

# **COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA**

**Sección dirigida por el Prof. Dr. Luis Gracia Martín**

# CONCEPTO, MODALIDADES Y LIMITES DEL DELITO DE COHECHO

## Comentario a la STS de 7 de noviembre de 2001

SERGI CARDENAL MONTRAVETA

Prof. Titular interino EU. Universitat de Barcelona

### I

1. Partiendo del supuesto de hecho que fue objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2001 y del contenido de ésta, en el presente trabajo vamos a comentar algunas de las cuestiones que suscita el delito de cohecho. No serán tratadas aquí ni todas las cuestiones de las que se ocupa la sentencia mencionada, ni todas las que, con carácter general, suscita aquel delito<sup>1</sup>. Se ha optado por abordar únicamente las que hemos considerado más interesantes, centrándonos en la problemática específica que suscita la entrega de dádivas por parte de personas vinculadas a la industria farmacéutica a médicos que reúnen la condición de funcionarios.

2. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2001 se ocupó de los siguientes hechos: Luis, administrador único de los laboratorios Kendall, durante los años 1993 y 1994 decidió incentivar

---

<sup>1</sup> En relación con las cuestiones de las que nos vamos a ocupar no pretendemos realizar ni una exposición ni un análisis exhaustivos de las diversas opiniones doctrinales y jurisprudenciales. Además de las obras generales, en la doctrina española ya disponemos de tres excelentes estudios monográficos sobre el delito de cohecho que recogen el estado de la cuestión, *vid.* I. VALEJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal de la corrupción del funcionario: el delito de cohecho*, Madrid, 1995; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, Valencia, 1999; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho: Problemática jurídico-penal del soborno de funcionarios*, Pamplona, 1999.

a numerosos facultativos para que recetasen determinados fármacos elaborados por aquellos laboratorios y aumentar así las ventas. El incentivo consistía en abonar los gastos de estancias en congresos médicos y diversas cantidades de dinero por la realización de un seguimiento farmacológico de los productos. Agustín, representante en Madrid de aquellos laboratorios y jefe de área, siguiendo las directrices de Luis y con el consentimiento de éste, incentivó a Rafael mediante la entrega de diferentes cantidades de dinero que sumaron un total de 200.000 pesetas. Rafael era médico especialista en aparato digestivo de la Seguridad Social y pasaba su consulta en un ambulatorio de Madrid. Agustín le incentivó para que, como tal, recetara a sus pacientes determinados fármacos de aquellos laboratorios.

Además, en concierto con Agustín, Rafael procedió a extender numerosas recetas oficiales para pensionistas en las que también se prescribían aquellos fármacos. En esta actividad, Rafael utilizaba el nombre de pensionistas que eran pacientes suyos y que guardaba en su archivo. La mayoría de las veces, las recetas se extendieron sin que el fármaco se hubiera prescrito realmente a los pacientes (algunos de los cuales ni siquiera habían sido visitados) o en mayor número del que efectivamente se les recetó. Agustín rellenó personalmente parte de estas recetas con los datos personales de los pacientes y, al menos en una ocasión, llevó algunas de ellas a una farmacia para hacerlas efectivas. El perjuicio originado a la Seguridad Social con estas prácticas ascendió a 1.683.201 pesetas.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de junio de 1999 condenó a Luis como autor de un delito continuado de cohecho del art. 391 CP 73 en relación con el art. 386. Esta calificación se basó en la relación existente entre la política de incentivos que aquél puso en marcha y el cobro de determinadas cantidades de dinero por parte de los médicos para recetar los medicamentos de los laboratorios de los que era administrador, que se considera un acto injusto porque vulnera el art. 7 de la Ley del medicamento<sup>2</sup>. Por su parte, a Rafael se le considera responsable en concepto de autor de un delito continuado de cohecho del art. 385, y de un delito continuado de fal-

---

<sup>2</sup> *Vid.* el Fundamento de Derecho (FD) cuarto de la sentencia. Remitiéndose al contenido de la STS de 31 de octubre de 1992, la Audiencia rechaza la calificación que alternativamente proponía la defensa, consistente en considerar que la conducta de Luis realiza la modalidad del cohecho prevista en el art. 425 del CP vigente, antiguo art. 390. En este sentido, la Audiencia señala que esta figura delictiva se refiere de manera exclusiva a la admisión de regalos hechos de manera esporádica y como simple agradecimiento al funcionario por su gestión.

edad en documento oficial del art. 302.2.º en concurso con un delito de estafa del art. 528. La calificación del cohecho cometido por Rafael se basa, precisamente, en el acuerdo que había alcanzado con Agustín para falsificar las recetas<sup>3</sup>. A este último la Audiencia le condena como autor de un delito de cohecho del art. 391 en relación con el 385, y de un delito de falsedad cometido por particular previsto en el art. 303, en concurso con un delito de estafa del art. 528. Considerando que son extraneus de un delito especial propio, el Tribunal de instancia aprecia la atenuante analógica del art. 9.10 en relación con los delitos de cohecho cometidos por Luis y Agustín<sup>4</sup>.

3. Además de impugnar su consideración como delito continuado<sup>5</sup>, en su recurso de casación la defensa de Luis se opuso a la decisión de considerar que realizó una conducta corruptora, alegando que los pagos efectuados al facultativo lo fueron como remuneración de actividades de farmacovigilancia y que la incentivación a los médicos constituye una actividad lícita.

El Tribunal Supremo rechaza estas alegaciones y señala que incentivar a los médicos para que receten prioritariamente unos determinados medicamentos distribuidos por un laboratorio concreto no es una conducta lícita de promoción comercial, puesto que se encuentra expresamente prohibida en el art. 7. 2.º de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento<sup>6</sup>. El Alto Tribunal considera que la introducción de un incentivo económico por la prescripción de unos medicamentos determinados *distorsiona* la función de prescripción, que debe estar esencialmente orientada por el interés del paciente y no por el del médico. Con estas prácticas se *perjudica seriamente la salud* de los pacientes porque un abuso de medicamentos *puede* originar problemas graves de salud. *Se perjudica también la economía de los enfermos* porque, en igualdad de condiciones, el médico *puede* optar por la prescripción que personalmente le resulte más beneficiosa en función

---

<sup>3</sup> *Vid.* el FD quinto de la sentencia de la Audiencia. *Vid.* también el FD decimosexto de la sentencia del Tribunal Supremo, confirmando la aplicación del art. 385 del anterior Código penal.

<sup>4</sup> *Vid.* el FD octavo de la sentencia. Este aspecto del pronunciamiento de la Audiencia Provincial de Madrid es censurado por el Tribunal Supremo en el FD vigesimoquinto de su sentencia. Sobre esta cuestión, *vid.*, por todos, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 175 y ss., especialmente pp. 185 y ss.

<sup>5</sup> El TS rechaza esta impugnación señalando que la continuidad delictiva no deriva de que existiera una pluralidad de médicos que eran receptores de dádivas, sino de las sucesivas entregas dinerarias que se efectuaron a Rafael.

<sup>6</sup> El contenido de este precepto se reproduce más adelante, situándolo en el contexto de la legislación sanitaria y su desarrollo.

del «incentivo» económico que va a precibir, aun cuando sea innecesariamente más costosa. Asimismo, *se perjudica el Sistema Nacional de Salud* cuando es éste el que sufraga el coste de los medicamentos, pues *se fomenta* la prescripción por factores ajenos a las necesidades clínicas. Por último, también *se perjudica la libre competencia y la transparencia del mercado*, al emplearse métodos ilegales de comercialización, *en detrimento* de la calidad y el precio<sup>7</sup>.

Estas consideraciones llevan al Tribunal Supremo a entender que el ofrecimiento directo o indirecto de incentivos por parte de Luis constituye una conducta legalmente prohibida. Si esta conducta se hubiera realizado en relación con profesionales privados estaríamos ante la infracción administrativa prevista en el art. 108. 16 de la Ley del Medicamento. Al haberse realizado respecto de un profesional sanitario integrado en el Servicio Nacional de Salud constituye un delito de cohecho, puesto que aquí resultan adicionalmente vulnerados los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir el desempeño de las funciones públicas<sup>8</sup>.

Al considerarse probado que las cantidades entregadas lo eran como incentivo para aumentar las ventas de las especialidades que elaboraba un determinado laboratorio, el Tribunal Supremo entiende que la alegación de que los pagos efectuados lo fueron como remuneración a actividades de farmacovigilancia no altera la calificación que hizo la Audiencia de la conducta de Luis. Igualmente considera irrelevante si se llegó a confeccionar algún trabajo de este tipo, por entender que ha quedado acreditado que estas supuestas actividades no eran más que una mera cobertura del pago destinado a incrementar la dispensación de los medicamentos del laboratorio<sup>9</sup>.

4. En segundo lugar, la defensa de Luis impugna la aplicación del art. 391 en relación con el art. 386, por entender que las dádivas no estaban destinadas a la realización de ningún «acto injusto». Esta conclusión la obtiene partiendo de que no puede considerarse que recetar medicamentos es algo injusto, y de que la percepción de dádivas inte-

---

<sup>7</sup> FD tercero de la sentencia del Tribunal Supremo.

<sup>8</sup> FD tercero de la Sentencia del Tribunal Supremo.

<sup>9</sup> El Tribunal Supremo recuerda (FD tercero) que la Audiencia ya señaló que el propio pagador de las dádivas reconoció expresamente que la cobertura de los supuestos estudios de farmacovigilancia era simplemente una forma más «elegante» de pagar a los médicos. Asimismo, la Audiencia asumió la conclusión de los dictámenes periciales que indicaban que dichos estudios no se confeccionaban o eran pura apariencia, por lo que constituían actividades encubiertas de inducción a la prescripción o incentivos prohibidos a prescriptores.

gra el cohecho pero no determina, por sí misma, la injusticia del acto que retribuye.

