consumación no

se requiere que se produzca un resultado lesivo para la salud, bastando con que se genere un peligro para el valor tutelado.

Al margen de los múltiples problemas interpretativos que lleva consigo la farragosa y oscura formulación legal, hay que concretar dos aspectos que, a mi juicio, son claves para una correcta aplicación del tipo y para valorar su alcance cuando se trata de prevenir o sancionar las ventas *online* de productos nutricionales peligrosos. Me refiero, en concreto, al bien jurídico protegido y a la clase de peligro que caracteriza a esta figura penal. Pese a la ubicación sistemática del precepto, considero que el bien jurídico protegido no es la salud pública como bien colectivo autónomo de la salud individual. Por el contrario, y pese a que tanto la jurisprudencia como la doctrina dominante secundan esta posición<sup>44</sup>, entiendo que lo que aquí se trata de salvaguardar es el interés individual vida o salud frente a actuaciones que generan un peligro que no es general, como también se sostiene mayoritariamente<sup>45</sup>, sino individual, limitado a un deportista concreto<sup>46</sup>.

Por un lado, quedan fuera del tipo penal algunos deportistas, así como aquellos ciudadanos no deportistas que acuden a estas sustancias dopantes para mejorar sus capacidades fuera del mundo del deporte, lo que no encaja con un bien jurídico en clave colectiva. Por otro lado, la realización del tipo no implica necesariamente que haya de ponerse en peligro a un conjunto indeterminado de personas, como requiere el peligro general. Al respecto, el examen de las exigencias típicas permite constatar que para la perfección delictiva solo se precisa que se exponga a riesgo la salud de un

42 Un detallado análisis de cada una de las categorías de deportistas que figuran en la descripción legal, así como de los problemas más importantes que presenta la concreción del círculo de los sujetos pasivos en el delito de dopaje puede verse en SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “El complejo círculo de los sujetos pasivos del delito de dopaje: su incidencia en el alcance del tipo”, *La Ley Penal*, núm. 125, 2017.

43 ANARTE BORRALLA, 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, p. 112.

44 Los órganos judiciales apoyan casi unánimemente que el valor tutelado es la salud pública en las escasas ocasiones en que se han pronunciado al respecto. Así, reflejan este parecer las SSJP nº 6 Valencia 29/2011, de 31 de enero y 401/2012, de 10 de octubre; SAP Cádiz 194/2017, de 4 de septiembre. En cuanto a la doctrina, véase, por todos, CORTÉS BECHIARELLI, E., *El delito de dopaje*, Valencia, 2007, pp. 55-56.

45 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. Así: 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 217/2012, 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; SAP Valencia 450/2018, de 13 de julio.

46 Sostiene con sólidos argumentos que el bien jurídico es el interés individual vida o salud, 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, pp. 170-172. Sobre mi posición al respecto, puede verse SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “Argumentos para una concreción del bien jurídico protegido en el delito de dopaje (art. 3612 quinquies Cp)”, en *Revista General de Derecho Penal*, núm. 26, 2016. En cuanto a mi postura acerca del peligro típico: *Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales*, Valencia, 2018, pp. 73-85.

deportista en un contexto de peligro controlado y sin trascendencia para terceros; esto es, para que el peligro sea penalmente relevante basta con que aceche a uno solo<sup>47</sup>.

Así las cosas, 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 general. Por tanto, habrá que comprobar si, en el caso concreto, se está ante un peligro de esta última clase (propio de los delitos farmacológicos, los de fraude alimentario y los de drogas), o ante un peligro individual (propio del delito de dopaje).

Así pues, en una primera aproximación, en los supuestos que nos ocupan, relativos a la venta *online* de un hipotético suplemento deportivo dopante peligroso, considero que el delito de dopaje solo sería de aplicación si se tratase de una transacción entre un sujeto y un deportista específico en la que el vendedor actuase con consciencia del riesgo que ello implicaba para su vida o su salud. Estas hipótesis podrían darse, por ejemplo, si el autor contacta con el deportista en un foro de culturismo y a través del correo electrónico le ofrece el producto y acuerda las condiciones de la compraventa, culminando la venta con el envío del producto. De la misma manera, cabría subsumir bajo este tipo penal la conducta del sujeto si este 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 a través de la comunicación en la Red facilita sustancias dopantes a los miembros de un equipo de fútbol)<sup>48</sup>.

Fuera de estos casos, y de acuerdo con la interpretación del delito de dopaje que sostengo, creo que no sería correcto sancionar conforme a esta figura. Así, si el vendedor ofrece el suplemento peligroso en abier-

to, por ejemplo, en una tienda virtual, es claro que los destinatarios constituyen una pluralidad de sujetos indeterminados que pueden acceder libremente al producto a los que, además, no se les exige que acrediten su condición de deportistas. En estas circunstancias, cabe afirmar, por tanto, que el peligro que representa la conducta de distribución 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, deportistas y no deportistas. Esta afirmación comporta, en definitiva, evaluar las restantes infracciones del capítulo, que son de peligro general y que, a mi parecer deberían aplicarse preferentemente, por ser las que abarcarían completamente el desvalor del hecho, quedando desplazada la figura de dopaje<sup>49</sup>.

A ello dedicaré las siguientes páginas. No obstante, he de adelantar que, como veremos, estos hechos podrían incardinarse simultáneamente en diversos tipos penales. Esta posibilidad, en la medida en que las penas en ellos establecidas son dispares, pone de manifiesto que el sistema penal de protección del salud presenta desajustes y es disfuncional<sup>50</sup>.

