

Sala I, causa n° 48012

“Rabinovich, Daniel Leonardo y otros s/ procesamiento”

Juzgado N° 5 – Secretaría N° 9

Expte. 5.924/07/11.

Reg. N° 853

///nos Aires, 31 de julio de 2013.

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

I.

Llegan las presentes actuaciones a conocimiento y decisión de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por las defensas de Estrella Mirta Assem, Adrián Jorge Quintela, Roberto Gegenschatz y Daniel Leonardo Rabinovich contra los puntos IV, V, II y I, respectivamente, de la resolución obrante en copias a fs. 1/54 del incidente por cuanto decretó el procesamiento de los nombrados en orden a los delitos previstos en los artículos 201 -en función del art. 200- y 296 -en función del art. 292, primer párrafo- del Código Penal.

II.

La causa reconoce su inicio el día 1° de septiembre de 2004, a raíz de la denuncia efectuada por María Fiorito (Apoderada de la Droguería Meta S.A.), quien dijo que en el mes de agosto del año 2004 la empresa vendió 8 unidades del medicamento “Tobi”, lote 02K4A, a un grupo de personas que se hicieron pasar por colaboradores de un diputado nacional. Refirió que al momento de la transacción los individuos aportaron cheques contra la entrega del producto -supuestamente librados por el PAMI- que resultaron ser falsos (ver fs. 10/12, 13, 8, 18, 28/29, 37/38, 39/40 y 62).

La investigación permitió dilucidar que las unidades del medicamento “Tobi” indicadas en la denuncia habían ingresado al país a través del Laboratorio Teva-Tuteur, única empresa autorizada para importarlo. Las unidades del lote fueron adquiridas por la Droguería Meta S.A. (cliente de Teva-Tuteur) y posteriormente enajenadas a favor de los individuos que concertaron el fraude.

Luego de ello, pudo establecerse que la Droguería Quimbel S.A. (Química Belgrano Sociedad Anónima) ofrecía el medicamento mencionado a un precio inferior al de salida del laboratorio importador, sin perjuicio de que su detentación no se correspondía con la trazabilidad del lote ingresado al país.

Se acreditó que el remedio fue introducido en la contabilidad de la empresa a través del empleo de facturas y remitos falsos librados por el inexistente “Laboratorio Sbrancia y Costa”, de manera coincidente con lo dilucidado en la causa nro. 3.529/06 (jurídicamente acumulada a la presente), donde se investiga la comercialización de ampollas de Yectafer Hierro 5% falso.

III.

Se atribuye a los recurrentes “...haber participado en la comercialización del medicamento Tobi 300 mg. Lote 02K4A Laboratorio Teva-Tuteur, mercadería que habría sido obtenida de manera fraudulenta, la cual de conformidad con los elementos probatorios aunados en autos habría sido adquirida para la empresa Quimbel S.A., operación comercial que habría sido falsamente documentada como proveniente del Laboratorio Sbrancia y Costa S.R.L... surgiendo la inexistencia de Sbrancia y Costa de la causa N° 3.529/2006, habiendo sido determinado que la adquisición de dichos medicamentos habría sido abonada con los cheques N° 36090139 del Banco de Galicia (cta. cte. N° 786/5 y 234/0 a nombre de Quimbel S.A.) y cheque N° 30928861 del Bank Boston (cta. cte. 0541/0200281016 también a nombre de Quimbel S.A.), de fechas 21 y 30 de septiembre de 2004, por la suma de doce mil trescientos pesos (\$12.300) y doce mil quinientos pesos (\$12.500) respectivamente, resultando que el primero de los cheques mencionados habría sido cobrado por el Sr. Alberto Mario Akawie, y el restante por Guillermo Carlos Garecca los cuales habrían sido cobrados por ventanilla, resultando damnificados de dicho accionar la Droguería Meta S.A. y la Farmacia Central de Avellaneda...” (ver fs. 856/865, 868/877, 899/907 y 923/932).

IV.

Las defensas se agraviaron por entender que la calificación legal asignada era incorrecta. Sostuvieron que el medicamento pesquisado era

Poder Judicial de la Nación

original y que no representaba un “peligro para la salud” como prescribe la norma.

