

*Recurso N°: 2/2015*

*Ponente Excmo. Sr. D.: Joaquín Giménez García*

*Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. María Antonia Cao Barredo*

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **AUTO**

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
- 6 MAY 2015	- 7 MAY 2015
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

*Excmos. Sres.:*

**D. Manuel Marchena Gómez**

**D. Joaquín Giménez García**

**D. Andrés Martínez Arrieta**

**D. Luciano Varela Castro**

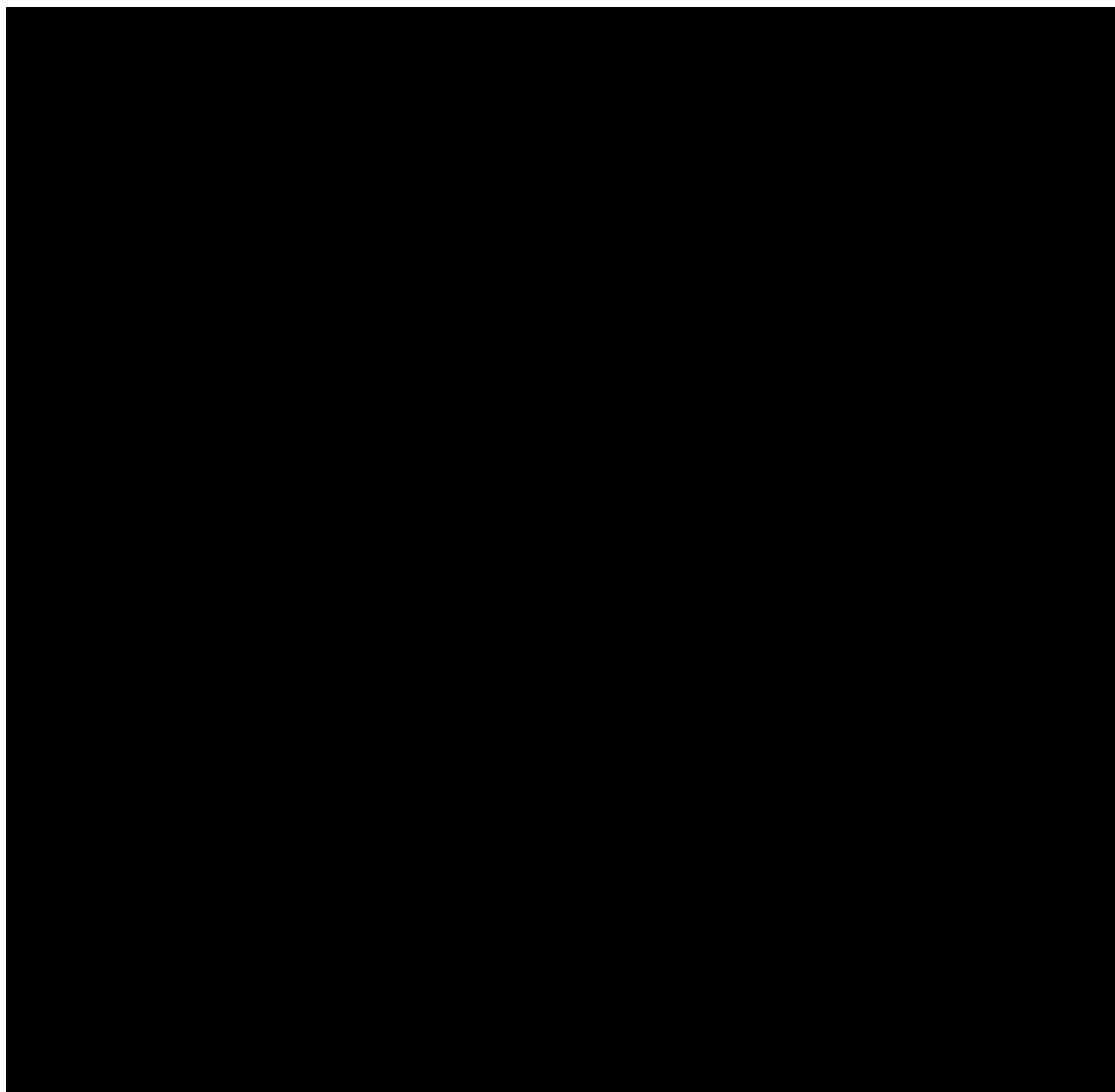
**D. Alberto Jorge Barreiro**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Abril de dos mil quince.

