

El delito farmacológico. Hacia un nuevo escenario de responsabilidad por defecto de información

Manuel Amarilla Gundín, Presidente de *Eupharlaw*. Francisco Almodóvar Navalón, Presidente de *Asomedic*. Abogados, *Ilustre Colegio de la Abogacía de Madrid*.

Es una idea que ronda mi mente casi treinta años y siempre en este tiempo he querido tratar, pero ya ha llegado. Quise también hacerlo más tranquilamente, dados los intereses y conflictos que pueden desatarse con esta materia.

Allá por 1995 paseando por la plaza de Las Salesas de Madrid entré en una librería jurídica sita en las proximidades del Tribunal Supremo y encontré un libro que andaba buscando sin saber que existiera. Se trataba del ‘Delito farmacológico’, escrito por FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ.

Se acababa de editar en ese mismo año con gran oportunidad desoportuna. Me explico. La autora era magnífica y el tema también, pero se había escrito bajo la referencia del Código Penal antiguo (antes de 1991) y ya existía uno nuevo en 1995 (reformado sobre el Proyecto de 1992).

En consecuencia, FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ nos describía el contenido de su obra y, perturbada, me imagino, por la terrible coincidencia con el nuevo Código Penal. A pesar de ello, seguía hablando del delito farmacológico, su bien jurídico protegido, como era la salud pública y su tendencia en la delimitación de los tipos y su configuración y contenido de éstos, todo ello bajo la etiqueta del delito reseñado con excelsa claridad.

Asimismo, manifestaba que los Estados deben velar por la garantía de la eficacia de los fármacos, basado en el derecho de todos los ciudadanos a la protección de su salud.

Además, incidía en la tipificación de la delincuencia farmacológica diciendo que reunía una serie de conductas ubicadas en el Título V del Código Penal anterior que, si bien, concretamente, habían estado presentes en la realidad criminológica, desvelaban,

como no menos significativa, la escasa atención prestada por la doctrina en los últimos tiempos. Desde la advertencia, seguía la autora: “Nuestro propósito ha sido rescatar del olvido doctrinal las tipicidades que en el texto punitivo protegen a la salud pública, frente a los riesgos efectivos que suponen la elaboración y dispensación de medicamentos ineficaces o privados de acción curativa” (1).

Es comprensible hasta cierto punto que en aquellas fechas no se profundizara demasiado en estas cuestiones tan objetivas en su tipo de responsabilidad, aunque fueran de ámbito penal posible. Pero ya no lo era tanto que se siguiera igual o peor con la llegada del nuevo Código Penal de 1995 y el delito farmacológico.

Llama poderosamente la atención las siguientes reflexiones de la autora SILVIA MENDOZA CALDERÓN (2) cuando analiza la responsabilidad penal por medicamentos defectuosos:

“En torno al contexto en el que se somete al delito farmacológico, la producción de medicamentos se encuadra dentro de los riesgos de modernización propios del estado de bienestar, a nuestro juicio, la pretendida eficacia que la población reclama y cada vez más, de los instrumentos penales, tiene que conectarse con la realidad que trata de regular”.

En el ámbito farmacológico, la disyuntiva se plantea en que, o bien podría sostenerse que el delito farmacológico sería tan solo una muestra más del Derecho penal simbólico al recogerse un tipo delictivo inservible que debería ser suprimido; o bien habría que asumir que, aunque la producción de medicamentos fuera un entorno constantemente cambiante e influenciado por los avances científicos, cuando un medicamento pudiera resultar gravemente nocivo para la salud, el Derecho penal

solamente estaría llamado a acudir cuando se lesionaran bienes jurídicos individuales como la vida o la integridad física, quedando sin protección penal en este aspecto el plano colectivo de la salud pública” (2).

La realidad es que parece que un planteamiento como este no ha solucionado la cuestión y, si acaso, más bien, lo ha convertido en una confusa solución, quizás intencionada.

“En síntesis, centrar la aplicación del delito farmacéutico y la responsabilidad penal por la distribución de medicamentos defectuosos, únicamente sobre los hombros de los farmacéuticos en las oficinas de farmacia, en detrimento del examen de responsabilidad penal de otra serie de sujetos implicados en el tráfico farmacéutico, respondería a una desfasada interpretación de estos preceptos, alejada completamente de la realidad del entorno farmacéutico y sanitario actual, absolutamente incompatible con una adecuada protección de la salud pública que la sociedad puede demandar frente a los grandes avances e incertidumbres tecnológicas de nuestra sociedad de riesgo” (2).

Es evidente que las etapas farmacológicas y farmacéuticas sin casi responsabilidad civil y penal, de carácter objetivo único, debe dejar paso a la antigua responsabilidad contractual en la vida del medicamento, basada en la culpa que origine lesiones graves y muerte de los ciudadanos. Lo contrario es una estafa terapéutica, donde prima el negocio en el mundo de la salud.

Algunos autores, como FRANCISCO ALMODÓVAR NAVARÓN y yo, llevamos muchos años predicando en el desierto terapéutico de este país, tanto en la teoría, como en la praxis, de la vida del medicamento. Deseamos, en consecuencia, que se cree ya un nuevo escenario de salud al margen del ámbito clínico, con una estrategia de autonomía actual de la informa-

ción y responsabilidad legal, donde se concrete y defina el delito terapéutico, a través de la información terapéutica (IT) y el consentimiento terapéutico propio (CT).

Este nuevo delito puede realizarse por defecto de información terapéutica directa o no al paciente-ciudadano (ITDC) (3) y por acción concreta, como puede ser la ocultación de la información terapéutica grave conocida con anterioridad a la puesta en el mercado del concreto medicamento o en cualquier momento. También puede producirse por no actualización de los prospectos y ficha técnica dentro de los plazos legales con arreglo a la bibliografía científica terapéutica nacional o internacional.

Somos conscientes que una regulación así no existe ni por aproximación en España, ni en ningún país de la Unión Europea o del entorno, pero la salud del ciudadano está cuestionada y no suficientemente garantizada. El nuevo delito terapéutico lo requiere, con una nueva legislación y responsabilidad penal. Será interesante ver como todos los que transmiten, o garantizan por avales de un conocimiento profesional, pueden responder legalmente por sus acciones u omisiones que originen lesiones graves o muertes. Así todo será más democrático en salud.

Referencias

- 1.- Págs: 28-30. FLOR SÁNCHEZ MARTÍNEZ. 1995. ‘Delito farmacológico’. *EDERSA: Editoriales del Derecho. Madrid*).
- 2.- página 735. ‘La responsabilidad penal por medicamentos defectuosos’. SILVIA MENDOZA CALDERÓN. *Tirant lo Blanch*. 2011).
- 3.- ‘Información Terapéutica Directa al Ciudadano-ITDC-’. MANUEL AMARILLA GUNDÍN. 2005. *Ed. Eupharlaw*).