### 1.2. Los delitos farmacológicos (arts. 361 a 362 *quater Cp*)

La primera opción que se ha de considerar es la de los delitos relativos a medicamentos y productos afines. Estos ilícitos han sido profundamente reformados a través de la LO 1/2015, de reforma del Código penal<sup>51</sup>, que lo ha adaptado 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 sa-

47 De esta opinión, DOVAL PAIS, A., "Criterios de tutela penal de la salud pública", 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, pp. 38, 44 y 47; ANARTE BORRALLA, E., "Delitos contra la salud pública (1)", en BOIX REIG, J. (Dir.), *Derecho penal. Parte especial*, vol. III, Madrid, 2012, p. 283.

48 En estos casos la calificación adecuada será la de apreciar tantos delitos de dopaje (en concurso real o ideal) como titulares de la salud individual a los que hubiese alcanzado el riesgo. En este 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)", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 09-08, 2007, p. 57.

49 En mi opinión, en estos casos estaríamos ante un concurso de normas entre la infracción de dopaje y la que se considere aplicable de entre las que se prevén en el capítulo destinado a preservar la salud pública, que habría de resolverse conforme a las reglas del art. 8 Cp a favor del delito de peligro general. Por lo demás, como he indicado *supra*, no parece ser esta la opinión de los tribunales, que tienden a aplicar automáticamente la infracción de dopaje aun en supuestos en los que el peligro generado es claramente general.

50 Denuncia 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., Valencia, 2015, p. 1072.

51 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. Véase, por ejemplo, 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, pp. 1110 y ss.

lud pública, hecho en Moscú el 28 de octubre de 2011, comúnmente conocido como Convenio *Medicrime*<sup>52</sup>.

El principal problema que se plantea en este ámbito reside en fijar el contenido del término “medicamento”, pues en función de qué se entienda por medicamento a efectos penales podrá o no ubicarse a estos preparados en alguno de los tipos farmacológicos. En relación con ello, he de insistir en que estos productos alimenticios pueden presentar un carácter controvertido, por la presencia en su composición de ingredientes que llevan a dudar de su naturaleza alimentaria, apuntando más bien al campo farmacológico. Y, también, conviene recalcar que algunos presentan un etiquetado que indica propiedades preventivas o terapéuticas, que son expresiones expresamente vetadas por la normativa vigente.

Con tal fin, en la doctrina y la jurisprudencia se aprecian dos posturas diferenciadas: la primera, secundada mayoritariamente, ha acogido la noción amplia de medicamento que ofrece el RD L<sup>o</sup> 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<sup>53</sup>. El art. 2.a) de esta norma 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”). En este punto, conviene destacar que quedan englobados también los “productos frontera” que puedan encajar plenamente en tal acepción (medicamento “por función” o “por presentación”) pero puedan responder también a la definición contemplada en otra norma, que quedarán sometidos al RD L<sup>o</sup> 1/2015 (art. 8.6). La segunda posición, muy minoritaria, y en la que me incluyo, identifica el medicamento con el legalmente reconocido, 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<sup>54</sup>. De acuerdo con él solo son medicamentos los preparados que, además de cumplir los criterios materiales descritos, cuenten con el aval de la Administración sanitaria, que es la que garantiza que

aquello que llega al consumidor es un auténtico fármaco, eficaz, seguro y de la calidad adecuada.

Sentado lo anterior, un examen de los tipos penales permite inferir que el legislador penal no ha querido desmarcarse de la concepción amplia prevista en 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 medicamentos<sup>55</sup>. Aun así, hay que precisar que en algunos casos las características legales que los tipos penales requieren que reúna el objeto material delimitan con claridad sus contornos y llevan a concebirlo por referencia al medicamento legalmente reconocido, genuino (específicamente, en los arts. 361, segundo inciso, y 362.2 Cp).

En consecuencia, y dado que los suplementos deportivos que contienen sustancias dopantes no pueden en modo alguno considerarse medicamentos genuinos, legalmente reconocidos, las posibilidades aplicativas de los tipos farmacológicos en relación con estos compuestos se reducen, quedando limitadas, cuando se trate de hipótesis de venta, a las modalidades recogidas en los arts. 361, primer inciso y 362 bis Cp, que tipifican comportamientos que tienen por objeto productos que no son genuinos fármacos; esto es, “medicamentos no autorizados”, y “medicamentos falsificados”.

Desde este estado de cosas, a la hora de determinar la norma aplicable para sancionar los supuestos de venta que se analizan, habrá que estudiar el preparado en particular y su presentación en cada caso concreto para determinar si el artículo aplicable es uno u otro. Veamos brevemente cuál es, respectivamente, su radio de acción.

Por lo que atiene al *primer inciso del art. 361 Cp*, que sanciona acciones peligrosas para la vida o la salud de las personas que van desde la fabricación hasta la puesta a disposición de medicamentos que “carezcan de la necesaria autorización exigida por la ley”, la conclusión puede ser diversa según el alcance que se otorgue a esta modalidad. En mi opinión, y frente a posiciones más expansivas, los suplementos nutricionales dopantes que únicamente pudieran responder a la noción de medicamento “por función” deberían que-

52 BOE núm. 146, de 15 de marzo de 2013.

53 Se alinean en esta postura las SSTs de 9 de julio de 1982 y de 18 de noviembre de 1991; SAP Barcelona de 20 de noviembre de 1989; AAP Madrid 63/2009, de 12 de enero; SJP n<sup>o</sup> 21 de Madrid 144/13, de 13 de abril; SJP n<sup>o</sup> 4 de Pamplona 180/2009, de 14 de abril. En cuanto a la doctrina, afirma que la tutela penal se anuda al concepto material que proporciona la normativa administrativa, entre otros muchos, GARCÍA ALBERO, R., “Artículos 361 a 362 quater”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7<sup>a</sup> ed., Cizur Menor, 2016, p. 970.