#### **I. HECHOS**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de febrero pasado la Procuradora Doña Paloma Briones Torralba, en nombre y representación de [REDACTED]

(Acción Popular), [REDACTED]



██████████ (Acusación Particular), presentó escrito en el Registro General de este Tribunal formulando querella, por presuntos delitos de homicidio, lesiones, trato vejatorio, omisión del deber de socorro y prevaricación administrativa contra, DOÑA ANA MATO ADROVER, ex-Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y Diputada en Las Cortes Generales en la presente X Legislatura; DOÑA PILAR FARJAS ABADÍA, Secretaria General de Sanidad y Consumo y Presidenta de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios desde el 30 de diciembre de 2011 hasta su cese, el 4 de diciembre de 2014; DOÑA BELÉN CRESPO SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, Directora de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios desde el año 2010. Miembro del Consejo de Dirección de la Agencia Europea de Medicamento; Representante legal de la entidad GILEAD SCIENCES, SL y la mercantil

GILEAD SCIENCES, SL., en base al gravísimo y trágico problema que sufren miles de personas aquejadas, en uno u otro nivel, de infección por el virus de la hepatitis C (VHC).

**SEGUNDO.-** Formado rollo en esta Sala y registrado con el núm. 3/20119/2015, por providencia de 18 de febrero pasado se designó Ponente para conocer de la presente causa y conforme al turno previamente establecido, al Magistrado de esta sala Excmo: Sr. Don Joaquín Gimenez García y se interesó del Ilmo. Sr. Secretario de Gobierno de este Tribunal, certificación acreditativa de la condición de aforada de la Sra. Mato Adrover.- Acreditada la cual, como ya se dijo, se remitieron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe sobre competencia y fondo.

**TERCERO.-** El Ministerio Fiscal, en el trámite correspondiente, evacuó traslado con fecha 9 de marzo de 2015 interesando que, esta Sala es competente para conocer de la querella interpuesta en relación exclusivamente a la aforada, Doña Ana Mato Adrover de conformidad con lo establecido en el art. 57.2 de la LOPJ y la inadmisión de la misma de conformidad con lo establecido en el art. 313 de la LECrm, pues los hechos en ella narrados, no son ni indiciariamente constitutivos de delito de homicidio, lesiones y omisión del deber de socorro, que son los imputados a la aforada.

## **II. RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**Primero.-** La querella se dirige contra Ana Mato Adrover, Diputada de las Cortes Generales, por hechos perpetrados en el ejercicio de su cargo de Ministra de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad; Pilar Farjas Abadía, Secretaria General de Sanidad y Consumo y Presidenta de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; Belén Crespo Sánchez-Eznarriaga, Directora de la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios; el

representante legal de la entidad "Gilead Sciences S.L." y la propia entidad mercantil citada.

Se imputan a Ana Mato Adrover, Pilar Farjas Abadía y Belén Crespo Sánchez-Eznarriaga los delitos de homicidio, en su modalidad de comisión por omisión a título de dolo, del artículo 138 del CP por cada una de las muertes producidas, y alternativamente, del tipo imprudente del artículo 142.1 del mismo texto legal; homicidio, en su modalidad de comisión por omisión a título de dolo, en grado de tentativa, del artículo 138 del CP, cuando la muerte no haya llegado a producirse, y alternativamente, un delito de lesiones del artículo 147 del CP; y un delito contra la integridad moral del art. 173 del CP. Alternativamente estos mismos delitos se imputan a título de imprudencia y, subsidiariamente, se imputa un delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 del CP.

Además, a Pilar Farjas Abadía y Belén Crespo Sánchez-Eznarriaga se les imputa un delito de prevaricación administrativa del artículo 404 del CP. Y respecto a "Gilead Sciences S.L." y su representante legal, se entiende cometido un delito de alteración de precios del art. 284.1 del CP.

**Segundo.-** Al dirigirse la querella, entre otras personas, contra una Diputada, esta Sala es competente para el conocimiento de la misma, conforme establece el art. 71.3 CE y el art. 57.1.2º LOPJ.

**Tercero.-** Señala el auto de esta Sala de 18 de junio de 2012, que el artículo 313 de la LECRIM ordena al Juez de Instrucción rechazar la querella cuando no sea competente, o cuando los hechos no sean constitutivos de delito.