La respuesta que el Tribunal Supremo da a este motivo del recurso empieza por señalar que, en el art. 420 del CP vigente y el 386 del anterior, la «injusticia» del acto «consiste en una contradicción material y relevante con el Ordenamiento jurídico y no en una mera ilegalidad formal o administrativa»<sup>10</sup>. Cuando se trate de *decisiones públicas de elección entre varias posibilidades alternativas*, como sucede cuando se opta por la prescripción de los medicamentos de un laboratorio o de otro con características similares, para la calificación de estas decisiones como de carácter justo o injusto «ha de tenerse en cuenta que la opción final cuenta con componentes de discrecionalidad difícilmente controlables, por lo que el propio hecho de que la decisión no se adopte sobre la base de los principios de imparcialidad y objetividad que deben presidir la función pública, sino influida y predeterminada por el aliciente económico, determina la injusticia del acto»<sup>11</sup>. En definitiva, lo decisivo para afirmar el carácter injusto del acto sería la influencia de la dádiva o presente, que llega a predeterminar su contenido. El Alto Tribunal trata de aclarar su posición añadiendo que «[n]o se trata de identificar la injusticia del acto con la propia percepción de la dádiva, sino de *constatar el hecho de que la prescripción de medicamentos de un laboratorio concreto bajo la influencia de la percepción previa o prometida de incentivos económicos que pretenden, precisamente, incrementar ilegalmente el número de dichas prescripciones*, constituye un comportamiento manifiestamente contrario a nuestro ordenamiento jurídico (art. 7 de la Ley del medicamento)»<sup>12</sup>. Supuestamente, se distinguen la injusticia del acto y la percepción de la dádiva; pero la concurrencia de la primera se deriva, precisamente, de la influencia y la finalidad de la segunda. En este sentido, la sentencia que comentamos rechaza la necesidad de demostrar que se prescribieron medicamentos innecesarios, o prescindiendo de otros más específicos o con incremento arbitrario del gasto, «pues lo relevante es que la dádiva estaba específicamente dirigida a obtener dicho comportamiento injusto (incrementar las prescripciones por encima del número de las que se hubiesen producido sin ella) y está acreditado que estas prescripciones se efectuaron, como pretendía el recurrente, por lo que *el hecho de que las prescripciones se realizasen bajo la corruptora influencia de las*

---

<sup>10</sup> FD quinto de la sentencia, que remite a las SSTs de 21-12-99, 19-12-00 y 28-3-01.

<sup>11</sup> FD quinto de la sentencia, que en este punto remite a la STS 28-3-01.

<sup>12</sup> FD quinto de la sentencia del Tribunal Supremo (cursiva añadida).

*dádiva las convierte en injustas [...] [L]a introducción de un incentivo económico por la prescripción de los medicamentos de un determinado laboratorio distorsiona la función propia de la prescripción facultativa, y con ello a) se pone en peligro la salud de los pacientes, b) se perjudica económicamente a los enfermos como consumidores y c) se perjudica al Sistema Nacional de Salud, cuando éste sufraga el coste de los medicamentos [...]. Es claro que la dádiva *va destinada precisamente a* que las prescripciones o recetas se elaboren en función de criterios no estrictamente clínicos. Y es claro que prescribir o recetar *en estas condiciones* constituye un acto contrario al ordenamiento, intrínsecamente injusto»<sup>13</sup>.*

5. En otro de los motivos de su recurso, la defensa de Luis impugna la decisión de la Audiencia de considerarle autor en el delito de cohecho activo<sup>14</sup>. Su argumentación se centra en la afirmación de que este delito exige un autor inmediato y el recurrente no lo fue, pues quien entregó las dádivas fue Agustín, el visitador médico de los laboratorios. El Tribunal Supremo desestima también este motivo del recurso por entender que «nada impide que la corrupción o entrega de la dádiva se lleve a cabo a través de un intermediario y no personalmente. En el caso actual ambos deben ser considerados autores, pues realizaron conjuntamente el hecho: [...] el recurrente daba las instrucciones y proporcionaba los fondos para los incentivos, mientras que su empleado, siguiendo dichas instrucciones, materializaba la entrega de las dádivas. Cabe estimar, por tanto, que el recurrente tenía el dominio del acto, como es propio del autor, pues su dependiente se limitó, en esta primera fase de su comportamiento, a seguir las órdenes o instrucciones del recurrente. En cualquier caso, debe

---

<sup>13</sup> FD quinto de la sentencia del Tribunal Supremo (cursiva añadida). *Vid.* también el FD tercero.

<sup>14</sup> En relación con la alegación de la defensa cuestionando la autoría de Luis, la Audiencia se pronunció a favor de esta calificación después de rechazar que el cohecho sea un delito de propia mano. Para ello se vincula la comprensión y delimitación de este grupo de delitos a la circunstancia de que el disvalor propio del tipo penal no resulta alcanzable por el dominio de quien no lo realiza personalmente. En relación con el delito de cohecho la Audiencia entiende que «es perfectamente imaginable que quien no realizó la acción individualmente tenga, no obstante, el dominio del hecho de igual manera que el que lo lleva a cabo personalmente. En consecuencia, no siendo el delito del art. 391 del Código penal de propia mano, la autoría no depende de la realización personal de la acción». Y la autoría de Luis la fundamenta afirmando que «si bien las dádivas, promesas u ofrecimientos se hicieron materialmente por Agustín M. al acusado Rafael B., lo cierto es que tal ofrecimiento se hizo con el consentimiento de Luis B., como responsable último de los laboratorios y en ejecución de una política de pago de incentivos a los médicos patrocinada por tal acusado».

recordarse que nuestro ordenamiento también considera como autores a quienes inducen directamente a otros a realizar un acto (art. 28 a) CP), por lo que una u otra calificación, coautor o inductor, conllevan la misma sanción»<sup>15</sup>.

Después de recordar que en el ordenamiento jurídico español los responsables penales de los delitos cometidos en el ámbito de la empresa son necesariamente sujetos individuales, la acción penalmente relevante se concibe como un comportamiento humano voluntario y la culpabilidad como un reproche personal por no haber obrado de otro modo, el Tribunal Supremo añade que «en el caso actual, el principio de responsabilidad personal fundado en la culpabilidad por el propio comportamiento voluntariamente asumido, abarca necesariamente los actos delictivos materializados por un tercero siguiendo las instrucciones precisas del recurrente y con su expreso conocimiento y consentimiento»<sup>16</sup>.

Aunque no podemos ocuparnos aquí de este aspecto de la sentencia, sí queremos indicar que estas afirmaciones ponen de relieve la extraordinaria amplitud de la concepción de la coautoría que todavía mantiene la jurisprudencia española y la importancia que, a pesar de las críticas doctrinales, aun otorga al acuerdo de los partícipes, en perjuicio de otros criterios como el de la configuración externa de su contribución, la proximidad de ésta con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico descrita en el tipo correspondiente, o el de su importancia en la ejecución del plan.

6. La representación de Luis niega en otro de los motivos de su recurso el carácter doloso de su conducta, alegando la creencia de que la actuación de incentivar a los médicos para incrementar las prescripciones de los productos de su laboratorio constituía una actividad comercial lícita de promoción de ventas<sup>17</sup>. Partiendo de que lo que la defensa alega es un error invencible de prohibición sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal, el Tribunal Supremo rechaza también este motivo argumentando que la ilicitud de la conducta del recurrente se deduce con claridad manifiesta del art. 7.2 de la Ley del Medicamento, y que la prohibición que contiene este precepto es perfectamente conocida por todos los profesionales del gremio y, concretamente, por los ejecutivos de los laboratorios farmacéuticos.

---

<sup>15</sup> FD sexto de la sentencia del Tribunal Supremo.

<sup>16</sup> FD séptimo de la sentencia del Tribunal Supremo.

<sup>17</sup> *Vid.* el FD noveno de la sentencia del Tribunal Supremo.



## II

7. Como ya hemos adelantado, nuestro comentario va a centrarse en el análisis del concepto, las modalidades y los límites del delito de cohecho, y sus repercusiones en el ámbito de la relaciones entre los representantes de la industria farmacéutica y los médicos que pertenecen al Sistema Nacional de Salud.

La ambigüedad y amplitud de la regulación que el Código penal realiza de aquel delito en los arts. 419 y ss. hace inevitable que su delimitación deba partir de algunas consideraciones sobre del bien jurídico que aquí se protege. La primera cuestión que cabe plantearse es la de si todos los preceptos del título XIX del CP protegen un mismo bien jurídico<sup>18</sup>. Esta cuestión puede responderse de manera afirmativa, en el sentido de que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública —o, si se quiere, de los Poderes públicos— como institución de carácter instrumental puesta al servicio de los ciudadanos y cuya actuación debe ajustarse a los criterios establecidos con carácter general en el texto constitucional y, más concretamente, en sus arts. 9 y 103<sup>19</sup>. Este bien jurídico debe,

---

<sup>18</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* VALEIJE ÁLVAREZ, «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1995, pp. 297 y ss.; la misma autora, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 26 y ss.; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 79 y ss., con referencias sobre las diversas posiciones doctrinales.

Entre los autores que consideran que sí existe un bien jurídico común, Olaizola distingue entre aquellos que lo identifican con el cumplimiento del deber del cargo y aquellos que entienden que es la función pública, que vinculan con la propia Administración y su prestigio, o con la actividad prestacional que desempeña con arreglo a lo que establece el art. 103.1 CE.

<sup>19</sup> *Vid.* la clara y convincente exposición de la cuestión que realiza ASÚA BATARRITA, «La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración. Cuestiones político-criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto de la potestad disciplinaria», en la misma autora (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao, 1997, pp. 18 y ss. En la misma dirección, siguiendo la postura mayoritaria en la doctrina, ha señalado OLAIZOLA NOGALES (*El delito de cohecho*, cit., p. 85) que «la Administración pública no es un bien jurídico estrictamente formal que mantenga una relación desvinculada de los ciudadanos, sino al contrario, al afirmar que se protege la función pública se está indicando que se protege el correcto servicio que los poderes públicos deben prestar a los ciudadanos conforme a los criterios constitucionalmente previstos». Y más adelante añade (*op. cit.*, pp. 87-88) que, sin embargo, «es normal y necesario que, para que exista delito, se produzca la infracción de un deber funcional, puesto que la infracción del deber se exige en virtud «del servicio» que integra el bien jurídico protegido. [...] Es decir, la tradicional apelación al «deber de lealtad» debe interpretarse como la sumisión del funcionario a la Ley y al Derecho en el marco del cumplimiento de objetivos de interés general [...]. Los titulares de ese bien

sin embargo, concretarse en relación con los diversos delitos descritos en el título XIX CP, atendiendo a los aspectos del funcionamiento de la Administración pública que pueden verse afectados por las conductas que aquí se describen y/o a la singularidad de la afectación del bien jurídico que tales conductas traen consigo<sup>20</sup>. La cuestión relativa a si las modalidades activa y pasiva del delito de cohecho protegen un mismo bien jurídico tampoco es una cuestión pacífica. De acuerdo con la mayoría de la doctrina, aquí entendemos que sí se trata del mismo bien jurídico<sup>21</sup>. Asimismo, consideramos que también es el mismo el bien jurídico protegido en el cohecho propio y el impropio<sup>22</sup>.