Asimismo, explicaron que la intervención que les cupo en la comercialización de la sustancia medicinal había sido realizada de buena fe, pues desconocían que el producto hubiera sido adquirido mediante fraude.

V.

Nulidad

La asistencia de Roberto Gegenschatz, por su parte, argumentó que el auto en crisis violaba el precepto estipulado por el artículo 123 del C.P.P.N.

En tal sentido, el agravio que surge de la presentación realizada ante este Tribunal, más que por falta de fundamentación, se encuentra objetado por orfandad probatoria, lo cual, como bien lo señala el Ministerio Público Fiscal, podrá eventualmente ser reparado por la vía de apelación a la que paralelamente se ha acudido (ver fs. 119/120 del incidente).

VI.

Prescripción

La defensa de Rabinovich planteó la prescripción de la acción penal.

No obstante que el Tribunal -en principio- no advierte que haya operado la causal de extinción de la acción alegada por el recurrente, toda vez que la excepción fue formulada recién al momento de interponer el recurso de apelación, estimamos que no corresponde que la Sala se expida a fin de no privar de instancia a las partes. Ello, claro está, sin perjuicio de que la impugnación sea eventualmente replanteada por los apelantes en el estado que antecede (ver, en sentido similar, causa nro. 48.076 “González, Abel David s/ procesamiento”, reg. 717, del 27/06/13).

VII.

Calificación legal

El magistrado encuadró los hechos objeto de investigación en los artículos 201 -en función del artículo 200- y 296 -en función del art. 292- del Código Penal.

Hizo un análisis de la modificación del Título VII, Capítulo IV, del Código de fondo, establecida a través de la ley 26.524, y de allí extrajo que la anterior redacción de los artículos 200 y 201 era la más benigna y la que correspondía asignar al conflicto.

Al margen de ello, la aplicación de esa figura penal (tanto en virtud de la antigua redacción como de la actual) requiere que la “sustancia medicinal” comercializada sea “peligrosa para la salud” y que el carácter nocivo del producto haya sido de algún modo “disimulado” por el autor.

Según surge de las constancias del caso, el medicamento denominado “Tobi” que Quimbel S.A. en efecto comercializó era original (ver fs. 48). El producto fue reconocido por el laboratorio importador como uno perteneciente al lote 02K4A con todos los signos de autenticidad correspondientes. Además, no se ha incorporado a la causa elemento de juicio alguno que permita inferir que el remedio se haya tornado peligroso para la salud a causa del incumplimiento de sus normas de conservación u otro tipo de suceso que pudieran haber alterado su composición.

En consecuencia, y atendiendo a que tampoco se realizó un peritaje oportuno para determinar la existencia de un eventual riesgo para los consumidores, la conducta de los imputados no puede ser encuadrada en esa norma penal (ver causa nro. 46.819 “Morán, Carlos Rubén y otros s/procesamiento”, reg. 1574 del 27/12/12).

Sin embargo, lo que sí encuentra asidero probatorio en el sumario es que las autoridades de Quimbel, con la colaboración de Scattolini y Quintela, comercializaron un producto que había sido previamente adquirido mediante fraude.

Así, y sin perjuicio de que la identidad de los autores de la maniobra defraudatoria no haya sido -de momento- determinada, de los distintos elementos probatorios agregados al expediente se desprende, con el grado de convicción requerido en esta etapa del proceso, que los inculos desplegaron la conducta penalmente reprimida por el artículo 277, inciso 1° c, del Código Penal, agravada por haber actuado con ánimo de lucro (art. 277, inciso 3° b, del C.P.).

El actual artículo 277, inciso 1° c (que mantiene la redacción dada por la ley 25.246) prohíbe la conducta del que: “adquiriere, recibiere u

ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.” Por otra parte, el fin de lucro, que en el texto anterior constituía un requisito subjetivo de la receptación, quedó comprendido en la agravante genérica del artículo 277, inciso 3 b.