Ha de considerarse que los hechos no son constitutivos de delito en aquellos casos en que:

a) Los hechos contenidos en el relato fáctico de la querella, tal y como esta viene redactada, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente. En estos casos, carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, en ningún modo serían constitutivos de delito.

b) Cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querella, no se ofrezca en ésta ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, limitándose el querellante a afirmar su existencia, sin ningún apoyo objetivo atinente a los propios hechos. En este segundo supuesto, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos meramente sospechosos, por si los mismos pudiesen ser constitutivos de delito, es decir, una investigación prospectiva, sin aportar un indicio objetivo de su realidad de conocimiento propio del querellante. De lo contrario, cualquier ciudadano podría verse sometido a una investigación basada en la mera apariencia. En realidad, se trata de aplicar el mismo principio que es exigible cuando se trata de restringir los derechos fundamentales del artículo 18 C.E., en este caso los derechos a la libertad personal y a la seguridad del artículo 17.1 del Texto Constitucional.

De modo que la presentación de una querella no conduce de manera forzosa o ineludible a la incoación de un procedimiento penal, sino que se precisa la realización de una inicial valoración jurídica de la misma, de conformidad con las consideraciones expuestas, que puede conducir a su inadmisión a trámite sin más. Y tal inadmisión no vulnera la tutela judicial efectiva del querellante en su vertiente de acceso a la jurisdicción, dado que es doctrina constitucional reiterada la que señala que el ejercicio de la acción penal no comporta un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la

calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC núm. 31/1996, de 27 de febrero, que se hace eco de las SSTC núm. 111/1995, de 4 de julio; 157/1990, de 18 de octubre; 148/1987, de 28 de septiembre; y 108/1983, de 29 de noviembre).

En el mismo sentido y del mismo Tribunal Constitucional, se puede citar las SSTC 176/2006 de 5 de Junio, en la que reitera la doctrina de que el archivo de unas Diligencias Previas por estimar que los hechos no son constitutivos de delito no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, pues se da satisfacción a tal derecho cuando el Tribunal concernido establece en un pronunciamiento motivado las razones de la inadmisión, lo que obviamente, es aplicable a las inadmisiones liminares de Querellas como es el presente caso.

Con más claridad, aún si cabe, la STC 250/2005 de 15 de Noviembre, establece que *"....no es ocioso recordar que este Tribunal no ha considerado como necesariamente opuesto al art. 24.1 de la Constitución las inadmisiones liminares por razones de fondo de incidentes de recusación (STC 136/1999 de 20 de Julio, fjdco. 5), de querellas (STC 33/1989 de 13 de Julio, fjdco. 2), y de revisión (ATC 119/2001 de 8 de Mayo, fjdco. 1)...."*

De esta misma Sala Casacional se pueden citar numerosas resoluciones en las que se acordó la inadmisión liminar de querella contra aforados. Entre otros, Autos de 15 de Marzo de 2005, Causa Especial 24/2005; 1 de Junio de 2007, Causa Especial 20637/2006; 16 de Enero de 2006, Causa Especial 30/2005; 26 de Septiembre de 2011, Causa Especial 20080/2011; 2 de Febrero de 2015, Causa Especial 20738/2014 y 18 de Febrero de 2015, Causa Especial 20956/2014.

**Cuarto.-** Realizado en el caso de autos el examen descrito en el fundamento anterior, procede la inadmisión a trámite de la querella presentada, por no ser los hechos objeto de la misma constitutivos de los delitos imputados a la aforada.

1. El objeto de la querella, de gran extensión y con abundante base documental, se refiere, esencialmente, a la situación que padecen las personas afectadas por el virus de la hepatitis C, denunciándose la actuación del Gobierno, incluyendo a la querellada en su etapa como Ministra de Sanidad, en la dispensa a los pacientes aquejados de esta enfermedad del fármaco Sofosbuvir, comercializado como Sovaldi.

Se explica que la hepatitis C es un problema de salud pública y de salud individual, y, si bien inicialmente los tratamientos farmacológicos destinados a esta enfermedad, además de su escasa efectividad, tenían graves efectos secundarios, no obstante, se autorizó por la Agencia Europea del Medicamento el fármaco antes citado, que, según se afirma en la querella, conforme a los estudios realizados, carece de efectos secundarios y su capacidad curativa se cifra en un 90 ó 95%. Este medicamento fue comercializado por una multinacional farmacéutica estadounidense ("Gilead Sciences Inc"), que tras la compra de varias empresas consiguió la patente del Sofosbuvir en el año 2011. Esta patente fue impugnada por organizaciones no gubernamentales y empresas en la India por considerar que no es realmente una innovación, y recientemente ha sido impugnada por ONG Médicos del Mundo en Francia, con el fin de que el medicamento llegue al mayor número de pacientes. Se alega igualmente que, si bien la utilización de este fármaco en el tratamiento de la hepatitis C es un adelanto terapéutico importante, la molécula misma no es lo bastante novedosa como para justificar una patente. Ningún gobierno europeo, tampoco el español, ha impugnado la misma. El Ministerio de Sanidad Español, con la querellada como titular, se limitó a establecer una dotación presupuestaria para la adquisición del medicamento, con un límite que, en el mejor de los casos, permitiría el acceso al mismo a un 10% de los enfermos, que serían aquellos que se encuentran en un estado de mayor gravedad, sin que los recientes cambios en la cúpula ministerial hayan mejorado la situación.

