



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

En la ciudad de La Plata, a los 29 días del mes de marzo de dos mil doce, reunidos en Acuerdo, los señores jueces de la Sala II del Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, doctores Fernando Luis María Mancini, Carlos Alberto Mahiques y Jorge Hugo Celesia, para resolver en la causa N° 43.683, caratulada "G., M. C. s/recurso de casación"; practicado el correspondiente sorteo de ley, resultó que en la votación debía observarse el orden siguiente: MAHIQUES - MANCINI.

1°) El Tribunal en lo Criminal N° 7 de Lomas de Zamora condenó, mediante sentencia de fecha del 22 de abril de 2010, a M. C. G. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, seis años de inhabilitación especial para ejercer la profesión, accesorias legales y costas, por resultar autora penalmente responsable del delito de tráfico de medicamentos peligrosos para la salud, en los términos de los artículos 2, 26, 201 y 207 del Código Penal.

2°) Contra dicha resolución interpusieron recurso de casación los defensores particulares de la imputada, doctores José María Orgeira y Adrián Tellas.

3°) El recurso fue concedido por el a quo (fs. 110) y radicada en esta sala (fs. 116). Los defensores fueron debidamente notificados (fs. 120vta).

4°) El fiscal adjunto ante estos estrados, doctor Jorge Armando

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Roldán, presentó informe (fs. 117/119 vta.) abogando, por las cuestiones de hecho y de derecho allí expuestas, el íntegro rechazo del recurso en trato.

5°) Hallándose la causa en estado de dictar sentencia, tras deliberar, y sometido el recurso a consideración del tribunal, se plantearon y votaron, las siguientes cuestiones: primera: ¿es admisible el recurso de casación interpuesto?, segunda: ¿qué decisión corresponde adoptar?

A la primera cuestión, el señor juez doctor Mahiques dijo:

l) El presente recurso es interpuesto en tiempo oportuno contra una sentencia definitiva dictada por un Tribunal en lo Criminal, habiendo manifestado el recurrente los motivos y las normas en que funda su reclamo, por lo que éste cumple con los requisitos formales establecidos por los arts. 450 y 451 del C.P.P.

Asimismo, y por imperio de lo normado por el 454 inc. 1° del mismo digesto de forma, el impugnante se encuentra legitimado para recurrir.

Así entonces, corresponde declarar formalmente admisible el recurso de casación interpuesto (arts. 456 y 465 inc. 2° del C.P.P.), por lo que a esta primera cuestión voto por la afirmativa.

A la primera cuestión el señor juez doctor Mancini dijo:

Adhiero al voto del doctor Mahiques por sus mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada el señor juez doctor Mahiques dijo:



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

I) El Tribunal en lo Criminal N°7 de Lomas de Zamora condenó, mediante sentencia de fecha del 22 de abril de 2010, a M. C. G. a la pena de tres años de prisión de ejecución condicional, seis años de inhabilitación especial para ejercer la profesión, accesorias legales y costas, por resultar autora penalmente responsable del delito de tráfico de medicamentos peligrosos para la salud, en los términos de los artículos 2, 26, 201 y 207 del Código Penal.

II) Contra dicha resolución interpusieron recurso de casación los defensores particulares de la imputada, doctores José María Orgeira y Adrián Tellas.

Se agravieron en primer término de lo que consideraron una errónea interpretación del artículo 201 del Código sustantivo, entendiendo que el tribunal a quo confundió el peligro abstracto provocado por sustancias peligrosas para la salud, con la determinación en forma concreta de la condición de peligrosa para la salud de las sustancias objeto de proceso. En este sentido, señalaron que no se tuvo por debidamente probado que los medicamentos secuestrados en autos, por haber caducado, habían perdido sus efectos o estuvieran adulterados sus componentes de tal modo que quien consumiera estas drogas pudiera eventualmente ver menoscabada su salud.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

Señalaron además que no basta para configurar el tipo que los medicamentos estén vencidos y por ende no surtan los efectos deseados sino que estos deben ser activamente peligrosos, en miras al bien jurídico protegido que se refiere a la salud de todos y no de personas determinadas por circunstancias especiales. Con esta interpretación, postularon la atipicidad de la conducta de su pupila, citando extensa doctrina al respecto.

