

José Ignacio ESQUIVIAS JARAMILLO

Fiscal

• ENUNCIADO:

El directivo principal de una empresa de laboratorios de productos farmacéuticos llamada Soltist, S.A., con domicilio social en Tarahota, diseñó un plan de incentivación para la producción de varios medicamentos, especialmente destinados a la cura de enfermedades del riñón. Se trataba de incentivar, con entrega de dinero y otros beneficios en especie, la prescripción por receta médica de la Seguridad Social, de los medicamentos determinados por los laboratorios, aumentando así los beneficios empresariales, al socaire de un aparente seguimiento farmacológico del producto. Dirigió órdenes precisas a otros representantes (dependientes de él) en otras ciudades, quienes se ponían en contacto con médicos particulares y médicos de la Seguridad Social en ambulatorios. De esta forma, convenientemente informados por ellos, éstos (los médicos) procedieron a dispensar indiscriminadamente los medicamentos a los enfermos del riñón, cumplimentando las recetas al efecto. En algunos casos, los representantes también las rellenaban y las presentaban directamente en las farmacias. Se utilizaron nombres de pacientes de los médicos, ya jubilados, que como titulares de las cartillas de la Seguridad Social, y al margen de las enfermedades que pudieran o no tener, relacionadas o no con la enfermedad que se les suponía, podían figurar como destinatarios del medicamento en la receta, y que, en realidad, no habían sido vistos por los facultativos previamente. Por este procedimiento se cumplimentaron 302 recetas y se produjo un gasto contable para la Seguridad Social de 2.333.444 ptas. (14.024, 28 euros).

• CUESTIONES PLANTEADAS:

1. Requisitos del delito de cohecho cometido y diferencias entre el acto del médico de la Seguridad Social y el médico particular. La consumación del delito.
2. Problemas de coautoría.
3. Las falsedades documentales de los médicos y representantes. Falsedad ideológica.

• SOLUCIÓN:

1. Partimos de las palabras claves del artículo 420 del Código Penal (CP) que regula el cohecho por la autoridad o funcionario público: «solicite» o «reciba», «dádiva» o «promesa» y «acto injusto». Quedémonos con estas tres expresiones que nos ayudarán a comprender el caso. Se observa que

el funcionario público (es decir el médico de la Seguridad Social) y no el médico particular (para el cual hay otras precisiones distintas al margen del cohecho que evidentemente no cometería) no ha solicitado sino que se le ha ofrecido y ha aceptado premios en especie o cantidades en dinero recibidos. Distinguimos pues entre pedir o recibir. Lo distingue así el tipo penal del artículo 420. En cualquier caso lo percibido es un incentivo. E incentivar (como así viene contemplando en la jurisprudencia del TS) es sobornar y no simplemente procurar el aumento lícito de la productividad de una empresa. La razón de ello radica en que todo médico que se deje sobornar o incentivar sabe que no puede ni debe aceptarlo, porque la Ley del medicamento 25/1990, de 20 de diciembre, prohíbe en el artículo 7.º 2.º el ofrecimiento directo o indirecto de incentivos, premios, obsequios por quien tiene relación con la cadena de producción, a los médicos sanitarios. «Algo conocido por los representantes de los laboratorios y que no pueden ignorar utilizando como argumento que todo incentivo o premio entregado obedece a una campaña de seguimiento normal del producto, pues bajo tal pretexto se pretende potenciar la fabricación mediante la dispensación indiscriminada del medicamento, con prioridad del mismo respecto de otros, igualmente válidos». Lo que evidencia el acto injusto y contrario al tipo penal del artículo indicado (el 420), por actuar en contra de la legalidad, independientemente de lo inocuo y del carácter terapéutico del medicamento.

Por lo dicho, no hay duda de la comisión de un delito de cohecho, tanto en los representantes que ofrecen (art. 423: porque con las dádivas o promesas corrompen a los funcionarios públicos que prescriben las recetas de la Seguridad Social con los medicamentos de los laboratorios que fabrican) como en los médicos. Ahora bien, conviene distinguir entre médicos de la Seguridad Social y los particulares que en sus despachos o clínicas particulares dispensan en sus impresos particulares los medicamentos de referencia. En el caso práctico se ha hecho esa diferenciación con el fin de argumentar por qué estos últimos serían excluidos del delito de cohecho. Aunque parece obvio, debido a la redacción del precepto penal, pues el artículo 420 dice expresamente «la autoridad o funcionario público», y el médico que interviene en consulta privada no tiene esa condición, lo que pretende el caso práctico es ilustrar sobre el contenido de los artículos 16 y 108 de la Ley del medicamento, que limita la responsabilidad penal a los funcionarios públicos, «es decir, a los profesionales sanitarios integrados en el servicio de salud de la Seguridad Social», eludiendo la responsabilidad de los particulares, puramente de tipo administrativa. No obstante la connivencia de éstos con los representantes en la confección de las recetas, al proporcionar nombres de pacientes, redactados y presentados en las farmacias sí les hará copartícipes en la estafa (que luego veremos) a la Seguridad Social. Téngase en cuenta que el tipo penal también ampara los principios de objetividad e imparcialidad que deben presidir todo comportamiento del funcionario en el desempeño de sus funciones.