Consideran los querellantes que la aforada, como titular del Ministerio de Sanidad, vulnerando el artículo 15 de la CE (derecho a la vida y a la integridad física y moral), ha ejecutado actos dirigidos a beneficiar ilícitamente los intereses de los accionistas de una multinacional, ocasionando la muerte de gran cantidad de personas, así como lesiones graves a otras tantas, a quienes se ha negado el fármaco pese a haberles sido prescrito por la autoridad médica.

Se imputa a la aforada el incumplimiento del establecimiento del precio del medicamento (artículos 88 y ss. de la Ley 29/2006, de 26 de julio, de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios – LGURMPS-) y, en general, se denuncia una absoluta dejación de funciones del Gobierno, y en particular del Ministerio de Sanidad y de la querellada durante el ejercicio de su cargo como titular de aquél, respecto de todas las cuestiones relacionadas con la patente, el precio y la comercialización del referido medicamento.

Se señala que la ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes, regula en su artículo 90 la concesión de licencia obligatoria, que es el Ministerio de Sanidad quien fija el precio de los medicamentos, sin vinculación al precio notificado por los laboratorios, sino a los parámetros fijados en la Ley 29/2006, de 26 de julio, y que cabe la explotación por causa de utilidad pública o interés social, según prevé el artículo 73 de la citada Ley de Patentes.

Dentro de esa dejación de funciones del Gobierno y del Ministerio de Sanidad se indica también que, según el artículo 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o parte del mercado nacional, lo que se denomina el abuso de la posición dominante.

En España, en fecha 3 de enero de 2014, cuando el fármaco no era aún un medicamento autorizado, la Agencia Española de Medicamentos y Productos



Sanitarios elaboró un “Programa de acceso mediante uso compasivo de los nuevos medicamentos para el tratamiento de la hepatitis crónica”, con el fin de permitir el acceso a medicamentos no autorizados a pacientes que se encuentran en determinadas situaciones contempladas en el mismo. No obstante, el 16 de enero de 2014 la Comisión Europea emitió una autorización de comercialización válida en toda la Unión Europea para el medicamento de Sovaldi, lo que supuso lógicamente la autorización en nuestro país. En consecuencia, no cabe ya llevar a cabo un uso compasivo del medicamento, pues esta figura únicamente puede ser utilizada para los medicamentos no autorizados.

Se plantea entonces la cuestión relativa al precio del medicamento, señalando los querellantes que según el artículo 90 de la LGURMPS es necesario que el responsable del Ministerio de Sanidad establezca las condiciones de financiación y el precio en el ámbito del Sistema nacional de Salud. Se ha de actuar bajo los principios de transparencia e independencia, que en este caso se entiende que no han estado presentes.

La querellada, como titular del Ministerio de Sanidad, no fijó el precio, sino que se limitó a lanzar “globos sonda”, y después de transcurridos casi 10 meses desde la autorización, la Comisión de Precios de Ministerio de Sanidad alcanzó la aprobación de la financiación del medicamento, en fecha 1 de octubre de 2014. No obstante, este acuerdo tenía un techo de gasto de 125 millones de euros, que aunque luego ha sido superado, supone por sí la exclusión de pacientes.

En definitiva, en el día de hoy no se conoce aún el precio del medicamento, ya que no se ha producido una declaración oficial al respecto y, después de la aprobación de la financiación, han surgido nuevos retrasos.