54 En este sentido, VILLALBA PÉREZ, F., *La profesión farmacéutica*, Madrid, 1996, pp. 112 y 113; 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”, en *Ars Pharmaceutica*, 40:3, p. 134; SARRATO MARTÍNEZ, L., *Régimen jurídico-administrativo del medicamento*, Madrid, 2015, pp. 224-225.

55 Un análisis detallado de las figuras relativas a medicamentos y productos afines puede verse en SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., “La expansión de los delitos farmacológicos tras la reforma de 2015”, *Revista General de Derecho penal*, núm. 27, 2017.



dar fuera del inciso mencionado. Básicamente, porque considero que el requisito de la “presentación” constituye una premisa fundamental para aplicar cualquiera de los tipos relativos a medicamentos<sup>56</sup>. De este modo, entiendo que 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 percibirían como medicamentos idóneos para tratar o prevenir enfermedades. 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<sup>57</sup>.

En lo que concierne al *art. 362 bis Cp*, sanciona toda una serie de conductas relacionadas en sentido amplio con el tráfico de los objetos falsificados o alterados a que se refiere el art. 362, incluida la venta, siempre que con ello se “genere un riesgo para la vida o la salud de las personas”. Dejando a un lado los medicamentos alterados, que son fármacos genuinos *ab initio*, los suplementos deportivos en estudio solo podrían constituir el objeto material de este delito en tanto pudieran considerarse “medicamentos falsificados” de acuerdo con el concepto que aporta el art. 362.1 Cp: aquellos respecto de los 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 precepto parece claro que la “presentación” se configura como un elemento clave para la interpretación 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 sani-

taria como garantía de que no es tóxico, es eficaz y de la calidad adecuada<sup>58</sup>.

En definitiva, se puede concluir que, si el suplemento peligroso no cumple el requisito de la “presentación”, aunque tenga *de facto* una composición farmacológica, quedará fuera del alcance del inciso primero del art. 361 y del art. 362 bis. Si, sin embargo, se presenta como un medicamento, cabrán dos posibilidades de calificación: la primera, apreciar el primer inciso del citado art. 361 cuando, pese a adoptar la apariencia de un complemento alimenticio, el mensaje publicitario que se transmita o la información que se adjunte le atribuye efectos curativos, pero no se falseen los extremos previstos en el art. 362.1. La segunda posibilidad, subsumir la conducta bajo el art. 362 bis Cp cuando, con conocimiento de su falsificación, el suplemento se venda con la apariencia de ser un verdadero medicamento, exista o no un modelo de referencia en el mercado; es decir, se trate de un producto que imite o simule ser un fármaco.

Queda por mencionar, por su especial interés para este trabajo, la circunstancia agravante segunda del *art. 362 quater Cp*, que determina la imposición de la pena superior en grado cuando los medicamentos “se hubieran ofrecido a través de medios de difusión a gran escala”. Esta cualificación trae causa del art. 13.d) del Convenio *Medicrime*, que literalmente se refiere a “que los delitos de suministro y oferta de suministro se hubiesen cometido recurriendo a medios de difusión a gran escala, tales como los sistemas informáticos, y en particular Internet”.

### 1.3. Los delitos de fraude alimentario (arts. 363 a 365 Cp)

Con carácter previo, hay que partir de que cuando se trate de un suplemento nutricional que circule en el mercado alimentario como un simple preparado alimenticio y 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 necesaria la intervención del Derecho penal, considero que la vasta definición administrativa de medicamento expuesta más arriba no ha de conside-

56 La importancia del requisito de la “presentación” se ha puesto de manifiesto en diversas resoluciones judiciales: SJP nº 18 de Madrid 268/2014, de 4 de julio; SAP de Castellón 17/2000, de 18 de octubre; STS 1612/2002, de 1 de abril (caso “Amatrisán”); SAP Navarra 93/2005, de 14 de abril; AAP Sevilla 792/2010, de 24 de noviembre.

57 Con todo, y pese a la interpretación restrictiva que propongo, no hay que descartar que finalmente la virtualidad práctica de este precepto sea mayor y 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. En cualquier caso, habrá que esperar a ver qué soluciones se aportan desde los tribunales.

58 Este enfoque lo mantiene también SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J. E., “Delitos contra la seguridad colectiva (II)”, en MORILLAS CUEVA, L. (Coord.), *Sistema de Derecho penal español. Parte especial*, 2ª ed., Madrid, 2016, p. 991.

rarse vinculante<sup>59</sup>, de modo que no ha de representar un problema en orden a valorar la aplicación de los delitos de fraude alimentario<sup>60</sup>.

Entrando ya en materia, y atendiendo a la pluralidad de objetos que contemplan los delitos de fraude alimentario, parece que un suplemento nutricional que contuviese sustancias prohibidas en el deporte podría encuadrarse en las siguientes 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”, “alimentos” y “sustancias alimenticias”. De acuerdo con ello, los tipos susceptibles de aplicación en principio serían prácticamente todos<sup>61</sup>.

Resumidamente, y sin perjuicio de otras interpretaciones, estimo que, por un lado, en tanto el sujeto activo sea un productor, un distribuidor o un comerciante (incluyendo también, en mi opinión, a quienes son profesionales de hecho y desarrollan la actividad con habitualidad) y el comportamiento ilícito consista en vender, de concurrir los restantes elementos del tipo de que se trate (y, significativamente, la puesta en peligro de la salud de los consumidores), podrían apreciarse las siguientes modalidades delictivas:

a) *Art. 363.1 Cp.: ofrecimiento en el mercado de productos alimentarios con omisión o alteración de los requisitos establecidos en las leyes o reglamentos sobre caducidad o composición.* Los complementos nutricionales con ingredientes dopantes que los conviertan en nocivos tendrían cabida en el precepto por cuanto incorporan ele-

mentos que suponen una contravención de la normativa aplicable sobre composición<sup>62</sup>.

b) *Art. 363.2 Cp.: Fabricación o venta de bebidas o comestibles destinados al consumo público y nocivos para la salud.* Esta modalidad amplísima, a la que pueden reconducirse prácticamente todos los supuestos relevantes penalmente en el marco alimentario<sup>63</sup>, englobaría, puesto que la ley no distingue, todos aquellos supuestos en los que el suplemento presente tanto una nocividad “relativa” como “absoluta”<sup>64</sup>. De modo que el precepto sería aplicable a los casos de venta de 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)<sup>65</sup>.