**8.** Por lo menos aparentemente, en la doctrina existen diversas opiniones acerca de cuál es el bien o bienes jurídicos protegidos en el delito de cohecho y, en este sentido, la cuestión se plantea partiendo de la

---

jurídico son por tanto los ciudadanos, cuyas legítimas expectativas frente a la Administración son las que se ven perjudicadas cuando se altera la función que ésta debe cumplir en el sistema de organización social dado». *Vid.* también VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 27 y ss.; esta autora destaca que la posición que parte de la relación entre ciudadano y funcionario para determinar el bien jurídico protegido presenta el acierto de que extrae del ámbito interno de la administración el objeto de tutela de los delitos de funcionarios, lo que permite afirmar que el titular del bien jurídico ya no es la Administración, sino los particulares; además, permite destacar que el ejercicio de sus funciones por parte de los poderes públicos debe someterse a cánones objetivos, como son los principios y criterios prefijados en el texto constitucional, cuyo contenido es —según Valeije (*op. cit.*, p. 28)— el auténtico bien jurídico protegido en el delito de cohecho. En un sentido similar, *vid.* asimismo RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 44 y ss., si bien esta autora considera que no es posible sostener un concepto unitario de Administración pública en el que se incluyan todas las funciones del Estado.

<sup>20</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, ASÚA BATARRITA, en la misma autora (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, cit., p. 22; C. MIR PUIG, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código penal*, Barcelona, 2000, pp. 19-20; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 88-89;

En Alemania, la doctrina también considera que los delitos de funcionarios protegen un mismo bien jurídico y, por lo tanto, tienen un contenido de injusto común. Y, asimismo, considera que esto no impide entender que aquellos delitos también protegen otros bienes jurídicos. *Vid.*, por ejemplo, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 5. ed., 1997, números marginales (ns. ms.) 6 y 7 antes del § 331; CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26.<sup>a</sup> ed., München, 2001, n. m. 1 antes del § 331.

<sup>21</sup> Acerca de las diversas posiciones, *vid.*, por todos, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 89 y ss.

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, por todos, VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 30 y ss. Aunque personalmente discrepa de esta opinión, esta autora afirma que la doctrina dominante considera que son distintos los bienes jurídicos protegidos en el cohecho propio y el impropio.

existencia de una discrepancia de opiniones<sup>23</sup>. Las principales propuestas vendrían a ser las que consideran que ese bien jurídico es el principio de imparcialidad, la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de la Administración<sup>24</sup>, la no comerciabilidad de la actuación administrativa<sup>25</sup> y, finalmente, la Administración como institución o, más concretamente, las condiciones externas e internas de su correcto funcionamiento.

En el sentido de esta última posición, OLAIZOLA<sup>26</sup> parte de que el bien jurídico que se protege a través del delito de cohecho es el correcto fun-

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, VALEJE ALVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 26 y ss.; I. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 89 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 41 y ss.; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 331 ns. ms 3-4; CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 ns. ms. 1e-5.

<sup>24</sup> En este sentido, en la doctrina española *vid.* CÓRDOBA RODA, «El cohecho de funcionarios públicos», en *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez Vitoria*, Barcelona, 1983, p. 176, que considera que lo que en última instancia se pretende preservar es el prestigio social de la Administración pública; E. BACIGALUPO, «Sobre la reforma de los delitos de funcionarios», en *Documentación Jurídica*, núm. 37/40, vol. 2, p. 1100; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, 13 ed., 2001, p. 957, que considera que el bien jurídico protegido en el cohecho activo y el pasivo es el mismo, pero visto desde una doble perspectiva: el quebrantamiento del deber y la confianza depositada en el funcionario (cohecho pasivo), el respeto que se debe al normal y correcto funcionamiento de los órganos estatales (cohecho activo). En la doctrina alemana *vid.*, por ejemplo, CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 n. m. 3; este autor considera que el núcleo del injusto del cohecho es el peligro general para el aparato estatal derivado de la relación prohibida entre el sobornante y el sobornado. Con la aceptación de regalos por la actuación administrativa se conmueve la reputación del aparato estatal porque así se ve afectada la confianza de la colectividad en la corrección de las decisiones estatales. *Vid.* también JESCHECK, *StGB. Leipziger Kommentar*, 11. ed., 1997, n. m. 17 antes del § 331, quien afirma que el bien jurídico de los tipos del cohecho es la confianza de la generalidad en la no comerciabilidad de la actuación de los funcionarios y la corrección de sus decisiones.

Algunas sentencias también vinculan el delito de cohecho con la garantía del prestigio de la función y de los funcionarios (así, entre otras, las STS 6-11-96, STS 5-2-1996 y STSJ Andalucía 2-6-2000), con la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado y la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho (así, por ejemplo, la STS 16-12-1998), o con la confianza pública de que los funcionarios ejercen sus funciones sometidos al imperio de la ley (así, por ejemplo, la STS 16-3-98).

<sup>25</sup> Críticamente en relación con esta opinión *vid.*, por ejemplo, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 97-98; CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 n. m. 2; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 331 n. m. 2.

<sup>26</sup> *Vid.* OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 99 y ss., 101-102. Una posición similar mantiene, por ejemplo, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., antes del § 331 n. m.7, § 331 ns. ms. 4 y 5.

cionamiento de la Administración pública, como institución funcional valiosa de carácter instrumental, y que posee una dimensión interna relacionada con la satisfacción de los intereses públicos a los que debe servir la actuación del funcionario y con la influencia que la conducta de cada uno de los funcionarios ejerce en la actuación del resto, y otra externa relacionada con la confianza de la sociedad en que la Administración actúe de modo imparcial y ajustado a las pautas que establece el Ordenamiento jurídico, sirviendo así de instancia mediadora que garantiza las condiciones básicas de la convivencia social<sup>27</sup>.

9. Entre los autores que consideran que el bien jurídico protegido en el cohecho es el principio de imparcialidad destaca la posición de VALEIJE<sup>28</sup>. Esta autora vincula la imparcialidad con los criterios a los que el texto constitucional somete la actuación administrativa y, concretamente, con la objetividad o indiferencia de aquella frente a la presión de grupos determinados o los intereses privados del funcionario, y con la distribución equitativa de la utilidad o sacrificio derivado de la acción administrativa, o sea, como bien jurídico medial para alcanzar la protección de la igualdad. En definitiva, la imparcialidad se concibe como un límite externo al buen funcionamiento de la Administración, que opera «garantizando que el principio de eficacia que debe presidir la actuación administrativa no derive en arbitrariedad, creando graves desigualdades de tratamiento entre los sujetos administra-

---

<sup>27</sup> Según OLAIZOLA (*El delito de cohecho*, cit., p. 108), si se adopta esta concepción del bien jurídico resulta criticable la modalidad de cohecho prevista en el art. 426 CP relativa a la admisión por parte del funcionario de una dádiva o regalo «en consideración a su función», puesto que en estos supuestos difícilmente puede acreditarse una afectación grave de las condiciones básicas de funcionamiento de la Administración pública.

<sup>28</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 28 y ss., especialmente pp. 30 y ss. Aunque consideran necesario realizar algunas matizaciones en relación con la actividad del poder legislativo, mantienen una posición similar MORALES PRATS/RODRÍGUEZ PUERTA, en QUINTERO OLIVARES (dir.) y MORALES PRATS (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 2. ed., 1999, pp. 1225-1226; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 78 y ss. Vid. también ORTS BERENGUER, en VIVES/BOIX/ORTS/CARBONELL/GONZÁLEZ CUSAC, *Derecho Penal. Parte Especial*, 3. ed., 1999, p. 759, que considera que el bien jurídico son los servicios que los poderes públicos vienen obligados a rendir a los ciudadanos, con sujeción a los principios proclamados en la Constitución, particularmente el de objetividad o imparcialidad; ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, vol. II, Valencia, 1996, pp. 1809-1811; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio de Derecho penal español (Parte especial)*, Madrid, 2000, pp. 807-808; FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios al Código Penal*, Madrid, 1997, p. 1125; SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal. Parte Especial*, 6. ed., 2001, p. 770.

dos [...] [L]a tutela de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública se nos presenta como un bien jurídico medial para alcanzar la tutela de un derecho fundamental como es la igualdad de todos los ciudadanos en la obtención de prestaciones públicas o, lo que es lo mismo, la tutela de la correspondiente obligación por parte de la Administración de actuar atendiendo a la satisfacción general de los intereses de todos los ciudadanos»<sup>29</sup>. Todas las modalidades del delito de cohecho «responden a la protección del principio de imparcialidad de la actuación administrativa como medio para alcanzar una satisfacción igual y objetiva de los intereses generales»<sup>30</sup>.

En un sentido similar, la jurisprudencia ha señalado que el bien jurídico protegido en el delito de cohecho es «la probidad del funcionario público que le permite a la Administración asegurar una prestación adecuada, objetiva y no discriminatoria de los servicios públicos»<sup>31</sup>.

**10.** La referencia al principio de imparcialidad como bien jurídico protegido en el cohecho permite limitar la relevancia penal de las conductas que realizan formalmente el tipo de alguna de las modalidades de este delito previstas en el Código penal. Concretamente, permite considerar que la oferta, solicitud, entrega o aceptación de dádivas o presentes sólo es típica cuando pone en peligro la imparcialidad de la actuación del funcionario a la que se refieren aquellas conductas, algo que no ocurrirá siempre. Sin embargo, presenta el riesgo de que la imparcialidad del funcionario se refiera exclusivamente a la motivación interna de su actuación, en perjuicio del contenido y el significado de la manifestación externa de la actuación del funcionario vinculada a la oferta, solicitud, entrega o aceptación de la dádiva o presente. Por otra parte, no creo que aquella concepción del bien jurídico presente problemas insalvables en relación con la existencia del denominado cohecho subsiguiente<sup>32</sup>. Esta modalidad de cohecho puede vincularse

<sup>29</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., p. 31.

<sup>30</sup> VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., p. 33.

<sup>31</sup> STS 19-10-01. *Vid.* también STS 5-2-96 y STSJ Andalucía 2-6-00: «Las figuras típicas del cohecho, en último término, persiguen la protección del normal funcionamiento de los servicios públicos que los órganos e instituciones del Estado vienen obligados a ofrecer a los miembros de la comunidad, con arreglo a los principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico»; STS 29-4-95: «El delito de cohecho protege [...] ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos».

<sup>32</sup> Sobre esta última cuestión, *vid.* ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios...*, cit., pp. 1810-1811. *Cfr.* CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 n. m. 2; este autor critica la opi-

al riesgo de un pacto anterior a la actuación del funcionario, o a los supuestos en los que la relación entre los intereses del particular y la actuación del funcionario se mantiene en las actuaciones que éste debe realizar en el futuro.

**11.** Podría pensarse que la originalidad de la tesis de que el bien jurídico protegido en el cohecho es la confianza de la sociedad en el correcto funcionamiento de los poderes públicos radica en el punto de vista que adopta. Se pone así de relieve que el significado valorativo del correcto funcionamiento de la Administración no se reduce al contenido concreto de sus prestaciones, sino que se extiende a la vigencia y el mantenimiento de los presupuestos de su propia existencia: la confianza de la ciudadanía. Esta tesis permite legitimar la previsión legal del delito de cohecho si el objeto de la confianza social no se identifica únicamente con la autoridad estatal y se reconoce el carácter instrumental de los poderes públicos<sup>33</sup>. Además, puede servir para considerar atípicas aquellas conductas cuya realización no parece idónea para poner en peligro la confianza de la ciudadanía en la Administración pública, ni siquiera en el caso de que se generalizara su comisión. A través de la referencia a uno de sus presupuestos, esta tesis remite correctamente al propio significado de la Administración, como institución cuya existencia responde a unas necesidades específicas y posee también una legitimación específica en el contexto de la organización de la vida social. Y es que la actuación de los funcionarios posee un significado especial por el hecho de ser precisamente a los poderes públicos a quienes de manera más específica corresponde la función de velar por el correcto desarrollo de la convivencia social.