En cuanto a las generalidades del tipo de encubrimiento, la doctrina sostiene que se trata de “un delito independiente, pero que requiere como presupuesto una acción delictiva previa, en la cual el autor no haya participado de ninguna manera, o como ha dicho González Roura, es una ayuda a los delincuentes por actos posteriores a su delito, sin previo acuerdo con ellos y con intención de sustraerlos a la administración de justicia” (Edgardo Alberto Donna, “Derecho Penal Parte Especial”, Tomo III, pag. 463).

En cuanto al delito antecedente, Soler enseña que resulta indiferente para la configuración del tipo de encubrimiento la absolución o condena del sospechoso; su autor aún podría ser castigado -incluso existiendo causas de justificación o inculpabilidad- atendiendo a que la exigencia legal se circunscribe a la tipicidad del hecho previo (Soler, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tea, 1988, Tomo V, pag. 328). Nuñez, por su parte, indica que sólo es preciso que al momento de la acción constitutiva del delito de encubrimiento esté expedita la acción penal respecto del hecho antinormativo precedente (Nuñez, Manual Derecho Penal Parte Especial, Tomo VII, pág. 175 y 176).

Sentadas estas consideraciones cabe señalar que el tipo base en principio aplicable a la conducta de los imputados se agravará por haber sido cometido con ánimo de lucro, atendiendo a que los nombrados adquirieron el medicamento a un menor precio para luego revenderlo a un costo mayor.

En este sentido, la doctrina es conteste al interpretar que el verbo “adquirir” implica la obtención de una cosa con la voluntad de someterla al ejercicio de un derecho real. La validez del acto que comprende la causa jurídica de la adquisición resulta irrelevante a los efectos del encuadre típico. El ánimo de lucro, importa una voluntad más compleja que exige la persecución de un beneficio patrimonial apreciable económicamente.

Por ello es preciso, en lo referente a la configuración del tipo subjetivo exigido por la figura agravada, tanto el dolo genérico como el ánimo de lucro.

En esta dirección, “la doctrina ha dicho de manera unánime que se requiere dolo directo por parte del agente. Por lo tanto, el autor debe saber de una manera clara y precisa que el objeto proviene de un delito. No es necesario que el autor conozca cuál es el delito, pero sí es necesario que no tenga dudas del origen de la cosa, de modo que no alcanza que el sujeto sepa que se trata de una operación ventajosa, pero que dude de la proveniencia o del motivo de esa ventaja” (ver causa nro. 45.072 “Arenas, Javier Quispe s/ sobreseimiento”, reg. 486 del 17/05/11 y sus citas).

En el caso que nos ocupa, los agentes emplearon remitos y facturas falsas con la finalidad de disimular el origen ilícito del medicamento enrostrado, de modo tal que la calificación hasta aquí expuesta habrá de concurrir en forma ideal con el delito de uso de documento privado falso (conf. art. 296, en función del art. 292, y 56 del C.P.).

VIII.

Situación procesal de Estrella Mirta Assem

La imputada ocupaba el cargo de Directora Técnica de la Droguería Quimbel cuando ocurrieron los hechos que aquí se investigan.

De acuerdo con lo que surge de la Ley Nacional del Ejercicio de la Farmacia (Ley 17.656), las droguerías que operan en el mercado de los medicamentos deben contar con el asesoramiento de un Director Técnico, cuya función específica recae en la verificación de la procedencia y legitimidad de los brebajes comercializados.

La defensa esgrimida por la encartada se orientó a demostrar que su intervención en los hechos era penalmente irrelevante. Afirmó que su labor en la droguería consistía -únicamente- en examinar el “dispone” de la mercadería adquirida y en función de ello aprobar o no el giro comercial requerido. Según la impugnante, el laboratorio “Sbrancia y Costa” estaba, en lo que a su labor incumbía, autorizado para vender el producto.

Lo primero que debe tenerse en cuenta es que el vendedor de la sustancia, es decir, el supuesto “Laboratorio Sbrancia y Costa”, en realidad no existía. Era imposible, en consecuencia, que dicha institución (en cuyo domicilio se hallaba una mueblería llamada “Sbrancia y Costa”) contara con el “dispone” para vender medicamentos. De los elementos de prueba colectados en el

expediente no se hallan constancias que permitan colegir que la documentación referida por Assem haya existido o que le hubiese sido exhibida una versión falsa de la misma.