Por otro lado, cualquiera que sea la condición del autor (un particular o un profesional), los injustos que podrían entrar en juego serían los siguientes:

a) *Art. 364.1 Cp.: adulteración con aditivos u otros agentes no autorizados susceptibles de causar daños a la salud de las personas de alimentos, sustancias o bebidas destinadas al comercio alimentario.* Sobre la base de admitir, de acuerdo con una interpretación sistemática que atienda al bien jurídico protegido, que entre los agentes no autorizados se incluyen sustancias que no pertenecen al ámbito alimentario, como serían los agentes anabolizantes y algunos estimulantes que obviamente no están permitidos en el campo de

59 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.

60 En este sentido, MORENO CARRASCO ya exploró las posibilidades que ofrecen los delitos de fraude alimentario en relación con los “superalimentos” o “pesudoalimentos” que tanto proliferan en los gimnasios, en “Dopaje deportivo. Elementos para una valoración delictiva del comportamiento”, *Revista Jurídica del Deporte*, núm. 13, 2005, pp. 65-66.

61 Quedarían excluidos, a mi parecer, el previsto en el art. 363.3 Cp, porque considero que es artificioso afirmar que un suplemento nutricional en cuya composición están presentes sustancias dopantes peligrosas es un “género corrompido; y el regulado en el art. 363.4 Cp, que se refiere a “productos de uso no autorizado”. No se contempla la posibilidad de sancionar por el art. 363.5 por razón de la conducta típica, “ocultación o sustracción de efectos destinados a ser inutilizados o desinfectados, para comerciar con ellos”, que queda fuera de los supuestos en estudio. Y, tampoco, la de acudir al art. 364.2, relativo a animales de abasto.

62 En este punto disiento de PÉREZ ÁLVAREZ, que considera que omitir o alterar no equivale a incorporar sustancias, en *Protección penal del consumidor. Salud pública y alimentación*, Barcelona, 1991, p. 265.

63 En esta línea, señala DOVAL PAIS que el tipo hoy contemplado en el art. 363.2 Cp 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”, *Poder Judicial*, núm. 28, diciembre 1992, p. 162.

64 Estos conceptos han sido perfilados en la doctrina como sigue: la nocividad absoluta 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 persona; la nocividad relativa, por su parte, 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 concretos.

65 DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *Infracciones y sanciones en materia de consumo*, Madrid, 2000, p. 40; GARCÍA ALBERO, R., “Artículos 363 a 365”, en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir) y MORALES PRATS, F. (Coord.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7ª ed., Cizur Menor, 2016, p. 1020.

la alimentación, habrá de quedar acreditado que su incorporación al alimento, bebida o sustancia constituye un peligro para la salud<sup>66</sup> y, también, que se destina al comercio alimentario. Por lo demás, y ciñéndonos a los supuestos de venta que se analizan en este trabajo, hay que tener presente que, puesto que el verbo típico se refiere a la adulteración, el precepto solo alcanzará a aquellos casos en que el sujeto (cualificado o no) que vende el suplemento haya realizado también la adulteración.

- b) *Art. 365 Cp.: envenenamiento o adulteración 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.* 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 art. 365 Cp la conducta consistente en adulterar y posteriormente vender 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<sup>67</sup>.

#### 1.4. Los delitos relativos a drogas tóxicas (arts. 368 a 378 Cp)

No resulta demasiado complejo determinar si las conductas de venta *online* 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 a ellas destinadas, que sancionan comportamientos que abarcan prácticamente todo el ciclo de la droga. 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 incluida en alguna de las listas anexas a los Tratados internacionales suscritos por España en esta materia<sup>68</sup>, parece que el eventual solapamiento con los objetos materiales de estas infracciones no ha de constituir un obstáculo para apreciar un delito 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 legal<sup>69</sup>, de lo que se infiere que la forma de presentación de la droga es irrelevante a los efectos de valorar el alcance del art. 368 Cp.

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.

## 2. Posibilidades y límites frente al uso del medio informático

### 2.1. El efecto expansivo del peligro: ¿una razón para intensificar la intervención penal?

Qué duda cabe de que la irrupción de la informática y de Internet en nuestra sociedad ha determinado cambios sustanciales en todos los órdenes (social, económico, político y, obviamente, jurídico). En este contexto, y por lo que respecta al Derecho penal material, se ha ido progresivamente imponiendo un tratamiento diferenciado para la ciberdelincuencia<sup>70</sup> con el impulso

66 En este sentido, 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, p. 1674.

67 A favor de admitir que el precepto mantiene su operatividad ante los supuestos de nocividad tanto absoluta como relativa, BOIX REIG, J./DOVAL PAIS, A., "Artículos 363 a 367", cit., pp. 1675-1676.

68 Convención Única sobre Estupefacientes de 1961, enmendada por el Protocolo de 1972; Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas, de 21 de febrero de 1971.

69 Como, por ejemplo, el Rohipnol, el Transilium, el Trankimacin o el Orfidal. Entre otras, véanse la STS 51/1996, de 12 de enero; y la SAP Barcelona 257/2010, de 15 de marzo, que condena por tráfico ilegal de Trankimazin.