**12.** De acuerdo con todo lo dicho hasta aquí, la identificación del bien jurídico protegido en el delito de cohecho y la delimitación de su descripción legal debe partir de la comprensión de la Administración —entendida en sentido amplio— como institución que se inserta en la vida social para su ordenación con arreglo a los intereses generales y para la propia satisfacción de éstos. Sobre la base de esta comprensión de la Administración, el bien jurídico protegido en el delito de cohecho vendrían a ser los propios criterios que determinan la legitimidad

---

nión de que el delito de cohecho trata de evitar el falseamiento de la voluntad estatal a través de la influencia ilícita sobre el funcionario, señalando que no permite justificar la existencia del cohecho impropio ni el cohecho subsiguiente.

<sup>33</sup> Cfr. CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 n. m. 3; JESCHECK, *StGB. Leipziger Kommentar*, cit., n. m. 17 antes del § 331; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 331 n. m. 3.

de su existencia, las condiciones necesarias para su mantenimiento, y la plasmación de aquellos criterios en el Ordenamiento jurídico, más concretamente, en la regulación que éste realiza de la actuación de la Administración. Desde este planteamiento, adquieren un significado fundamental el principio de igualdad, que se plasma en la validez general de aquella regulación; la seguridad jurídica, que se plasma en su propia existencia, su carácter vinculante y su publicidad, y los principios que definen el carácter social y democrático del Estado, que se plasman en el contenido que el Ordenamiento jurídico otorga a la actuación de la Administración y en el procedimiento seguido para su determinación<sup>34</sup>. Esta referencia a la Administración como institución y a su correcto funcionamiento sólo puede precisarse más acudiendo al contenido de la regulación general y sectorial de la actuación de aquélla en la que se plasman y se concretan aquellos criterios generales. La delimitación del delito de cohecho procederá, por otra parte, de la singularidad que presenta como modalidad de afectación de aquel bien jurídico. Si lo dicho hasta aquí permite una delimitación del cohecho sobre la base de la intervención de un funcionario y la naturaleza de la actuación de éste que se relaciona con la solicitud, oferta, entrega o recepción de una dádiva o presente, es precisamente la referencia a estas conductas en la descripción legal del cohecho para delimitar la afectación del bien jurídico lo que determina la singularidad de esta figura delictiva<sup>35</sup>. La afectación de la Administración como institución al servicio de los ciudadanos se produce aquí mediante la introducción de la referencia a dádivas o presentes vinculados, de forma más o menos estrecha, a la actuación del funcionario en supuestos en los que el Ordenamiento jurídico no ha condicionado la satisfacción de los intereses generales por parte de aquélla a la existencia de éstas. La introducción de las dádivas o presentes encierra en estos casos el peligro de que no sean los intereses generales, sino intereses particulares vinculados a la entrega de la dádiva o presente lo que determine el contenido de la actuación del funcionario o su propia existencia, al mismo tiempo que supone una afectación de las condiciones que permiten la existencia de la propia Administración como institución al servicio de los intereses generales.

---

<sup>34</sup> Vid. ASÚA BATARRITA, en la misma autora (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, cit., pp. 18 y ss.

<sup>35</sup> En relación con el contenido de las dádivas o presentes, la doctrina ha destacado la conveniencia de entender que deben tener un contenido material, cuya obtención suponga una mejora objetiva y mensurable de la situación económica del funcionario, para poder delimitar así el cohecho frente al delito de tráfico de influencias. En este sentido, *vid.*, por ejemplo, RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 191-192.

La relevancia penal de la oferta, solicitud, entrega o recepción de una dádiva determinante de la existencia de un delito de cohecho dependerá, entonces, de que aquélla se vincule a una actuación del funcionario cuya existencia o contenido el Ordenamiento jurídico no ha vinculado a la presencia de tal contraprestación por parte de los particulares. La oferta, solicitud, entrega o recepción de la dádiva representa en estos casos la introducción de un elemento extraño en el contexto de la actuación del funcionario y, como tal, atenta contra la Administración entendida como institución que actúa al servicio del interés general en los términos previstos por el Ordenamiento jurídico. La creación de esta situación y, en particular, la idoneidad *ex ante* del contenido de la dádiva solicitada, ofertada o entregada para condicionar o adulterar la actuación del funcionario deberán determinarse con arreglo a criterios objetivos. Pero la intervención del derecho penal requiere, además, que la introducción de dádivas en el contexto de la actuación del funcionario comprometa de manera significativa aquella imagen de la Administración como institución al servicio del interés general en un Estado social y democrático de Derecho que constituye el bien jurídico protegido en el delito de cohecho.

### III

**13.** La naturaleza del cohecho como conducta a través de la cual se ven afectados la Administración pública como institución al servicio de los intereses generales y los presupuestos de su existencia, supone que su concurrencia dependerá, en primer lugar, del contenido que el Ordenamiento jurídico ha asignado a la actuación del funcionario que protagoniza junto con un particular la oferta, solicitud, entrega o aceptación de una dádiva o presente.

El marco principal de la regulación de la actividad de la Administración en materia sanitaria desarrollando el contenido de los arts. 43 y 49 CE se encuentra en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad<sup>36</sup>. A su vez, la regulación de los medicamentos se encuentra en la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. En relación con la publicidad de los medicamentos de uso humano, el contenido de aqué-

---

<sup>36</sup> Como se declara en la Exposición de Motivos, partiendo de lo establecido en el art. 149.1.16 CE, a través de esta ley el Estado establece los principios y criterios substantivos que permitan conferir al nuevo sistema sanitario unas características generales y comunes que sean el fundamento de los servicios sanitarios en todo el territorio del Estado.



lla se desarrolla en el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio. Esta regulación traslada a nuestro Ordenamiento jurídico el contenido de diversas directivas comunitarias, así como las recomendaciones formuladas por la Organización Mundial de la Salud. A hechos similares a los que son objeto de la sentencia que comentamos se refieren la Directiva 92/28 del Consejo de la CEE, de 31 de marzo de 1992, sobre la publicidad relativa a los medicamentos de uso humano; la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, que fue presentada por la Comisión el 28 de junio de 1999; y los Criterios éticos para la promoción de medicamentos establecidos en 1988 por la OMS en el marco de la estrategia diseñada en materia de medicamentos con el respaldo de la 39 Asamblea Mundial de la Salud<sup>37</sup>.

**14.** El primero de estos textos contiene la regulación general de todas las acciones que permiten hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el art. 43 y concordantes de la Constitución (art. 1 Ley 14/1986). En el art. 3 se establece expresamente que «[l]os medios y actuaciones del sistema sanitario estarán orientados prioritariamente a la promoción de la salud y a la prevención de enfermedades», así como que «[e]l acceso y las prestaciones sanitarias se realizarán en condiciones de igualdad efectiva». A su vez, el art. 7 establece que «[l]os servicios sanitarios, así como los administrativos, económicos y cualesquiera otros que sean precisos para el funcionamiento del sistema de salud, adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad»<sup>38</sup>. En relación con los productos farmacéuticos, el art. 18.11 establece que una de las actividades que desarrollarán las Administraciones públicas será de su control sanitario<sup>39</sup>. A su vez, en los números 14, 15 y 16 de

---

<sup>37</sup> La Exposición de Motivos de la Ley del Medicamento reconoce expresamente que las funciones normativas, asesoras y de intercambio de información que desarrolla la OMS en relación con el ámbito de los medicamentos constituyen, por su magnitud y calidad, un punto de referencia insoslayable. En la Exposición de Motivos también se hace referencia a la intensa actividad realizada por la CEE para la armonización del derecho mediante directivas y recomendaciones referentes a los medicamentos y que suponen la cristalización de toda una tradición occidental en defensa del interés de los pacientes y de los consumidores.

<sup>38</sup> *Vid.* también arts. 6, 10.14, 12, 13 de la Ley. *Vid.*, asimismo, el art. 46, que establece como una de las características fundamentales del Sistema Nacional de Salud la prestación de una atención integral de la salud procurando altos niveles de calidad.

<sup>39</sup> *Vid.* también los arts. 24 y 25 de la Ley. En cuanto a la publicidad y propaganda comerciales, en el art. 27 se prevé que las Administraciones públicas realizarán un control para que se ajusten a criterios de veracidad en lo que atañe a la salud y para

aquel precepto se hace referencia a la mejora y adecuación de las necesidades de la formación del personal al servicio de la organización sanitaria, al fomento de la investigación científica en el campo específico de los problemas de salud, y al control y mejora de la calidad de la asistencia sanitaria en todos sus niveles<sup>40</sup>. La Ley General de Sanidad dedica el Capítulo VI de su Título primero a las infracciones y sanciones, reconociendo que éstas no se limitan necesariamente al ámbito administrativo<sup>41</sup>. En cuanto a la financiación de las obligaciones derivadas de aquella Ley, el art. 46.d establece que se realizará mediante recursos de las Administraciones públicas, cotizaciones y tasas por la prestación de determinados servicios<sup>42</sup>.

**15.** La regulación que contiene la Ley General del Medicamento, a cuyos artículos 7 y 108 se refiere expresamente la sentencia que comentamos para fundamentar existencia de un delito de cohecho, se inserta en el contexto de aquellos principios generales de la actuación sanitaria de la Administración establecidos por la Ley General de Sanidad. Las referencias que hace la Exposición de Motivos a la evolución que ha experimentado la legislación en el ámbito específico de los medicamentos ayudan a conocer y valorar los conflictos de intereses que se suscitan en este sector. Después de 1962, la catástrofe de la Talidomida habría introducido un cambio fundamental que permitiría hablar de una segunda generación de leyes, que exigen seguridad y eficacia demostrada con ensayos clínicos controlados. En el momento en el que se aprobó la Ley española del Medicamento cabría hablar de una tercera generación de normas, en la que la preocupación se desplaza desde los requisitos que ha de cumplir el producto hasta las condiciones para su uso racional. En este sentido, se afirma que la Ley del Medicamento pretende, en primer término, propulsar el progreso de la atención a la salud proporcionando apoyo institucional firme a un decidido empeño por aprovechar los beneficios y reducir los riesgos que los medicamentos son susceptibles de proporcionar. Sobre esta cuestión se señala a continuación que los beneficios de los medicamentos no se

---

limitar todo aquello que pueda constituir un perjuicio para la misma. *Vid.*, asimismo, los arts. 28 y 29, en los que se establece que deben utilizarse las medidas preventivas que menos perjudiquen la libertad de empresa y cualesquiera derechos afectados, pero se prevé expresamente el control por las Administraciones sanitarias de las actividades de promoción y publicidad. *Vid.*, finalmente, el Título V de la Ley, dedicado a los productos farmacéuticos.