En ese contexto, la imputada, cuya función legalmente establecida, insistimos, era la de verificar la “procedencia” y “legitimidad” del medicamento comercializado, mal pudo pasar por alto que la empresa que pretendía venderle la sustancia no era el verdadero laboratorio de origen.

No puede desconocerse además que el vínculo comercial mantenido entre Quimbel y el falso laboratorio “Sbrancia y Costa” durante la gestión de la imputada no se limitó a la adquisición del “Tobi”. Las distintas facturas secuestradas, aunadas a los testimonio de los empleados de la droguería, permiten sostener que “Sbrancia y Costa” era uno de los proveedores más importante de la empresa, sin perjuicio de que su actividad resultara palmariamente antinormativa.

Estas circunstancias, valoradas en conjunto, llevan a concluir, con probabilidad positiva, que la incusa tuvo conocimiento del origen ilícito del medicamento, así como de la falsedad de la vía escogida para ocultar esa procedencia.

Situación procesal de Roberto Gegenschatz y Daniel Leonardo Rabinovich

Los nombrados eran las autoridades máximas de la Droguería Quimbel al momento de los hechos.

A la hora de cuestionar el auto obrante en copias a fs. 1/54 del incidente, ambos imputados sostuvieron que habían sido engañados por sus empleados y que ellos no habían intervenido dolosamente en la adquisición y comercialización del “Tobi”. Relataron que Cernadas se encargaba de todo lo relativo a la compra de sustancias medicinales y que Assem (Directora Técnica de la droguería) se dedicaba a revisar la procedencia y legitimidad de los remedios adquiridos.

En lo que refiere al alegado desconocimiento de los imputados acerca de las maniobras que “a sus espaldas” realizaban los empleados de la empresa, debe decirse que Quimbel tenía una estructura jerárquica piramidal y que eran los acusados quienes adoptaban las decisiones

que afectaban la economía y la vida laboral de la compañía. Reconocieron que tenían una larga trayectoria y un especial conocimiento acerca de la comercialización de sustancias nutricionales y que obtuvieron la habilitación para comerciar medicamentos en la sede de su empresa (ver fs. 856/865 y 868/877).

Quimbel S.A. contaba con un personal que no superaba los 10 trabajadores al momento de los hechos, y eran Rabinovich y/o Gegenschatz los que aprobaban las operaciones traídas a su conocimiento por ese reducido número de empleados. Ellos disponían del patrimonio de la sociedad anónima y compraban la mercadería que ingresaba a su dominio. Cabe agregar que los empleados de la droguería afirmaron que los procesados tomaban las decisiones de importancia dentro de la compañía y que tenían conocimiento, en su calidad de autoridades máximas de la institución, de la totalidad de los giros comerciales que allí se realizaban (ver fs. 943/951).

El intercambio que Quimbel mantenía con el inexistente “Laboratorio Sbrancia y Costa” -en cuyo marco se instrumentó la compra del remedio obtenido a través de fraude-, era notorio y habitual. Resulta inverosímil que los incusos, en el ejercicio de tan importante rol dentro de la compañía, hayan ignorado el origen ilícito del medicamento adquirido en esas condiciones, máxime cuando el precio al que lo ofrecían a la venta era menor al valor umbral establecido por el laboratorio importador (ver fs. 65/66).

Tampoco escapa a la atención del Tribunal que la maniobra que enmarcó la adquisición del medicamento “Tobi” se relaciona, tanto en su faz objetiva como subjetiva, con la compra y venta del remedio “Yectafer” adulterado que se investiga en el marco de la causa nro. 3.529/06/81 -jurídicamente acumulada a la presente- en la que también se les imputó a los apelantes haber participado en el circuito comercial del producto a través de la droguería Quimbel y mediante el uso de facturas falsas del laboratorio “Sbrancia y Costa” (ver causa N°46.728 “Cernadas, Pablo Jorge y otro(s) s/ ampliación de procesamiento”, reg. 813 del 11/07/13).

Así las cosas, los elementos de prueba colectados en el sumario permiten afirmar, con el grado de convencimiento requerido en esta

etapa de proceso, que los impugnantes son responsables por los hechos que se les atribuyen.