2. Tras la exposición de los hechos, que de modo resumido hemos incorporado a esta resolución, en la querella se efectúa un análisis del marco

normativo en el que se incardina la salud pública, partiendo del artículo 43 CE y de la doctrina del Tribunal Constitucional. Se alude también al derecho al medicamento, destacándose la Ley 29/2006, de 26 de julio, con especial mención de los artículos 89 y siguientes, relativos a la fijación del precio de los medicamentos; así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del sistema nacional de salud y la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

En el ámbito estrictamente penal, se imputan a la aforada los delitos de homicidio, en su modalidad de comisión por omisión a título de dolo, del artículo 138 del CP por cada una de las muertes producidas, y alternativamente, del tipo imprudente del artículo 142.1 del mismo texto legal; homicidio, en su modalidad de comisión por omisión a título de dolo, en grado de tentativa, del artículo 138 del CP, cuando la muerte no haya llegado a producirse, y alternativamente, un delito de lesiones del artículo 147 del CP; y un delito contra la integridad moral del art. 173 del CP. Alternativamente estos mismos delitos se imputan a título de imprudencia y, subsidiariamente, se imputa un delito de omisión del deber de socorro del artículo 195 del CP.

3. Pese a las alegaciones de los querellantes, se considera que estos hechos no presentan las características propias de los delitos imputados.

Como apunte previo, cabe destacar que, desde el punto de vista constitucional, el art. 43.1 CE no reconoce propiamente el derecho a la salud, sino el derecho a la protección de la salud, significando con ello que los poderes públicos no se obligan a la producción de un resultado que no está en su mano asegurar, sino que su obligación es una de las llamadas "obligaciones de medio", de suerte que habrán de desplegar un conjunto de actividades tendentes y orientadas al mantenimiento, restablecimiento y mejora de la salud.

Sobre la comisión de varios delitos de homicidio y lesiones, en la modalidad de comisión por omisión, cabe indicar lo siguiente.

El artículo 11 del CP establece que: «Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto se equiparará la omisión a la acción:

- a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
- b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

Según dice la STS 459/2013, de 28 de mayo:

«Tiene declarado esta Sala, como son exponentes las Sentencias 64/2012, de 27 de enero y de 28 de enero de 1994, que la estructura del delito de comisión por omisión se integra por los tres elementos que comparte con la omisión pura o propia como son: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla; así como otros tres que le son propio y necesarios para que pueda afirmarse la imputación objetiva: la posición de garante, la producción del resultado y la posibilidad de evitarlo. Se añade que en los delitos de omisión el dolo se debe apreciar cuando el omitente, a pesar de tener conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar y de su capacidad de realizar la acción no actúa. En el caso de los delitos de comisión por omisión o delitos impropios de omisión, el conocimiento del omitente se debe referir también a las circunstancias que fundamentan su obligación de impedir la producción del resultado. Por el contrario, no forma parte del dolo la conciencia del deber de actuar que surge de la posición de garante. En consecuencia, habrá que apreciar culpa respecto de la omisión cuando el

omitente, por negligencia, es decir, por no emplear el cuidado debido, no tuvo conocimiento de la situación de hecho que genera el deber de actuar o de su capacidad para realizar la acción jurídicamente debida. Y en la Sentencia 363/2007, de 28 de marzo, se declara que los elementos fácticos que permiten la aplicación del artículo 11 del Código Penal son los siguientes: a) Que se haya producido un resultado, de lesión o de riesgo, propio de un tipo penal descrito en términos activos por la ley. b) Que se haya omitido una acción que se encuentre en relación de causalidad hipotética con la evitación de dicho resultado, lo que se expresa en el art. 11 C.P. exigiendo que la evitación del resultado equivalga a su causación. c) Que el omitente esté calificado para ser autor del tipo activo que se trate. d) Que el omitente hubiese estado en condiciones de realizar voluntariamente la acción que habría evitado o dificultado el resultado. e) Que la omisión suponga la infracción de un deber jurídico de actuar, bien como consecuencia de una específica obligación legal o contractual, bien porque el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente».

En el caso que analizamos no concurren los requisitos expuestos que permitan apreciar la comisión por omisión de un delito de homicidio o de lesiones.

Es cierto que se parte de la imputación de un delito, ya sea el homicidio o las lesiones, que producen un resultado, muerte o menoscabo de la salud. Pero no concurre el segundo elemento, esto es, un deber jurídico de actuar impuesto a la querellada (y los querellados en conjunto), que venga determinado por la ley o por un contrato, y tampoco se ha creado una situación previa de riesgo por aquella.

Así, en el estado inicial de la situación de hecho descrita anteriormente, cuando la multinacional norteamericana obtiene la patente del medicamento, no existe una obligación legal que imponga a la Ministra de Sanidad la

impugnación de la misma y tampoco existe una ley que imponga la obligación de adoptar alguna de las soluciones u opciones que se enumeran en la querella: obtención de licencia obligatoria o expropiación de la patente.