<sup>40</sup> Sobre esta cuestión, *vid.* también el art. 87 y el Título VI de la Ley, dedicado a la docencia y la investigación.

<sup>41</sup> *Vid.* arts. 32 a 37 de la Ley General de Sanidad.

<sup>42</sup> A la financiación dedica la Ley el Capítulo V del Título IV.

expresan sólo en términos de vidas salvadas y sufrimientos evitados, sino también en términos de tiempo de enfermedad y hospitalización acortados, así como ahorros económicos muy importantes por la función sustitutiva que cumplen en relación con terapias precedentes menos eficaces. En la Exposición de Motivos también se encuentran referencias a los intereses particulares de la industria farmacéutica. Se habla de la necesidad de organizar la admisión de productos de modo que beneficien cuanto antes a los enfermos y puedan recuperarse sin dilación las inversiones efectuadas en su descubrimiento. Y también se hace referencia a la necesidad de la industria farmacéutica de disponer de un marco legal estable que constituya su referencia estratégica, debido a la importancia de los mecanismos públicos de fiscalización sanitaria que regulan el acceso al mercado de nuevos productos y a la influencia que poseen en sus actividades de investigación y en el proceso de la competencia<sup>43</sup>. Algo similar ocurre —añadimos nosotros— con la intervención de la Administración sanitaria y de los médicos en general en el proceso de prescripción de los medicamentos que la industria introduce en el mercado después de haber superado los controles administrativos.

**16.** Es precisamente el posible conflicto entre los intereses generales a los que debe servir la actuación de la Administración sanitaria y los intereses particulares de los diversos agentes de la industria farmacéutica lo que trata de regular el art. 7. 2 a) de la Ley del Medicamento. Aquí se prohíbe expresamente «[e]l ofrecimiento directo o indirecto de cualquier tipo de incentivo, primas u obsequios, por parte de quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos, a los profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia». Pero ni la existencia ni el contenido de este precepto resuelven, por sí solos, la

---

<sup>43</sup> Después de señalar que el objetivo principal de la Ley es contribuir a la existencia de medicamentos seguros, eficaces y de calidad correctamente identificados y con información apropiada, la Exposición de Motivos reconoce que aquélla no persigue únicamente objetivos sanitarios. También implica objetivos económicos y empresariales, pues un mecanismo de evaluación riguroso, ágil y neutral es fundamental para el desarrollo empresarial, al garantizar el acceso rápido al mercado y sin discriminaciones entre empresas. En relación con esta cuestión, también se hace referencia a la voluntad de permitir una política de fomento de la transparencia del mercado, así como a la prestación de medicamentos por el Sistema Nacional de Salud a precios razonables y con un gasto público ajustado, lo que se hace posible a través de la financiación pública selectiva y no indiscriminada y una selectiva contribución de los enfermos.

cuestión relativa a la relevancia penal de los hechos de los que se ocupó la sentencia que comentamos. Esto se pone ya de relieve en la regulación que hace aquella ley de la información y promoción de medicamentos a profesionales sanitarios en el Capítulo II del Título VI. Pero también se desprende de la regulación que realiza de las infracciones en el Capítulo II del Título IX.

El art. 3 de la Ley del Medicamento establece que «[l]a prescripción y dispensación de medicamentos deberá realizarse de acuerdo con los criterios básicos de uso racional que se establecen en esta Ley». Estos criterios se encuentran en el Título VI<sup>44</sup>. Aquí se hace referencia a la promoción por parte de las Administraciones públicas de la formación universitaria y postuniversitaria continuada y permanente sobre medicamentos de los profesionales sanitarios (art. 84). Y en el art. 86 —dedicado a la información y promoción de medicamentos dirigida a profesionales sanitarios— se establece que «[l]os premios, becas, contribuciones y subvenciones a reuniones, congresos, viajes de estudio y actos similares donados por cualquiera personas relacionadas con la fabricación, elaboración, distribución y dispensación de medicamentos se aplicarán exclusivamente a actividades de índole científica cuando sus destinatarios sean facultativos en ejercicio clínico o las entidades en que se asocian». Esta previsión y el hecho de que en la descripción de las infracciones que realiza el art. 108 no se mencionen las peculiaridades que presentan estos supuestos, sino que se transcriba la conducta descrita en el art. 7, hace pensar que sólo estarán prohibidos y pueden tener relevancia penal como conductas constitutivas del delito de cohecho —debido a su consideración como dádivas o presentes— los incentivos, primas u obsequios que no puedan entenderse incluidos en el art. 86.

Una interpretación sistemática de la Ley del Medicamento impide considerar como incentivos, primas u obsequios cualquier disposición de contenido patrimonial realizada por quien tenga intereses directos o indirectos en la producción, fabricación y comercialización de medicamentos a profesionales sanitarios implicados en el ciclo de prescripción, dispensación y administración, o a sus parientes y personas de su convivencia. Con independencia de la validez que se otorgue a la tesis mantenida por el Tribunal Supremo de que existe cohecho en todos los casos en los que el profesional sanitario al que se refieren los arts. 7 y 108.2.a).<sup>16</sup> es un funcionario, subsiste la cuestión relativa a

---

<sup>44</sup> Los títulos anteriores están dedicados a disposiciones generales, a los medicamentos, a los ensayos clínicos, a los fabricantes y distribuidores de medicamentos y a las garantías sanitarias del comercio exterior de los medicamentos.

la necesaria delimitación de estos preceptos, de manera que resulten compatibles con el contenido del art. 86. En los supuestos que contempla este último precepto no es posible afirmar ni la existencia de una infracción administrativa, ni la existencia de un delito de cohecho cuando es un funcionario quien recibe la donación.

**17.** Sin perjuicio de la necesidad de tener presente los criterios hermenéuticos de carácter general y el propio significado de las diversos elementos de la definición general del delito, así como el contenido de las resoluciones emanadas de órganos supranacionales a las que antes hacíamos referencia, aquella delimitación debe partir del contenido del Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, que regula la publicidad de los medicamentos de uso humano desarrollando así, entre otros, el art. 86 de la Ley del Medicamento, e incorporando al ordenamiento jurídico nacional la Directiva del Consejo de las CEE 92/28.

En su art. 1. 2, aquel Real Decreto establece expresamente que «[s]e entenderá por publicidad de medicamentos toda forma de oferta informativa, de prospección o de incitación destinada a promover la prescripción, la dispensación, la venta o el consumo de medicamentos». Y en el art. 1.3. se aclara aquella definición afirmando que la publicidad de medicamentos comprenderá, entre otras, «b) La publicidad de medicamentos destinada a personas facultadas para prescribirlos o dispensarlos. c) La visita médica efectuada por los visitantes médicos o agentes informadores de los laboratorios a personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos. [...] e) El patrocinio de reuniones promocionales a las que asistan personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos. f) El patrocinio de congresos científicos en los que participen personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y, en particular, el hecho de correr a cargo con los gastos de desplazamiento y estancia con motivo de dichos congresos. g) La incitación a prescribir o dispensar medicamentos mediante concesión, oferta o promesa de ventajas pecuniarias o en especie, *excepto* cuando su valor intrínseco resulte mínimo».

Entre los principios generales, el art. 2.3 declara que «[l]a publicidad de los medicamentos deberá favorecer en cualquier caso su utilización racional». De los incentivos se ocupa el art. 17 en los siguientes términos: «Queda prohibido otorgar, ofrecer o prometer a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y en el marco de la promoción de los mismos frente a dichas personas, primas, ventajas pecuniarias o ventajas en especie, con *excepción* de aquellas que tengan un valor insignificante y que sean irrelevantes para la práctica de la medicina o la farmacia». Como ya hacía la Ley del medicamento, el patrocinio de reuniones científicas se regula de forma sepa-

rada en el art. 18 del Real Decreto, estableciendo: «1. Las disposiciones del artículo anterior no supondrán un obstáculo para la hospitalidad ofrecida, directa o indirectamente, en el marco de manifestaciones de carácter exclusivamente profesional y científico. Dicha hospitalidad deberá ser siempre moderada en su nivel y subordinada al objetivo principal de la reunión y no podrá ser extensible a personas que no sean profesionales de la salud. 2. Los premios, becas, contribuciones y subvenciones a reuniones, congresos, viajes de estudio y actos similares donados por personas relacionadas con la fabricación, elaboración, distribución y dispensación de medicamentos se aplicarán exclusivamente a actividades de índole científica cuando sus destinatarios sean facultativos en el ejercicio clínico o las entidades en que se asocian [...]». De acuerdo con estas disposiciones, el art. 19 se ocupa de las obligaciones de las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos y establece que «no podrán solicitar o aceptar ninguno de los incentivos prohibidos en virtud del art. 17 o que no se atengan a lo dispuesto en el art. 18 del presente Real Decreto»<sup>45</sup>.

**18.** Los criterios que establece el RD 1416/1994 son muy similares a los Criterios éticos para la promoción de medicamentos que propuso la OMS en 1988. En el número ocho de este documento se reconocía expresamente que «[l]a promoción en forma de beneficios financieros o materiales no se extenderá al personal de salud ni será recabada por éste, ya que podría influir en la prescripción de medicamentos»; el número nueve establecía que «[l]as actividades científicas y educativas no deben utilizarse deliberadamente con fines de propaganda»; en el número 16 se afirmaba que «[l]os representantes [de productos farmacéuticos] no deben ofrecer incentivos a las personas encargadas de recetar o despachar medicinas. Las personas encargadas de recetar o despachar medicinas no deben solicitar dichos incentivos». En el apartado que dedica a los simposios y otras reuniones científicas, en relación con aquéllos que son patrocinados por un fabricante o distribuidor, aquel documento señalaba en el número 20 que «[l]os agasajos y cualquier otro gesto de hospitalidad, así como los regalos ofrecidos a los miembros de las profesiones médicas y afines deben ocupar un lugar secundario con respecto al objetivo principal de la reunión y han de mantenerse en un nivel modesto». Finalmente, también guarda relación con el caso del que se ocupó la sentencia que comentamos lo que se afirma en el número 23 de aquel documento: «Los estudios científicos y la vigilancia ulteriores a la comercialización

---

<sup>45</sup> Sobre el control de la publicidad dirigida a las personas facultadas para prescribir o dispensar medicamentos, *vid.* arts. 25 y 26 del RD 1416/1994.

no deben usarse indebidamente como una forma de promoción encubierta».