70 Sobre la distinción entre los denominados "delitos informáticos" y los "ciberdelitos", ROMEO CASABONA, C. M., "De los delitos informáticos al cibercrimen. Una aproximación conceptual y político-criminal", en ROMEO CASABONA, C. M. (Coord.), *El cibercrimen. Nuevos retos jurídico-penales, nuevas respuestas político-criminales*, Granada, 2006, pp. 6-10. Véase también ANARTE BORRALLÓ, que se refiere a la evolución conceptual operada en la materia y al paso de la expresión "delincuencia informática" al término "ciberdelincuencia", que es el que se ha ido imponiendo para hacer referencia más específica a los delitos cometidos en o a través de las redes informáticas, en "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la Sociedad de la Información", cit., pp. 198-199.



del Derecho internacional<sup>71</sup>, caracterizado por la disseminación a lo largo del Código penal de preceptos que toman en consideración el elemento informático. Entre ellos cabe encontrar, de una parte, delitos en los que el instrumento informático se erige en un medio comisivo. Así a título meramente ejemplificativo se pueden mencionar los delitos contra la indemnidad y libertad sexuales (arts. 183 ter y 189 Cp), la intimidad (arts. 197.1, 2 Cp), los delitos patrimoniales (art. 248.2 Cp), contra el mercado y los consumidores (art. 278), el acceso a servicios de radio televisión o servicios interactivos prestados por vía electrónica (286), los ilícitos de discriminación (art. 510.3 Cp), o contra el orden público (575.2 y 578.2 Cp). De otra parte, tipos en los que el sistema informático constituye el propio objeto del delito (arts. 197 bis.1, 197 ter, 264, 264 bis o 270.6 Cp). Ambas categorías, no obstante, no se regulan como compartimentos estancos, pues algunas de las infracciones tipifican comportamientos en los que la informática puede ser al mismo tiempo vehículo para la comisión del injusto y objeto del mismo (por ejemplo, en los arts. 197.1, 197.2, 197 bis o 278 Cp)<sup>72</sup>.

En todo caso, es una realidad que, hoy por hoy, el uso de las tecnologías y las redes de comunicación puede jugar un papel relevante en la comisión de casi cualquier delito, por lo que cabe afirmar que las anteriores figuras coexisten con otras respecto de las que no existe una previsión legal específica, pero que, teniendo en cuenta la amplitud de sus medios típicos (son indeterminados), pueden llevarse a cabo empleando instrumentos digitales<sup>73</sup>. Este sería el caso de los delitos contra la salud

referidos, a excepción de los relativos a medicamentos que, como he indicado, contemplan una agravación por el empleo de “medios de difusión masiva”.

La ausencia de medidas penales que tomen en consideración la incidencia del medio informático en relación con estos delitos que tutelan la salud como bien jurídico clásico podría deberse a una decisión de política criminal racional basada en el convencimiento de que no es necesaria una intervención penal específica en este ámbito de protección. Con todo, parece que no está de más valorar si en el momento actual tendría sentido intensificar la respuesta penal dada la evolución que ha experimentado el comercio electrónico en general y, en particular, el incremento del *e-food* y sus perspectivas de futuro.

La reacción penal ante los riesgos planteados por el uso de las TIC se ha concretado, hasta la fecha, en la creación de tipos penales de nuevo cuño, la ampliación de otros existentes, la agravación de las penas y, también, en la previsión de consecuencias jurídico-penales adicionales<sup>74</sup>. Esta tendencia expansiva ha sido cuestionada en la doctrina por considerarse que se ha hecho un uso abusivo del Derecho penal contrario a los principios de *ultima ratio* y de intervención mínima que inspiran el ordenamiento jurídico-penal. Y, verdaderamente, pueden corroborarse excesos en la actuación legislativa que, llevada por un afán preventivo exacerbado, ha configurado un “Derecho penal informático”<sup>75</sup> que en demasiadas ocasiones quiebra principios esenciales como, entre otros, los de proporcionalidad, ofensividad y legalidad<sup>76</sup>.

71 Además de la normativa comunitaria desarrollada en relación con el tema, cabe destacar el Convenio sobre Ciberdelincuencia del Consejo de Europa, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001 (ratificado por España el 20 de mayo de 2010), así como el Protocolo adicional de 2003 de Estrasburgo, relativo a la penalización de actos de índole racista y xenófoba cometidos por medio de sistemas informáticos (ratificado el 11 de noviembre de 2014).

72 Es importante reseñar que no existe una clasificación única de los ciberdelitos. Algunos autores distinguen dos grupos de ilícitos: los que se refieren a la informática como medio de comisión, y los que la tienen como objeto de protección. Así, entre otros, ÁLVAREZ VIZCAYA, M., “Consideraciones político criminales sobre la delincuencia informática: el papel del Derecho penal en la Red”, en *Internet y Derecho penal, Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001, p. 261. Añaden a las dos categorías anteriores la de los delitos contra y a través de sistemas informáticos, y la de aquellos que se realizan contra la gestión de los derechos digitales, DE LA MATA BARRANCO, N./HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “Los delitos vinculados a la informática en el Derecho penal español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), Cizur Menor, 2010, pp. 160 y ss.

73 HERNÁNDEZ DÍAZ, L., “Aproximación a un concepto de Derecho penal informático”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), *Derecho penal informático*, Cizur Menor, 2010, p. 35.

74 Así lo recoge ANARTE BORRALLÓ, que se muestra crítico con el modelo penológico instaurado pues, a su juicio, priman los propósitos preventivo-generales meramente simbólicos y los retributivos y se produce un cierto desgajamiento de los fines resocializadores, en “Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la Sociedad de la Información”, cit., p. 248.