El artículo 90 de la Ley de Patentes que resulta invocado recoge una facultad del Gobierno, que por motivos de interés público podrá someter una patente a la concesión de licencia obligatoria, pero no impone un deber de proceder de este modo. En similares términos, el artículo 73 de la misma ley contempla la posibilidad de que una patente sea expropiada también por causa de interés público previa indemnización, pero igualmente se trata de una facultad y no de un deber impuesto.

Tampoco puede afirmarse que la querellada tenga capacidad para realizar estas acciones, pues la aprobación de estas medidas supondría la aprobación también de dotaciones económicas, así como la adopción de decisiones que exceden del ámbito de su ministerio y de sus competencias. En efecto, si se analiza el contenido de la querella, puede comprobarse como en la misma continuamente se hace referencia a la actuación del Gobierno en su conjunto, aunque después se centre la responsabilidad específicamente en el Ministerio de Sanidad y, entre otras, en la persona que ostenta su titularidad. De la misma manera, se imputa un comportamiento de abandono también a los sucesores de la ministra querellada, afirmándose expresamente que la situación no ha mejorado con los cambios en la cúpula del Ministerio. En definitiva, tanto desde el punto de vista del órgano como de su titular, nos encontramos con una materia que precisamente por su entidad y complejidad -una grave enfermedad con un importante número de afectados- y por el alcance de las consecuencias que puedan derivarse de las decisiones que se adopten, excede del ámbito de un solo ministerio y de la capacidad de decisión de su titular.

De otro lado, más allá del acierto o no de las medidas adoptadas por el Ministerio de Sanidad y del retraso con que las mismas pudieran haber sido

aprobadas, no puede afirmarse que haya existido una inactividad absoluta del Ministerio de Sanidad y de su titular, ya que se aprobó, primero, un programa de uso compasivo del medicamento de conformidad con lo establecido en el artículo 24.3 de la citada Ley 29/2006; una vez autorizado el mismo, se incorporó al Plan Nacional de Salud, y finalmente se aprobó su financiación, por más que sea limitada y que, en opinión de los querellantes, no se haya procedido con la necesaria transparencia y objetividad en la fijación del precio.

En cuanto a esta última cuestión, la fijación del precio del medicamento, sobre la que los querellantes han incidido especialmente, puede establecerse lo siguiente.

El artículo 89 de la Ley 29/2006, de 26 de julio, indica que:

«1. Para la financiación pública de los medicamentos y productos sanitarios será necesaria su inclusión en la prestación farmacéutica mediante la correspondiente resolución expresa de la unidad responsable del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, estableciendo las condiciones de financiación y precio en el ámbito del Sistema Nacional de Salud.

(...) La inclusión de medicamentos en la financiación del Sistema Nacional de Salud se posibilita mediante la financiación selectiva y no indiscriminada teniendo en cuenta criterios generales, objetivos y publicados y, concretamente, los siguientes:

a) Gravedad, duración y secuelas de las distintas patologías para las que resulten indicados.

b) Necesidades específicas de ciertos colectivos.

c) Valor terapéutico y social del medicamento y beneficio clínico incremental del mismo teniendo en cuenta su relación coste-efectividad.

d) Racionalización del gasto público destinado a prestación farmacéutica e impacto presupuestario en el Sistema Nacional de Salud.

e) Existencia de medicamentos u otras alternativas terapéuticas para las mismas afecciones a menor precio o inferior coste de tratamiento.

f) Grado de innovación del medicamento».

Por su parte, el artículo 90 del mismo texto legal establece que:

«3. En todo caso, los titulares de autorizaciones de comercialización de los mismos podrán comercializar los medicamentos que se dispensen en territorio español en régimen de precios notificados, entendiéndose por tal la comunicación del precio al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, de modo que el departamento pueda objetar el mismo por razones de interés público.

4. Corresponde a la Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos, adscrita al Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, fijar, de modo motivado y conforme a criterios objetivos, los precios de financiación del Sistema Nacional de Salud de medicamentos y productos sanitarios para los que sea necesario prescripción médica, que se dispensen en territorio español. Cuando estos mismos productos no resulten financiados, si son dispensados en territorio nacional operará lo establecido en el apartado 3».

Partiendo de la legislación invocada por los querellantes, y destacando los dos artículos anteriores, cabe señalar que los preceptos citados no establecen un plazo máximo o limitado para fijar los precios. La actuación del Ministerio

que decidió transcurrido un tiempo hasta que aprobó la financiación, puede ser considerada más o menos eficaz, pero no incumple ningún plazo especificado legalmente.