Mucho más restrictiva se mostraba la directiva del Consejo 92/28/CEE de 31 de marzo de 1992, cuyo número seis establecía: «Quedarán prohibidos los incentivos a prescribir o dispensar medicamentos (tales como primas, remuneración pecuniaria o en especie, con inclusión de invitaciones a viajes o a congresos, pero con exclusión de objetos de poco valor intrínseco)». A su vez, la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece un código comunitario sobre medicamentos para uso humano, que presentó la Comisión el 28 de junio de 1999, hacía referencia en el número sesenta y dos a la prohibición que de que los visitantes médicos concedan «primas o ventajas significativas como técnica de promoción de los medicamentos» y a la «limitación de la hospitalidad ofrecida en las manifestaciones de promoción».

**19.** La situación que acabamos de describir pone de manifiesto la necesidad de realizar una interpretación del delito de cohecho que resulte compatible con toda la legislación vigente sobre la actuación de la Administración y de los profesionales del sector de la sanidad. Desde este punto de vista, la regulación sobre la publicidad de los medicamentos puede entenderse como una manifestación del principio de insignificancia<sup>46</sup>, de la adecuación social como criterio hermenéutico limitador de la tipicidad<sup>47</sup>, o como la plasmación de una ponderación de intereses que daría lugar a una causa de justificación que excluye la antijuricidad de las conductas que realizan el tipo de alguna de las modalidades del delito cohecho. En la legislación española, el cauce para reconocer la eficacia de esta causa de justi-

---

<sup>46</sup> Sobre el principio de insignificancia y su trascendencia como criterio restrictivo de los tipos penales, *vid.*, por todos, S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, 5. ed., Barcelona, 1998, L19/49; OSTENDORF, «Das Geringfügigkeitsprinzip als strafrechtliche Auslegungsregel», en *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1982, pp. 333 y ss.

<sup>47</sup> En relación con este criterio *vid.*, por ejemplo, la amplia exposición y análisis de sus orígenes y su relación con los criterios de la teoría de la imputación objetiva que realiza RUEDA MARTÍN, *La teoría de la imputación objetiva del resultado en el delito doloso de acción*, Barcelona, 2001, pp. 219 y ss.; S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., L 10/57 y L 19/43-48; C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 3. ed., 1997, § 10 ns. ms. 33 y ss.; este autor considera que, si bien el principio de la adecuación social no es más que una consecuencia necesaria de una concepción valorativa del tipo que lo vincula con el fundamento de la antijuricidad de las conductas delictivas, existen otros medios interpretativos más precisos para delimitar los tipos penales, como son el criterio del riesgo jurídicamente irrelevante o permitido y el principio de insignificancia.

ficación sería la previsión del art. 20.7 CP relativa al ejercicio de un derecho<sup>48</sup>.

Creo que no existe ninguna dificultad para entender que la vigencia del *principio de insignificancia* o la *adecuación social* de la entrega de dádivas de poco valor a los médicos por parte de representantes de la industria farmacéutica permitirían excluir la relevancia penal de estos supuestos a través de una interpretación restrictiva de la referencia legal a las dádivas o presentes. Aunque no siempre podrá afirmarse que la existencia de estas ventajas es irrelevante en relación con la actuación del médico, puede entenderse que estos supuestos carecen de la lesividad necesaria para legitimar la intervención del derecho penal y permiten dejar un cierto margen a la posibilidad de que el particular quiera obsequiar al buen funcionario manifestándose, así, su agradecimiento. En este sentido, a pesar de que la mayoría de la doctrina considera que es irrelevante la cuantía de la dádiva —si bien un sector importante exige que sea objetivamente adecuada para motivar al funcionario a actuar—<sup>49</sup>, se reconoce de forma prácticamente unánime que es penalmente irrelevante la concesión u oferta de ventajas de escaso valor o adecuadas socialmente, especialmente cuando no se vinculan a una actuación ilícita o delictiva del funcionario<sup>50</sup>. La difi-

---

<sup>48</sup> Sobre el significado de esta causa de justificación y la trascendencia de su previsión expresa en el Código penal, *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., L 18/2-7.

<sup>49</sup> En relación con la discusión doctrinal y la posición de la jurisprudencia sobre la trascendencia de la naturaleza cuantitativa y cualitativa de las dádivas o presentes, *vid.*, por todos, VALEJUE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 128 y ss.; OLAZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 305 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 183 y ss.

<sup>50</sup> *Vid.* CÓRDOBA RODA, en *Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez Vitoria*, cit., p. 190; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «El delito de cohecho», en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, pp. 163, 165-166; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal. Parte Especial*, cit., pp. 959 y 961-962; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio...*, cit., p. 811; OLAZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 338 y ss.; FEIJÓO SÁNCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios...*, cit., pp. 1128-1129, 1141; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 195 y ss.; esta autora considera que lo decisivo es si la dádiva o presente posee un carácter retributivo y se configura como prestación que se ofrece a cambio del acto del funcionario, aunque realiza algunas matizaciones en relación con la conducta descrita en el art. 426 CP. En la doctrina alemana, *vid.*, por ejemplo, RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 331 ns. ms. 23 y 33, que destaca que deberá tratarse de objetos con un valor insignificante cuya consideración de forma razonable no provoca la impresión de que el destinatario se siente obligado por su aceptación; CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 ns. ms. 18 y 53. En la jurisprudencia española, la SAP Baleares 5-3-1997 absolvió al acusado por entender que la conducta era adecuada socialmente.



cultad de delimitar con nitidez estos supuestos no debe ser un obstáculo para el reconocimiento de su existencia. En relación con esta cuestión, es necesario señalar lo siguiente: si bien la delimitación de los tipos penales no puede realizarse con arreglo a criterios exclusivamente objetivos, sino que depende también del contenido de los conocimientos y la voluntad del autor, los criterios a los que aquí nos estamos refiriendo son, principalmente, criterios objetivos de delimitación de los tipos penales y, por lo tanto, parten de la necesidad de limitar la relevancia del contenido subjetivo de la conducta y, en particular, la motivación del autor<sup>51</sup>.

Los supuestos en los que cabría entender que está *justificada* la conducta que realiza el tipo del delito de cohecho son aquéllos en los que, a pesar de existir una donación que posee un valor económico importante, ésta no se vincula a una actuación ilícita del funcionario y, además, responde objetivamente a la satisfacción de intereses generales directamente vinculados con aquéllos a los que debe servir la actuación del funcionario. La lesividad de la conducta en relación con la imparcialidad de la actuación del funcionario y los intereses generales a los que el Ordenamiento jurídico la ha vinculado de forma inmediata y exclusiva será insuficiente para fundamentar un juicio definitivo de antijuricidad cuando aquélla permita, a su vez, la satisfacción de intereses generales que el Ordenamiento jurídico también ha vinculado con la posición del funcionario y su actuación<sup>52</sup>. Puede entenderse

---

<sup>51</sup> Sobre esta cuestión, con carácter general, *vid.* S. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte General*, cit., L 10/52-56. En relación con la delimitación del tipo del delito de cohecho, *vid.* OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 341 y ss. Excesivamente subjetivista es la posición de VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 159 y ss.; esta autora considera que la idea de la adecuación social es un criterio inútil para limitar el tipo del cohecho porque los supuestos en los que se entiende que se trata de dádivas adecuadas lo que falta es el componente subjetivo de que sean aceptadas o entregadas para conseguir una actuación del funcionario y, por esta razón, carecen del significado retributivo que define las dádivas abarcadas por el tipo del cohecho.

<sup>52</sup> Con una argumentación aparentemente similar, la STS 5-2-1996 casó la sentencia condenatoria de la Audiencia Provincial de Burgos y absolvió a la Alcaldesa de Belorado, que había solicitado a unos constructores una cantidad de dinero destinada a sufragar los gastos de creación de una banda de música para la localidad a cambio de olvidar unas anomalías o irregularidades urbanísticas menores y, además, había consentido diversas irregularidades urbanísticas a cambio de que quien las cometió procediese a reparar la casa del conserje de las Escuelas Municipales que eran propiedad del Ayuntamiento. La absolución se basó en que la alcaldesa no persiguió en ningún momento un beneficio personal para sí ni para persona de su entorno o con las que mantuviese una relación determinada de tipo particular, sino que persiguió solamente beneficios para la cosa pública.

Sin embargo, la STS 16-3-98 casó la sentencia absolutoria de la Audiencia Provincial de Barcelona en el caso de un médico que proporcionaba los datos persona-

que esto es lo que ocurre en los supuestos previstos en el art. 86.4 de la Ley del Medicamento y el art. 18 del Real Decreto 1416/1994, cuya delimitación debería realizarse partiendo de la existencia de una ponderación de intereses que puede llegar a traspasar el ámbito del tipo del delito de cohecho<sup>53</sup> para situarse en el marco de la justificación basada en el ejercicio de un derecho (art. 20.7 CP)<sup>54</sup>.

---

les de algunos de sus pacientes a un visitador médico y recibía mensualmente de éste 50.000 pesetas que, según los hechos probados, aplicaba a la adquisición de material informático, compra de libros y suscripciones a revistas científicas, todo ello con destino al departamento de endocrinología del hospital privado en el que trabajaba, así como a gastos de asistencia a reuniones y congresos de su especialidad médica. El Tribunal Supremo consideró que carece de relevancia que las sumas percibidas se invirtieran en el equipamiento científico del departamento de endocrinología del hospital en el que trabajaba el acusado.

<sup>53</sup> Aunque la actual regulación legal del cohecho ha previsto expresamente que la persona que se beneficia de la dádiva puede ser el funcionario o un tercero, la doctrina reconoce la posibilidad de que se sigan planteando dudas en los supuestos en los que aquella beneficia exclusivamente a un tercero, sobre todo cuando éste es la propia institución a la que pertenece el funcionario o existe alguna relación con ella y con el interés público que persigue. *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, 1997, p. 163.

Recientemente, en la doctrina española Castro Moreno ha propuesto realizar una interpretación de las distintas modalidades de cohecho que permita tomar en consideración el menor desvalor que presentan supuestos como éstos, debido a que el funcionario actúa sin ánimo de lucro propio ni de tercero. *Vid.* CASTRO MORENO, «La nueva modalidad de cohecho por actos propios del cargo del art. 425.1 del Código Penal: problemas de distinción con otras figuras», en *Actualidad Penal* (AP), 2002, pp. 19 y ss.

<sup>54</sup> Un sector de la doctrina alemana entiende que contiene una causa de justificación la previsión del número 3 del § 331 StGB. Aquí se excluye la punibilidad del cohecho pasivo impropio en los supuestos en los que el funcionario acepta la promesa o la entrega de una ventaja que él no ha solicitado cuando el superior competente le había autorizado previamente a aceptarla, o el funcionario se lo comunica inmediatamente después y aquél autoriza su admisión. *Vid.* RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 331, ns. ms. 39-40; CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 ns. ms. 45 y ss.; DAUSTER, «Private Spenden zur Förderung von Forschung und Lehre: Teleologische Entschärfung des strafrechtlichen Vorteilsbegriffs nach § 331 StGB und Rechtfertigungsfragen», en *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), 1999, pp. 67 y ss.