75 DE LA MATA BARRANCO, N., “Ilícitos vinculados al ámbito informático: la respuesta penal”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (Dir.) y DE LA MATA BARRANCO, N. J. (Coord.), Cizur Menor, 2010, p. 23.

76 Indicar aquí con detalle los aspectos criticables de la actuación legislativa en que se ha plasmado la política criminal seguida en el ámbito de la cibercriminalidad excede claramente los límites de este trabajo. A título de ejemplo, cabe mencionar el debate generado tras la reforma operada por la LO 1/2015 por la incorporación al Código penal, entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y entre los daños informáticos, de figuras destinadas a castigar comportamientos que afectan al funcionamiento de sistemas de información o comunicación (en concreto, los arts. 197 bis, 197 ter, 264, 264 bis y 264 ter Cp). Al respecto, sobre los nuevos tipos de descubrimiento y revelación de secretos, véase, DOVAL PAIS, A./ANARTE BORRALLÓ, E., Tirant lo Blanch. “Efectos de la reforma de 2015 en los delitos contra la intimidad”, en *Diario LA LEY*, núm. 8744, 19 de abril de 2016.

Ahora bien, no puede desconocerse que las características especiales propias de las TIC pueden justificar el recurso al Derecho penal mediante la tipificación de conductas especialmente graves que afecten a bienes jurídicos importantes o la agravación de las penas en algunos delitos. Esta posibilidad, tratándose de un interés como la salud, cuya entidad es indiscutible, quizás debería ser tomada en consideración por el legislador.

La venta *online* de productos que puedan ser dañinos para la salud y, en concreto, de supuestos suplementos alimenticios peligrosos en el sector de la nutrición deportiva, presenta perfiles que marcan diferencias sustanciales con el comercio tradicional y que, a mi juicio, podrían sustentar la incorporación de una circunstancia agravante en los ilícitos de fraude alimentario y de drogas. Así, la mayor lesividad de la conducta que fundamentaría tal opción radica, esencialmente, en la mayor extensión del peligro que inevitablemente lleva consigo el medio informático, por el volumen de personas que pueden resultar afectadas (en consecuencia, un mayor contenido de injusto). Téngase en cuenta, además, que el círculo de potenciales destinatarios no se limita a los deportistas, pues los preparados de referencia se ponen a disposición de cualquiera con independencia de su condición. En mi opinión, no cabría afirmar un incremento en la intensidad del peligro para la salud, que entiendo que seguiría siendo el mismo, pero sí en su alcance, propiciado precisamente por el efecto multiplicador de Internet<sup>77</sup>. Adicionalmente, creo que habría que tomar en consideración la mayor facilidad que proporciona para la comisión del delito: como he reseñado más arriba, el acceso a la tecnología para delinquir no precisa grandes esfuerzos, ni económicos ni emocionales (son delitos que no requieren una especial energía criminal, sino todo lo contrario). Y, por añadi-

dura, propicia la impunidad, por las posibilidades de ocultar la identidad y las dificultades ya expuestas de persecución que conlleva el carácter global o universal de la Red de redes.

En este estado de cosas, el paso dado por el legislador en cumplimiento del Convenio *Medicrime* a través de la introducción de la cualificación relativa a la utilización de “medios de difusión masiva” en los tipos farmacológicos constituye, desde mi punto de vista, un avance para abordar la problemática inherente a Internet como medio comisivo y la realidad del tráfico de falsos medicamentos peligrosos (muchos de ellos dopantes) en la web<sup>78</sup>. Por ello, y dado el crecimiento que está experimentando el comercio electrónico de productos alimenticios y, también, el tráfico de drogas a través de Internet<sup>79</sup>, considero que podría ser necesario y oportuno extrapolar esta circunstancia agravante a las infracciones de fraude alimentario y a las relativas a drogas tóxicas. No me parece, sin embargo, que el elemento informático pueda tener relevancia a efectos penales en el delito de dopaje que, de acuerdo con la interpretación que sostengo, tiene una naturaleza de peligro individual y no alcanza más que a aquellos deportistas con los que el autor entable una relación directa (como considero que puede deducirse a partir de una interpretación integradora de la conducta y los restantes elementos del tipo)<sup>80</sup>. En este sentido, es preciso matizar que esta propuesta de *lege ferenda* habría de excluir aquellas relaciones comerciales establecidas a través de Internet que carezcan de la connotación de extensión del peligro que he referido anteriormente, lo que requeriría atender al medio empleado y al volumen de potenciales destinatarios de los productos que se ofrecen en la web (no alcanzaría, por ejemplo, a chats como whatsapp y a foros de acceso restringido)<sup>81</sup>.

77 Aluden a la “intensificación” del peligro para la salud pública en relación con la agravante prevista en los tipos farmacológicos, FERRANDIS CIPRIÁN, D., “Delitos contra la salud pública relacionados con medicamentos y drogas tóxicas (arts. 361 y ss.)”, cit., p. 1127; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C., “Artículos 359 a 362 quater”, en GÓMEZ TOMILLO, M. (Dir.), *Comentarios al Código Penal*, t. IV, Cizur Menor, 2015, p. 354.

78 Sin ir más lejos, véase el reportaje recientemente publicado en El Confidencial sobre el mercado negro de medicamentos dopantes distribuidos a través de Internet, en el que se pone de relieve que “hay una gran operación internacional, llamada Pangea, que anualmente bloquea 1.500/2.000 dominios, aunque vuelven a proliferar como champiñones en un día de lluvia”, disponible en [https://www.elconfidencial.com/deportes/2018-11-10/dopaje-culturismo-natural-esteroides-anabolizantes\\_1641916/](https://www.elconfidencial.com/deportes/2018-11-10/dopaje-culturismo-natural-esteroides-anabolizantes_1641916/). También resulta de interés el estudio realizado por JORDÁ SANZ, C./GIMÉNEZ SALINAS FRAMIS, A., “El tráfico ilícito de medicamentos. Un nuevo mercado ilegal para el crimen organizado”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, RECPC 17-10, 2015.