Situación procesal de Adrián Jorge Quintela

Se encuentra *prima facie* acreditado que el imputado proveyó, junto a Julián Scattolini, las facturas apócrifas correspondientes al “Laboratorio Sbrancia y Costa” a través del cual se documentó falsamente el ingreso del medicamento “Tobi” al patrimonio de Quimbel S.A.

El incuso reconoció haberle vendido la documentación en cuestión a Pablo Cernadas, es decir, al encargado del sector compras de Quimbel S.A. Esta circunstancia se encuentra corroborada, además, en virtud de los numerosos elementos de prueba colectados en la causa conexas nro. 3529/06, en cuyo marco el incuso fue procesado por haber suministrado los instrumentos infieles a Pablo Cernadas (también correspondientes al Laboratorio Sbrancia y Costa) por cuyo empleo se justificó la compra de medicamentos apócrifos.

También debe decirse que si bien el imputado sostuvo que el “negocio” de la venta de facturas de “Sbrancia y Costa” era controlado por Scattolini -padre-, los elementos de cargo indican que esa persona falleció meses antes de que se produjera el suministro de los documentos que aquí se instruyen.

IX.

Embargo

La impugnación propiciada por la asistencia letrada de Daniel Rabinovich contra el monto del embargo trabado sobre sus bienes no fue formulada a la hora de interponer el escrito de apelación, sino que recién fue introducida al momento de presentar el memorial ante esta Alzada (fs. 101/108). En consecuencia, los suscriptos entienden que la crítica planteada por el recurrente en esos términos deviene extemporánea (conf. artículo 449 y subsiguientes del C.P.P.N.).

X.

Consideración final

Sin perjuicio de que las defensas de Pablo Jorge Cernadas, Víctor Julián Scattolini y Alberto Mario Akawie no interpusieron recurso de apelación contra el auto obrante a fs. 1/54 del incidente, siendo que lo que aquí se resolverá respecto de la calificación legal aplicable a los hechos imputados

resulta ser más favorable para la situación procesal de los nombrados, corresponde hacer extensivos los efectos del presente pronunciamiento (conf. art. 441, primer párrafo, del C.P.P.N.).

En virtud de lo expuesto, el Tribunal **RESUELVE**:

I. RECHAZAR la nulidad introducida por la defensa de Roberto Gegenschatz.

II. CONFIRMAR PARCIALMENTE la decisión de mérito obrante en copias a fs. 1/54 del presente incidente en cuanto decretó el procesamiento de Estrella Mirta Assem, Daniel Leonardo Rabinovich, Roberto Gegenschatz y Adrián Jorge Quintela (puntos I, II, IV y V), **MODIFICANDO** la calificación legal escogida por la prevista en el artículo 277, inc. 1, “c” agravado en función de lo dispuesto por el art. 277, inc. 3, “b” del C.P., en concurso ideal con el artículo 296, en función del artículo 292, primer párrafo, del mismo cuerpo legal.

III. DECLARAR EXTEMPORANEA la impugnación propiciada por la defensa de Daniel Leonardo Rabinovich contra el monto del embargo trabado sobre sus bienes.

IV. HACER EXTENSIVOS los efectos del presente recurso a la situación procesal de Pablo Jorge Cernadas, Víctor Julián Scattolini y Alberto Mario Akawie, y en consecuencia **MODIFICAR** la calificación legal escogida al momento de dictar sus procesamientos por la prevista en el artículo 277, inc. 1, “c” agravado en función de lo dispuesto por el art. 277, inc. 3, “b” del C.P., en concurso ideal con el artículo 296, en función del artículo 292, primer párrafo, del mismo cuerpo legal.

Regístrese, comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de conformidad con lo dispuesto en la acordada 15/13 de la C.S.J.N. y 54/13 de esta Cámara, hágase saber al Ministerio Público Fiscal y devuélvase a primera instancia a fin de que practique las notificaciones de rigor.

Sirva la presente de atenta nota de envío.

Fdo.: Dr. Jorge Ballesterio – Dr. Eduardo Farah – Dr. Eduardo Freiler

Ante mí: Dra. Ivana Quinteros, Secretaria de Cámara