Refiriéndose a los supuestos del denominado cohecho transversal en los que quien recibe la ventaja es un tercero distinto del funcionario, Cramer ha señalado que si bien en estos casos no puede negarse la existencia de una ventaja, no deberá entenderse que son ventajas antijurídicas cuando se trate de disposiciones destinadas a la realización de fines estatales, culturales o caritativos respecto de los cuales la legislación tributaria prevé la posibilidad de deducirlos. Aquel autor llega a señalar que la aceptación y entrega de ventajas a terceros sólo es merecedora de pena en los supuestos en los que se trata de recompensar actuaciones antijurídicas, de modo que para alcanzar resultados razonables en relación con los §§ 331 y 333 (en los que está

20. En Alemania, la relevancia penal de las ventajas de carácter patrimonial entregadas a los médicos por parte de personas vinculadas a la industria farmacéutica y, en general, la relevancia de las ventajas ofrecidas a funcionarios o terceros destinadas a actividades de investigación estuvo presente en el debate sobre la Ley para la lucha contra la corrupción que se aprobó el 13 de septiembre de 1997 y supuso la modificación de la regulación de esta materia en el Código penal. La doctrina ha planteado el vínculo entre la industria y los centros médicos partiendo de la constatación de la situación de dependencia de subvenciones privadas a la que ha llevado el progresivo endeudamiento del Estado y la escasez de medios públicos destinados a la investigación médica. En este sentido, LÜDERSSEN considera que para el análisis de estas situaciones debe partirse de las relaciones de intercambio que han surgido como consecuencia de la renuncia estatal a ocuparse de todas las tareas de interés público en el seno de la propia Administración y con cargo a los recursos públicos<sup>55</sup>. Entre otros, aquel autor hace referencia a los supuestos en los que una empresa farmacéutica introduce un producto en el mercado y encarga a una clínica universitaria la realización de estudios de seguimiento y control de aquél con la finalidad de acumular información sobre su idoneidad, consecuencias secundarias y la posibilidad de introducir mejoras, unos estudios que pueden ir destinados a la propia industria farmacéutica o a difundirse públicamente a través de artículos y conferencias. Esta y otras situaciones similares no podrían entenderse incluidas en la regulación del cohecho impropio prevista en el § 331 StGB, en la medida en que se trate de ventajas respecto de las cuales el funcionario posee una pretensión jurídicamente fundamentada en la investigación que ha realizado<sup>56</sup>. Por otra parte, LÜDERSSEN señala que en algunos de estos supuestos no surgirá la apariencia de sobornabilidad y falta de probidad del ejercicio del cargo. En definitiva, aquel autor viene a reconocer que lo decisivo será el ámbito que en cada momento decida otorgarse a la colaboración entre la industria y la Administración sanitaria y la correspondencia que se entienda que debe existir entre las prestaciones que realizan ambas. En esta misma dirección, otros autores han destacado la necesidad de realizar una interpretación del § 331 que resulte compatible con la libertad cientí-

---

previsto el cohecho activo y pasivo impropio) debe reconocerse la posibilidad de apreciar una causa de justificación suprallegal que permita realizar una ponderación de intereses. *Vid.* CRAMER, *op. cit.*, ns. ms. 53a-53c.

<sup>55</sup> *Vid.* LÜDERSSEN, «Antikorruptions-Gesetze und Drittmittelforschung», en *Juriszeitung* (JZ), 1997, 112 y ss.

<sup>56</sup> *Cfr.* LÜDERSSEN, JZ 1997, pp. 113-115.

fica y de investigación que reconoce el apartado tercero del art. 5 de la Ley Fundamental<sup>57</sup>.

**21.** Tanto la decisión sobre la existencia de una dádiva penalmente relevante como la decisión sobre la justificación de su ofrecimiento y recepción dependerán del vínculo que se haya establecido entre aquella y la actuación del funcionario<sup>58</sup>, así como de la naturaleza lícita, injusta o delictiva de ésta<sup>59</sup>, pues ambas circunstancias determinan el desvalor de la conducta<sup>60</sup>.

Esto presupone entender que la naturaleza lícita, injusta o delictiva de la actuación del funcionario no viene determinada por su vinculación a la entrega de una dádiva, sino que debe determinarse con independencia de esta circunstancia. Y es que si el vínculo entre la dádiva y la actuación del funcionario determinara la ilicitud de ésta carecería

---

<sup>57</sup> Vid. DAUSTER, *NSiZ*, 1999, pp. 63 y ss., especialmente 64 y ss.; este autor considera que el reconocimiento de la libertad científica y de investigación que realiza el apartado tercero del art. 5 de la Ley Fundamental permite realizar una interpretación restrictiva del concepto de ventaja y excluir del § 331 StGB las disposiciones realizadas por terceros a investigadores universitarios en los supuestos en los que la disposición económicamente mensurable repercute únicamente en la propia investigación que realiza el funcionario universitario. Vid. también CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 331 n. m. 53 c. En el mismo sentido se había pronunciado anteriormente, tomando en consideración la investigación realizada por funcionarios en el ámbito sanitario PFEIFER, «Von der Freiheit der klinischen Forschung zum strafrechtlichen Unrecht», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 1997, pp. 782 y ss. Este autor proponía ampliar y completar el ámbito de exclusión de la pena previsto en el número 3 del § 331 con una referencia a los supuestos en los que se trate de ventajas razonables relacionadas con proyectos teóricos o de investigación.

<sup>58</sup> Naturalmente, partimos aquí de que se trata de una actuación del funcionario que se sitúa en el ámbito del ejercicio del cargo; sobre esta cuestión *vid.*, por todos, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 270 y ss.

Un sector de la doctrina ha criticado, con carácter general, la decisión de otorgar relevancia penal a la modalidad de cohecho impropio consistente en la admisión por parte del funcionario de una dádiva o regalo ofrecido en consideración de su función; en este sentido, *vid.* OLAIZOLA NOGALES, *op. cit.*, pp. 107-109. Otros autores exigen que en estos supuestos la dádiva o regalo sean de un cierto valor o entidad y sobrepasen lo que socialmente se califica como «regalos de cortesía» o agradecimiento; así VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 34-35. También RODRÍGUEZ PUERTA (*El delito de cohecho...*, cit., pp. 198-199 y 201) reconoce la relevancia de criterios como la adecuación social o el principio de insignificancia para delimitar el contenido del art. 426 CP.

<sup>59</sup> En este sentido, *vid.* OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 344-346.

<sup>60</sup> En este sentido, *vid.*, por ejemplo, OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 276-278; esta autora considera que también la propia importancia de la actuación decisoria o de mero trámite del funcionario afecta a la lesividad de la conducta.

de sentido la previsión legal del denominado cohecho impropio en los arts. 425 y 426 CP<sup>61</sup>.

La naturaleza lícita, injusta o delictiva de la actuación del funcionario que, junto con la entrega de la dádiva, forma el objeto del acuerdo alcanzado por las partes —o que alguna de ellas pretendía alcanzar— debe determinarse atendiendo a la regulación que el Ordenamiento jurídico ha realizado de esa actuación considerada en sí misma<sup>62</sup>. Por lo tanto, deberá determinarse haciendo abstracción de la existencia de aquel acuerdo. El desvalor de la conducta vinculado a la oferta, solicitud, entrega o recepción de la dádiva no se extiende a la calificación de la conducta del funcionario<sup>63</sup>. Es la propia relevancia penal del acuerdo o del intento de alcanzarlo lo que puede depender del carácter lícito o injusto de la actuación del funcionario que es objeto del mismo.

En relación con la determinación de la injusticia o ilicitud de aquella actuación del funcionario, la doctrina suele hacer referencia a la distinción entre los supuestos en los que se trata de una actuación discrecional y aquellos en los que se trata de una actuación reglada<sup>64</sup>. El hecho de que la actividad discrecional suponga la existencia de un margen de valoración por parte del funcionario que permite considerar lícitas actuaciones con un contenido diverso ha llevado al legislador alemán a reforzar la protección del bien jurídico extendiendo la aplicación del § 332 StGB, que regula el cohecho pasivo propio, a los supuestos en los que el funcionario realiza una actividad discrecional y se muestra dispuesto a dejarse influenciar por la existencia de la dádiva. Sin embargo, la ausencia de una previsión como ésta en nuestra legislación y la exigencia de realizar una interpretación sistemáticamente coherente de la regulación del cohecho que ha realizado el legislador español nos llevan a considerar que siempre es lícita la actuación del funcionario que se mantiene dentro del margen que permite su carác-

---

<sup>61</sup> Vid. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 207-208 y nota 305; OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., p. 285; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 332 n. m. 5.

<sup>62</sup> Cfr. VALEIJE ÁLVAREZ, *El tratamiento penal...*, cit., pp. 207 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 211 y ss.

<sup>63</sup> Cfr. RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 332 n. m. 5.

<sup>64</sup> Vid. OLAIZOLA NOGALES, *El delito de cohecho*, cit., pp. 280 y ss.; RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 215 y ss. En la doctrina alemana, vid. CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 332 ns. ms 7-12; RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 332, ns. ms. 7 y 8.

ter discrecional<sup>65</sup>. La distinción entre la modalidad básica del cohecho —representada por el cohecho impropio— y la modalidad agravada —representada por el cohecho propio— dependerá, en definitiva, de si la lesividad de la conducta considerada en su conjunto se agota en la afectación que supone para la Administración y las condiciones de su existencia la presencia de la solicitud, oferta, entrega o aceptación de una dádiva o, además, esa lesividad se intensifica como consecuencia del desvalor de la actuación del funcionario para la que se ofrece, solicita o entrega la dádiva cuando se trata de una actuación de carácter ilícito o delictivo.

Lo anterior no se opone al reconocimiento de la mayor lesividad de aquellas conductas en las que la oferta, solicitud, entrega o recepción de la dádiva se vincula a una actuación discrecional del funcionario. A pesar de que la discrecionalidad de la actuación del funcionario no le permite realizar un ejercicio arbitrario de sus facultades, ni excluye el que la posibilidad de considerarla lícita venga limitada por los criterios objetivos en los que debe apoyarse aquella actuación, el margen de valoración que subsiste en relación con la fijación de su contenido permite entender que estos supuestos presentan una lesividad especialmente significativa. En la legislación española, esto justificaría el que en estos casos deba entenderse aplicable la modalidad del cohecho impropio prevista en el art. 425, mientras que la modalidad prevista en el art. 426 quedaría reservada para los supuestos en los que la dádiva se vincula a una actuación del funcionario lícita y de carácter reglado<sup>66</sup>.