79 Por lo que se refiere a la adquisición de drogas por Internet, también se tiene constancia de que ha generado un mercado muy lucrativo al alcance de miles de personas pues, aunque se compran en la *deep web*, la publicidad y el *marketing* de las páginas que las comercializan se realiza en plataformas como *Youtube*. Puede consultarse cómo funciona este mercado en <https://www.elmundo.es/tecnologia/2017/07/21/5970fab5268e3e5c3d8b471b.html> [última consulta: 4 de abril, 2019]. Sobre los instrumentos de lucha contra el tráfico de drogas en la Red: MAGAZ, R., *Narcotráfico y drogas de abuso*, León, 2013, pp. 53-58.

80 Pone de manifiesto que las conductas típicas exigen una relación directa (aunque no en sentido físico) con el deportista, JUANA-TEY 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, pp. 39-40.

81 De esta opinión, en referencia a la circunstancia agravante del art. 362 quater 2ª a), GARCÍA ALBERO, R., “Artículos 361 a 362 quater”, cit., pp. 995-996. También en esta línea, FAKHOURI GÓMEZ, Y., “Delitos relativos a medicamentos y sustancias dopantes”, en

### 2.2. Cuestiones relativas a la persecución

Corresponde ahora abordar sintéticamente los problemas que el uso de Internet genera en orden a dilucidar cuál debe ser la ley penal aplicable y a quién corresponde la competencia jurisdiccional para el enjuiciamiento de los ciberdelitos. Los ilícitos que se llevan a cabo a través de la Red pueden ejecutarse en sus diversas fases o producir sus efectos simultánea o sucesivamente en diferentes lugares<sup>82</sup>. En estas circunstancias, la operatividad del principio de territorialidad (art. 23.1 LOPJ) como regla general que atribuye la competencia a los órganos jurisdiccionales del lugar donde se haya cometido el ilícito puede ser muy limitada, precisamente por el carácter global de Internet. Para remover este obstáculo se proponen en la doctrina diversas soluciones<sup>83</sup>: la primera, armonizar las legislaciones de los Estados y promover una mayor cooperación internacional. En este punto, el Convenio sobre Ciberdelincuencia de 2001 representa una herramienta importante, pues se dirige a lograr tal armonización estableciendo la obligación de tipificar determinados ciberdelitos en la normativa nacional de los Estados parte y, también, una cooperación internacional efectiva para dotar de mayor eficacia las investigaciones y los procedimientos penales relativos a los delitos relacionados con los sistemas y datos informáticos, así como facilitar la obtención de pruebas electrónicas de los delitos. No obstante, el precepto que dedica a la jurisdicción (art. 22), dentro de las medidas de orden procesal, no aporta una solución uniforme al problema, pues con carácter general se limita a afirmar la vigencia de los principios de territorialidad y de personalidad según las leyes de cada Estado y a remitir a consultas los posibles conflictos de competencia que puedan surgir.

La segunda solución que se plantea es la de establecer cláusulas de extraterritorialidad paralelas a la que se contempla en el art. 189.1 b) para la pornografía infantil, que extiende la aplicación del Código penal a las conductas típicas con independencia de que “el material

tuviere origen en el extranjero”. Extender esta medida a toda la criminalidad informática, sin embargo, me parece desmesurado, especialmente si se tiene en cuenta que algunos de los ciberdelitos que se regulan en el texto penal recogen ataques indefinidos contra intereses de discutible relevancia penal y que, por añadidura, casi la totalidad de los delitos pueden cometerse haciendo uso de las TIC. Aunque hay otros preceptos que recurren a ello en otros ámbitos delictivos, no debe convertirse en regla general lo que es excepcional<sup>84</sup>. Además, dudo de que una decisión en ese sentido obtuviese la eficacia pretendida.

Por último, la tercera solución en liza es la de concretar el lugar de comisión del delito. Al respecto, de las tres teorías jurídicas que se manejan para tal fin (la de la acción, la del resultado y la de la ubicuidad), la que tiene más predicamento en el Derecho comparado y en nuestra doctrina y jurisprudencia es la de la ubicuidad<sup>85</sup>. Conforme a ella, el ilícito se entiende cometido tanto en el lugar donde se lleva a cabo la acción como en el que se produce el resultado, de modo que tratándose de delitos realizados en Internet, de tracto mutante e itinerante, con efectos en múltiples ubicaciones geográficas, cabría entenderlos cometidos en todos y cada uno de los sitios donde se manifiestan sus efectos<sup>86</sup>. Esta solución, si bien resulta útil en teoría para evitar lagunas de punibilidad, no deja de presentar puntos débiles en absoluto desdeñables: por un lado, puede conducir a conflictos jurisdiccionales de carácter internacional; y, por otro lado, en los supuestos que nos ocupan, de ventas *online* de productos alimenticios para deportistas que supongan un peligro para la salud, la posibilidad de acudir a esta construcción de la ubicuidad quedaría descartada por el hecho de que los tipos susceptibles de aplicación presentan en su mayoría la estructura propia de los delitos de peligro abstracto-concreto o de aptitud<sup>87</sup>, que para su consumación no requieren la producción de un resultado, siendo suficiente con la constatación de que la conducta era apta o idónea para generar un peligro para el bien jurídico. En relación con

*Memento Práctico. Penal*, Madrid, 2017, p. 1554.