No consta que se hayan vulnerado los criterios que establece la ley para la financiación pública de los medicamentos. En el artículo 89 antes citado se fijan criterios muy amplios y, si bien se tiene en cuenta la gravedad de la enfermedad y la innovación del medicamento de que se trate, también se hace mención al gasto público y al impacto presupuestario de dicha financiación.

El Ministerio, con la querellada como titular del mismo, llevó a cabo una negociación, que dada la complejidad de la materia por la gravedad del virus de la Hepatitis C, el número de personas afectadas y el coste del medicamento, hubo de revestir especial entidad y complicación y, finalmente se aprobó la financiación del medicamento, aun cuando fuera con un techo presupuestario y aunque no se haya producido una declaración oficial del precio del mismo. En cualquier caso, es notorio que la querellada cesó en su cargo, por lo que los hechos posteriores a ese cese no le pueden ser imputados. Con fecha 2 de Diciembre del 2014 --RD 1002/2014-- fue nombrado Ministro de la Cartera de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad su actual titular.

En conclusión, no ostentando la querellada una posición de garante desde el punto de vista del Derecho Penal y no habiendo incumplido ningún deber legal de actuar, no puede apreciarse que haya cometido los delitos que se le imputan en la modalidad de comisión por omisión. Por lo tanto, no es necesario entrar a valorar si concurre el requisito de la causalidad, es decir, si puede afirmarse sin género de dudas que la aplicación de ese medicamento habría evitado el resultado de muerte o lesiones que se le imputa en la querella. Sin perjuicio de ello, es evidente que esta cuestión supondría ponderar el estado de cada paciente, la evolución de su enfermedad y la concreta mejoría que la



aplicación del medicamento hubiera podido suponer en cada supuesto concreto, a efectos de poder afirmar que el resultado podría haberse evitado.

En cuanto al delito de omisión del deber de socorro, el artículo 195 del Código Penal castiga al que no socorriere a una persona que se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave, cuando pudiese hacerlo sin riesgo propio ni de terceros.

Son elementos de este delito según una doctrina reiterada de esta Sala:

1º) Una conducta omisiva sobre el deber de socorrer a una persona desamparada y en peligro manifiesto y grave, es decir, cuando necesite protección de forma patente y conocida y que no existan riesgos propios o de un tercero, como pueda ser la posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionado en relación con la ayuda que necesita.

2º) Una repulsa por el ente social de la conducta omisiva del agente.

3º) Una culpabilidad constituida no solamente por la conciencia del desamparo de la víctima y la necesidad de auxilio, sino además por la posibilidad del deber de actuar. La existencia de dolo se ha de dar como acreditada en la medida en que el sujeto tenga conciencia del desamparo y del peligro de la víctima, bien a través del dolo directo, certeza de la necesidad de ayuda, o del eventual, en función de la probabilidad de la presencia de dicha situación, pese a lo cual se adopta una actitud pasiva.

En lo que se refiere al bien jurídico tutelado por este delito, dice la STS 706/2012, de 24 de septiembre:

«Frente a un sector doctrinal minoritario que sitúa el bien jurídico protegido en la misma integridad física o vida de las personas "desamparadas",

la jurisprudencia (SSTS de 13 de marzo de 1987 o 22 de noviembre de 1989) y la dogmática mayoritaria hablan de la infracción de un deber de solidaridad humana que el precepto eleva al rango de deber jurídico. Frente a los ordenamientos anglosajones, en el derecho penal continental es habitual esa tipificación. Se castiga la indiferencia del omitente frente a la situación de peligro de la víctima más allá de que esa omisión no haya tenido ninguna incidencia en el resultado lesivo. La vida y la integridad física solo son tuteladas de manera indirecta: es cierto que en un horizonte de años el establecimiento de ese deber comportará una mayor protección de la vida e integridad física. Pero aunque in casu el auxilio hubiese resultado inútil, por ser inevitable el fallecimiento, antes o después, o no por aportar nada respecto a la disminución del daño personal causado, la conducta sería sancionable. El tipo penal no requiere la protección de la vida o integridad física, sino que se atiende a la persona en peligro. Se castiga la infracción del deber de auxiliar a la persona en peligro)».

En el caso analizado, no concurre el supuesto de hecho que justifica la aplicación de este delito. Como se ha señalado, la cuestión versa sobre la aplicación de un medicamento, desde la obtención de la patente por una empresa farmacéutica, hasta su posterior autorización, su incorporación al sistema nacional de medicamentos y los problemas habidos para fijar un precio. La actuación del Ministerio de Sanidad puede ser más o menos acertada, pero no puede equipararse a un supuesto de omisión de socorro de un tercero desamparado que se encuentra en peligro manifiesto y grave. Se trata de una actuación que se encuadra en el marco de las decisiones generales de la política sanitaria estatal, lo que no puede considerarse como una infracción del deber concreto de actuar en condiciones específicas que exige el tipo penal.