Otro detalle del caso está en determinar cuándo se produce la consumación del delito. Los representantes condenados por el cohecho, consuman el delito por la simple «solicitud» o «el ofrecimiento», al margen de que obtengan el obsequio o la aceptación de la dádiva los médicos. Es decir, el delito, en su condición unilateral (de quien ofrece o recibe), admite la consumación en el presente caso, independizándose el origen (representante) del destinatario (el médico); cómo se independiza éste de otros posibles médicos corrompidos y no condenados por falta de pruebas en la cadena delictiva de un posible delito continuado de cohecho. Y así, el representante será condenado por el hecho de corromper con dádivas o promesas, aun cuando no se produzca el acto que se pretende, sea o no delictivo (419 ó 420).

2. Admitamos la condena del directivo principal como autor de un delito de cohecho del 423 en relación con el 420. Admitamos que se aplica el 420 porque el acto de prescripción por los médicos de la Seguridad Social no es delictivo aunque sí injusto. Admitamos la condena de los dependientes por estafa y falsedad en concurso medial, al rellenar las recetas en algunos casos y presentarlas en las farmacias. Asumimos (es lo coherente) cómo la responsabilidad penal de los médicos abarcará el cohecho y la falsedad (cumplimentan el documento oficial) y la estafa (pues la receta es el soporte que provoca el desplazamiento patrimonial y el gasto de la Seguridad en el importe indicado en el caso), consecuencia del incentivo económico recibido. Y llegados a este extremo, hagamos o no copartícipe al directivo de la empresa de las falsedades y estafas producidas, evidentemente con carácter de delitos continuados.

En otros casos prácticos y en comentarios a sentencias en la revista CEFLEGAL, se han tratado estos temas. Baste con decir lo siguiente: el artículo 28 del CP, al utilizar la expresión «realización conjunta del hecho» reclama de cada sujeto interviniente una aportación activa, objetiva, causal, en cualquier forma adecuada al hecho. También se dice que debe existir un dominio funcional del hecho, objetivo del mismo; que si bien uno no ejecuta los actos materiales otro los realiza bajo la dirección de un tercero, verdadero director de la acción por dominio funcional del hecho. Quiere decirse: toda coparticipación por realización conjunta no implica necesariamente la intervención material en la entrega del obsequio, ni el ofrecimiento de la dádiva o promesa, ni como es lógico la presencia física del oferente con el médico sobornado. Lo trascendente es la acumulación de actividades intelectivas que confirmen el «dominio funcional del hecho». Por lo cual, no sería extralimitada una condena por estafa o falsedad del directivo, si se demostrase el consentimiento de tales conductas o las órdenes en tal sentido por el directivo a los empleados-dependientes que las ejecutan. La extralimitación en sus funciones excluiría evidentemente esa coparticipación, proporcionando la responsabilidad del directivo exclusivamente por el delito de cohecho.

3. Queda dicho más arriba la existencia de un delito de falsedad (continuado) en la expedición de las recetas por los facultativos o representantes del laboratorio, utilizando el nombre de los pensionistas, reflejados en los archivos médicos, por suponer la simulación de la intervención de unas personas inexistentes en la realidad (arts. 390.3.º y 392). Si bien la estafa no ofrece dudas, la sombra de una mera e irrelevante constatación de datos en las recetas por la vía de la inane falsedad ideológica en el presente caso, obliga a detenernos en su estudio y consideración. Es decir, se podría argumentar una mutación de la verdad intrascendente en las recetas, que dotaría de irrelevante, asimismo la redacción de la misma a efectos penales. Nada más lejos de la realidad, ya se ha comentado que la receta supone el elemento necesario para el desplazamiento patrimonial. El Estado paga por la receta y es engañado por ella. Si no existe la receta no se produce el desplazamiento patrimonial y, en consecuencia, el beneficio económico del laboratorio. El Estado resulta engañado por el contenido de la receta, suscrita por el médico y confeccionada por el empleado-dependiente, también. Ambos son coautores, pues se reparten las funciones y contribuyen de modo relevante al documento falso y a la estafa consecuente.

Téngase en cuenta para concluir que la razón de ser del delito de falsedad en documento oficial de médico como funcionario público es clara pues se trata de una falsedad ideológica del artículo 390.3.º. La falsedad afecta al lícito tráfico jurídico y además engaña al Estado, a quien se confunde con la fe que se le supone a la receta. Es por tanto instrumental, pues la receta falsificada es el medio necesario para la estafa. Desde la perspectiva de un médico particular, la confección del documento-receta por él también le haría autor del delito del artículo 390, pues la fal-

edad ideológica abarca a los particulares (empleado del laboratorio y médico particular) por el artículo 392, en los tres primeros supuestos del 390, y la suposición de personas enfermas integra el número tres de este artículo. No sólo es ideológica la prescripción del número 4 del artículo 390.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **SSTS de 11 de noviembre de 1977, de 13 de julio de 1992, 18 de enero de 1993, Sentencia del Caso Filesa número 1 de 1997, de 16 de mayo y 18 de noviembre de 1998, 19 de diciembre de 2000, de 23 de febrero, 20 y 28 de marzo y 8 de mayo de 2001.**