<sup>82</sup> Esta circunstancia, junto con otras, se relata en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2017 para poner de manifiesto el riesgo efectivo de que hechos ilícitos dejen de ser investigados y, en consecuencia, enjuiciados (p. 649).

<sup>83</sup> Ofrece estas posibles soluciones CORCOY BIDASOLO, M., “Problemática de la persecución penal de los denominados delitos informáticos: particular referencia a la participación criminal y al ámbito espacio temporal de comisión de los hechos”, cit., pp. 31-32. Más allá, CLIMENT BARBERÁ plantea la posibilidad de encomendar el enjuiciamiento de los tipos penales de Internet a órganos jurisdiccionales penales internacionales, aunque finalmente considera que no es una alternativa viable, en “La justicia penal en Internet. Territorialidad y competencias penales”, *Internet y Derecho penal. Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 10, 2001, p. 660.

<sup>84</sup> Alude a la excepcionalidad MATA y MARTÍN, “Criminalidad informática: una introducción al cibercrimen (1)”, cit., pp. 17-18.

<sup>85</sup> Al respecto, el Acuerdo no jurisdiccional del Pleno del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2005 establece: “El delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo. en consecuencia, el juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa”.

<sup>86</sup> En estos términos se expresa la SAP Lleida núm. 208/2017, de 14 de julio.

<sup>87</sup> Esta opinión no es compartida por toda la doctrina. Ampliamente, en relación con cada una de las figuras contra la salud pública y con referencias, véase SÁNCHEZ-MORALEDA VILCHES, N., *Suplementos deportivos, dopaje y salud pública. Aspectos penales*, cit.

ello, el recurso a interpretaciones expansivas del concepto de resultado permitiría a la postre que cualquier Estado pudiera reclamar su competencia, con lo que se propiciarían de nuevo conflictos jurisdiccionales en el ámbito internacional<sup>88</sup>.

En definitiva, y a la vista de lo expuesto, parece que la única solución para resolver los problemas de persecución que desencadena el uso de Internet para delinquir pasa por arbitrar desde la Comunidad internacional algún instrumento jurídico común que establezca con claridad cuáles son los criterios para atribuir la competencia jurisdiccional y concretar el Estado competente. Y esto no parece tarea fácil, entre otras razones por las imaginables reticencias de los Estados.

#### IV. CONCLUSIONES

1. El comercio electrónico ha irrumpido en el campo de la alimentación y presenta visos de experimentar un crecimiento notable. En este ámbito, dentro del sector de la nutrición deportiva, la venta *online* de suplementos deportivos preocupa especialmente, pues se ha constatado que Internet es el canal principal a través del que entran en Europa productos enmascarados como complementos alimenticios que contienen sustancias dopantes potencialmente peligrosas para la salud.
2. La legislación alimentaria aplicable a los complementos alimenticios presenta deficiencias que no garantizan suficientemente la seguridad, y, además, establece un sistema de control de eficacia relativa que puede producir el efecto indeseable de propiciar la utilización fraudulenta del campo alimentario como una vía menos arriesgada para introducir suplementos deportivos nocivos en este sector de consumo.
3. Sería recomendable que la Comisión Europea reconsiderase establecer una regulación específica para los suplementos deportivos en atención a que tienen una composición cualitativa y cuantitativa que los diferencia claramente de otros productos alimenticios, y que pueden llevar aparejados en algunos casos mayores riesgos para los consumidores que la normativa alimentaria horizontal no permite controlar suficientemente.
4. Los riesgos asociados a algunos suplementos deportivos no se refieren solo a la salud o al dopaje: su presentación engañosa puede incidir en los intereses económicos de los consumidores, en el patrimonio de terceros, y suponer una competencia desleal para los operadores cumplidores. Además, su introducción clandestina en el país podría afectar la actividad de control desarrollada por las autoridades aduaneras cuando se trate de géneros no comunitarios.
5. Las particularidades propias de la tecnología informática y de las conexiones en red confieren perfiles específicos a los ilícitos que se sirven de ellas para su comisión y constituyen un reto para el sistema penal: ha de buscar soluciones para atender al efecto multiplicador que comportan las TIC y a las dificultades para la persecución y la individualización de la responsabilidad criminal.
6. En el orden penal, la protección de la salud frente a los suplementos deportivos dopantes peligrosos está garantizada a través de los delitos de dopaje, los relativos a medicamentos, los de fraude alimentario y los referentes a drogas tóxicas. Con todo, el hecho de que son productos alimenticios que contienen elementos dopantes que pueden identificarse simultáneamente con los medicamentos o las drogas plantea problemas para la determinación del tipo penal aplicable derivada del solapamiento de objetos materiales. Adicionalmente, revela desajustes y disfunciones en el modelo penal de tutela de la salud pública.
7. De ser necesaria la intervención del Derecho penal frente al uso ilícito de Internet para la venta *online* de suplementos nutricionales peligrosos, razones de incremento de injusto derivadas de la extensión del peligro aconsejan valorar la incorporación de una circunstancia agravante específica en los ilícitos de fraude alimentario y en los relativos a drogas tóxicas limitada a los casos de difusión masiva a través de este medio.
8. La ausencia de instrumentos jurídicos claros para fijar la competencia jurisdiccional y la ley penal aplicable a los ilícitos cometidos aprovechando el carácter global de Internet requiere con urgencia que se arbitre una solución común desde el Derecho internacional.

88 Trata con detalle y acierto el problema y los inconvenientes de estos planteamientos expansivos, ANARTE BORRALLA, E., "Incidencia de las nuevas tecnologías en el sistema penal. Aproximación al Derecho penal en la Sociedad de la Información", cit., pp. 212-213.