Se consigue así una graduación de las distintas modalidades del delito de cohecho en la que se parte del desvalor de toda oferta, solicitud, entrega o aceptación de una dádiva o presente que se vincula a una actuación del funcionario, cuya regulación no ha previsto la existencia de contraprestaciones por parte de quienes tienen un interés directo en su existencia o en su contenido. Sobre la base de la concurrencia de estas circunstancias, el desvalor del acuerdo inherente a la oferta, solicitud, entrega o aceptación de la dádiva aumentaría en función de la naturaleza delictiva, injusta, lícita pero discrecional, o lícita y de carácter reglado de la actuación del funcionario con la que aquélla se vincula.

---

<sup>65</sup> Sobre esta cuestión *cf.* RUDOLPHI, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, cit., § 332 n. m. 8; CRAMER, en SCHÖNCKE/SCHRÖDER/CRAMER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., § 332 n. m.

<sup>66</sup> Acerca de los criterios propuestos por la doctrina española para delimitar las modalidades de cohecho previstas en los arts. 425 y 426 CP, *vid.*, por todos, CASTRO MORENO, AP, 2002, pp. 19 y ss.

## IV

**22.** Debemos volver a nuestro punto de partida: la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2001. Prescindiendo aquí de la opinión crítica que merece la consideración de la actuación de Luis como coautor, los hechos probados permiten entender que la actuación de Agustín consistente en entregar a Rafael un total de doscientas mil pesetas para que recetara los medicamentos comercializados por el laboratorio del que era representante es constitutiva de un delito de cohecho<sup>67</sup>. Esta conclusión no se opone a la necesidad de realizar una interpretación restrictiva de la referencia legal a las dádivas o presentes sobre la base de la eficacia del principio de insignificancia y del criterio de la adecuación social, armonizando así la regulación general de aquel delito con la regulación sectorial relativa a la promoción de medicamentos. A pesar de que no se trata de una cantidad muy importante, su entrega se opone de manera significativa a la consideración de la Administración como institución que sirve con imparcialidad a los intereses generales, y repercute negativamente en las condiciones de su existencia como tal. No ocurriría lo mismo si la entrega de aquella cantidad supusiera la remuneración de una actividad perfectamente lícita, y a la que la legislación del medicamento otorga especial importancia, como es la realización de estudios de farmacovigilancia. Por otra parte, el desvalor que presenta la entrega de aquella cantidad de dinero desde el punto de vista del bien jurídico protegido en el delito de cohecho podría quedar justificado en el caso de que se hubiera destinado al abono de los gastos ocasionados por la asistencia a congresos médicos. Pero los hechos probados en la sentencia que comentamos no se ajustan a ninguna de estas dos hipótesis.

**23.** Más discutible me parece la decisión del Tribunal Supremo de calificar los hechos como un supuesto de cohecho activo relacionado con el cohecho pasivo propio previsto en el art. 386 del Código anterior —cuyo contenido, en lo que aquí interesa, coincide prácticamente con el del art. 420 del Código vigente—, con la argumentación de que la influencia de las dádivas predetermina el contenido de la prescripción médica y excluye la posibilidad de entender que aquélla se ajusta al uso racional de los medicamentos que persigue la legislación sanitaria. Esta argumentación no es la que esgrime el Alto Tribunal para

---

<sup>67</sup> Igual que la sentencia que comentamos, hacemos aquí abstracción de la falsificación de recetas y entendemos que este extremo de los hechos probados representa un exceso de la actuación de Agustín que no afecta a la calificación de la conducta de Luis.

considerar que algunas de las recetas son constitutivas de un delito de falsedad. Esta calificación se basa en que la prescripción que figura en ellas no responde a la existencia de pacientes que deban consumir los medicamentos allí prescritos, de modo que aquí se parte de las circunstancias *objetivas* en las que se enmarca la expedición de la receta. También para la calificación jurídica de las recetas cuyos destinatarios sí se visitaron por el médico debería prescindirse de las dádivas ofrecidas y entregadas. También aquí lo decisivo es el contexto objetivo en el que Luis pretendía que se realizara la prescripción de los medicamentos de los laboratorios de los que era representante y en el que éstos se prescribieron, concretamente, las dolencias que presentaban los pacientes, los medicamentos existentes para su tratamiento y las características de éstos relevantes para valorar si su prescripción responde a un uso racional de los medicamentos: eficacia, seguridad, coste, duración del tratamiento, efectos secundarios, etc.... La posible existencia de una diversidad de factores objetivos que deban ser tenidos en cuenta al realizar la prescripción de un medicamento comporta que deba admitirse la posibilidad de que se trate de una decisión discrecional. Esto supone aceptar la existencia de una pluralidad de decisiones con un contenido diverso pero igualmente lícitas. Ante esta situación, la previsión legal del cohecho trata de garantizar la imparcialidad y que la decisión que se adopte se ajuste al interés general cuando es un funcionario quien debe adoptarla. Pero sólo cabrá entender que es esa imparcialidad de la Administración, su consideración como institución al servicio de los intereses generales y los presupuestos de su existencia como tal lo que se verá afectado en aquellos supuestos en los que la actuación del funcionario a la que se vincula la entrega de la dádiva se mantiene dentro del marco de discrecionalidad determinado por una pluralidad de factores objetivos efectivamente concurrentes y que aquél debe valorar al determinar el contenido de su actuación. Aquella conducta que cabría considerar perfectamente lícita si se hace abstracción de su vinculación a la oferta, solicitud, entrega o recepción de una dádiva no puede pasar a ser ilícita por la sola existencia de ese vínculo.

Es cierto que ni la naturaleza discrecional de la actuación de un funcionario ni los límites del ejercicio lícito de la discrecionalidad pueden determinarse de forma abstracta y prescindiendo del contexto objetivo en el que aquella actuación se enmarca. La discrecionalidad de la actuación del funcionario y su licitud presuponen la concurrencia efectiva de las circunstancias objetivas que dan lugar a la existencia de una pluralidad de alternativas respecto de las cuales cabe afirmar que la decisión a favor de cualquiera de ellas sirve en igual medida al interés general que debe presidir la actuación del funcionario y determina los



límites de la licitud de su actuación discrecional. Pero esto no representa un obstáculo para entender que la existencia de una solicitud, oferta, entrega o recepción de una dádiva no altera la existencia del contexto objetivo que determina la naturaleza discrecional de la actuación del funcionario y los límites de la licitud de su ejercicio. Si se da el contexto objetivo que determina la naturaleza discrecional de la actuación del funcionario y el contenido de ésta se mantiene dentro de los límites de su ejercicio lícito, la trascendencia de la existencia de la solicitud, oferta, entrega o recepción de una dádiva vinculada a aquella actuación del funcionario se reduce al hecho de permitir afirmar la concurrencia de un delito de cohecho impropio.

En relación con el supuesto del que se ocupó la sentencia que comentamos, no cabe entender que la prohibición del ofrecimiento de incentivos comporta, por sí misma, que sea incorrecta la prescripción que realiza quien los recibe. La única consecuencia que cabe extraer de aquella prohibición es que considera la existencia de incentivos como un elemento extraño en relación con los criterios a los que debe ajustarse la prescripción de medicamentos y que, como tal, encierra el riesgo de que éstos queden marginados.

Todas estas consideraciones nos llevan a discrepar de la argumentación con la que el Tribunal Supremo fundamenta la existencia del cohecho previsto en el art. 420 del Código penal vigente en relación con la actuación del representante de los laboratorios. La afirmación del carácter injusto de la prescripción de los medicamentos en la que se basa esta calificación sólo puede compartirse si, atendiendo al contexto objetivo en el que se enmarca o —suponiendo que fuera distinto— al contexto objetivo en el que Luis pretendía situarla, se niega el carácter discrecional de aquella actuación o se afirma que se han superado los límites de su ejercicio legítimo, en definitiva, si se acredita la existencia de otros medicamentos cuyas propiedades llevan a considerar que, en relación con los pacientes de Rafael, la prescripción del medicamento que comercializaban los laboratorios Kendall no se ajusta a los criterios de racionalidad en el uso de los medicamentos. La concurrencia efectiva de una situación como ésta es perfectamente imaginable en el caso del que se ocupó la sentencia que comentamos, pero no quedó acreditada en los hechos probados. Allí no se afirma que Luis propusiera a Agustín que el ofrecimiento de las dádivas se vinculara a la prescripción arbitraria de los medicamentos. Ni el contenido de los hechos probados permite conocer si la prescripción de los medicamentos realizada por Rafael era una actividad discrecional, como tampoco permite conocer si, en el caso de ser así, la prescripción del medicamento de los laboratorios Kendall a los pacientes que aquél visitó

puede situarse dentro de los límites del ejercicio discrecional de la prescripción de medicamentos. Esto dependerá de la existencia de medicamentos alternativos y de las características de tales medicamentos. Con arreglo a los hechos probados y al criterio que aquí se propone para valorar la naturaleza de la actuación del funcionario a la que se vincula la entrega de la dádiva, la actuación de Luis sólo puede entenderse relacionada con una conducta de cohecho pasivo impropio. Concretamente, de acuerdo con la delimitación propuesta de los arts. 425 y 426 CP, deberá entenderse relacionada con el cohecho pasivo previsto en el art. 425. Por lo tanto, su relevancia *penal* dependerá, por una parte, de la opinión que se mantenga en relación con el ámbito del cohecho activo previsto en el art. 423 y, concretamente, de si se entiende que la referencia legal a la corrupción del funcionario alcanza a las modalidades de cohecho pasivo impropio<sup>68</sup>. Por otra parte, dependerá de si la conducta de Luis se califica como una conducta de coautoría o de participación en el cohecho de Agustín. Y, finalmente, dependerá de cómo se entienda la relación existente entre el cohecho propio y el impropio. De acuerdo con todo lo dicho más arriba sobre estas dos últimas cuestiones, aquí nos inclinamos por considerar que la conducta de Luis debió calificarse como una conducta de inducción a un delito de cohecho activo en relación con la modalidad de cohecho pasivo impropio prevista en el art. 425.

---

<sup>68</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, con distintas opiniones, RODRÍGUEZ PUERTA, *El delito de cohecho...*, cit., pp. 287 y ss.; ORTS BERENGUER/VALEIJE ÁLVAREZ, en VIVES ANTÓN (coord.), *Comentarios al Código Penal de 1995*, cit., vol. II, p. 1830; MORILLAS CUEVA, en COBO DEL ROSAL (dir.), *Compendio...*, cit., pp. 814; DÍAZ Y GARCÍA CONLEDO, en ASÚA BATARRITA (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, cit., pp. 167-168; FELJÓO SANCHEZ, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.) y JORGE BARREIRO (coord.), *Comentarios...*, cit., pp. 1135 y 1140. Por su parte, la jurisprudencia entiende que el 423 abarca también los supuestos de cohecho impropio, *vid.* SSTS 13-1-99, 16-12-98, 7-11-97 (FD 223).