Por último, se entiende que los hechos pudieran ser subsumidos en el tipo penal que tutela la integridad moral -artículo 173 del CP-, que castiga al que

infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral. Sobre el particular dice la STS 28/2015, de 22 de enero:

«En cuanto al concepto de trato degradante, la jurisprudencia de esta Sala acoge el concepto establecido por el TEDH anteriormente reseñado, ya que lo define como aquel trato que puede crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral" (SSTS 1061/2009, de 26-10; 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3, entre otras). Por último, como elementos de este delito se han señalado los siguientes: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad (SSTS 233/2009, de 3-3 ; 1061/2009, de 26-10; y 255/2011, de 6-4)».

Tampoco en este caso concurre el supuesto de hecho contemplado en la norma. Aun tratándose de delitos distintos, cabe dar por reproducidos los argumentos utilizados en relación con el tipo previsto en el artículo 195 del CP, en el sentido de que estamos ante una decisión de política sanitaria. Esta decisión, que podrá ser más o menos adecuada o adoptada con mayor o menor celeridad, en ningún caso puede asimilarse a un acto vejatorio que pretenda humillar la dignidad de los afectados, en este caso, los enfermos de hepatitis C. Sin perjuicio de la previsible gravedad de la situación personal y emocional de los afectados, los trámites seguidos en la regulación de la comercialización de un medicamento no puede ser entendida como un ataque a la integridad moral, menos aun cuando, como hemos visto, el tipo penal exige un acto de claro y evidente contenido vejatorio, que no concurre en este supuesto.

A mayor abundamiento, podemos añadir que estos argumentos serían igualmente trasladables a las personas no aforadas contra las que también se ha dirigido la querella, en la medida en que su actuación se incardina o es concurrente con la de la persona aforada; pues, como se ha indicado, no se aportan indicios que permitan deducir la existencia de una actuación penalmente ilícita respecto a las actuaciones relacionadas con el citado medicamento, ni en cuanto a la autorización ni en la fijación del precio del mismo.

Por consiguiente, no desprendiéndose del relato de hechos indicio alguno de acción delictiva por parte de los querellados, al no poder incardinarse su actuación en un ilícito penal, procede el archivo de la querella, conforme al art. 313 LECrim, que, recordemos, ordena la inadmisión de la Querella cuando los hechos en que se funde no constituyan delito, lo que aquí ocurre.

#### Una última reflexión.

Esta Sala es sensible a la inquietud y desasosiego que los afectados por el virus de la hepatitis C, así como sus familiares, están sufriendo, pero debe recordarse que el sistema de justicia penal en una sociedad democrática tiene una naturaleza excepcional y fragmentaria, de última ratio, respecto de las conductas que puedan considerarse como delictivas, las que quedan delimitadas por la tipicidad de las acciones que se definen como delitos en el Cpenal, por lo tanto ni el sistema de justicia penal, ni más concretamente el Cpenal, puede convertirse ni en un mero instrumento de política criminal ni en la primera respuesta ante decisiones por retrasos en la actuación gubernamental aunque sean temas tan sensibles como la salud de los ciudadanos, porque ello supondría vertebrar el Derecho Penal alrededor de las ideas de totalidad y omnicomprensibilidad y por tanto en primera ratio y no en la última, como ya dijo esta Sala en el auto de 28 de Julio del 2000, Causa Especial 1420/2000.

Por lo demás, hay que también recordar que tras la toma de posesión del actual Ministro de Sanidad, en la fecha ya indicada, se ha constituido en el Ministerio el 12 de Enero del 2015 una Comisión para la elaboración de un plan

estratégico de tratamiento para los enfermos de hepatitis C, lo que acredita que la actividad gubernamental está al tanto del problema y buscando las soluciones adecuadas.

### **III. PARTE DISPOSITIVA**

LA SALA ACUERDA: LA SALA ACUERDA: 1º) Declarar la competencia para el conocimiento de la presente querella presentada por la Procuradora Dña. Paloma Briones Torralba. 2º) Inadmitir a trámite la misma, por no ser los hechos constitutivos de ilícito penal, procediendo al archivo de lo actuado.

Lo acuerdan y firman los Excmos. Sres. anotados al margen.