Sostuvieron por otra parte, que no se configuró la acción típica de poner en venta, en tanto los remedios se encontraban fuera de la vista del consumidor, y por ende no ostensiblemente ofrecidas. Agregaron en este sentido que *almacenar con fines de comercialización*, que sería el tipo que según su criterio corresponde al caso, resulta una figura añadida con la reforma del Código Penal posterior al hecho del proceso, y por aplicación del artículo 2 del mismo cuerpo, se debe estar a la redacción anterior.

Postularon la inidoneidad del medio comisivo, en tanto que las cajas que contenían los medicamentos contaban con la fecha de vencimiento recortada, y tal disimulación no resultaba a su criterio apta para constituir un ardid de entidad suficiente para el tipo penal.

Respecto del dolo de la imputada, señalaron que al no haberse realizado pericias sobre las sustancias debe entenderse que G. actuó con dolo eventual dado que debió considerar la posibilidad de que estas fueran



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

riesgosas para la salud, y esta clase de dolo no es admitida doctrinariamente para la figura del artículo 201.

Explicaron que el escaso volumen de medicamentos vencidos y con la fecha adulterada no podían significar una real vulneración al bien jurídico salud pública.

Se quejaron luego de la inobservancia a los artículos 106, 210 y 373 del código de rito, considerando que la sentencia no fue correctamente fundada, que la prueba fue erróneamente valorada -haciendo especial referencia a las sustancias que no fueron peritadas como a la prueba documental-, que fueron vulneradas la garantía de defensa en juicio y el principio acusatorio, este último por incorporación de prueba no producida en el debate y la valoración de la declaración de la imputada.

Solicitaron la nulidad de todo lo actuado en tanto que la causa tuvo origen en una denuncia anónima, los allanamientos se llevaron a cabo mediante la modalidad excursión de pesca, y la causa estuvo sin juez de garantías asignado por más de un año, situación que provocó perjuicio a la defensa porque hubiera solicitado una pericia.

Finalmente, se refirieron a la ausencia de los elementos secuestrados, y el perjuicio que les produjo no haber podido producir prueba en su momento.



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

III) En primer lugar, los delitos establecidos en el artículo 201 del Código Penal constituyen delitos de peligro abstracto, cuya configuración no requiere la concurrencia de un riesgo concreto corrido por los bienes colectivos o individuales, sino que se abastece con la existencia del mero riesgo potencial. En el caso se encuentra debidamente acreditado que las sustancias secuestradas, que se encontraban puestas a la venta por la imputada, eran potencialmente nocivas para la salud y de ello se deja expresa constancia en la cuestión primera de la sentencia, y se verifica a través de la prueba producida en el debate, a la cual me referiré en el apartado pertinente a tales cuestiones.

La alusión a la nocividad puede operar tanto activa como pasivamente, en tanto que los medicamentos pueden ser perjudiciales e incluso fatales en caso de no proporcionar los efectos esperados. En este sentido, señala Molinario "conviene apuntar que no es necesario que nadie la haya envenenado o adulterado. El carácter nocivo de la mercadería puede provenir de causas que operan naturalmente en el tiempo y de características propias del objeto". [Molinario, Alfredo J. Los delitos. Texto preparado y actualizado por Eduardo Aguirre Obarrio. Ed. TEA, Buenos Aires, 1999, pág. 118].



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

USO OFICIAL - JURISDICCIÓN ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el caso, se trata además de drogas que responden a tratamientos sintomáticos de urgencia, tales como antihistamínicos, antihipertensivos y anticonvulsivos, en los cuales es especialmente grave la acción nociva por pasividad, siendo que la salud de los potenciales consumidores se ve afectada por la inacción de la sustancia suministrada, dado que los síntomas de la patología no cesan mientras que el paciente confía en la producción del efecto evitando ingerir una nueva dosis, pudiendo incluso en casos severos conllevar un desenlace fatal. Tal es el caso del shock anafiláctico, reacción alérgica severa en todo el cuerpo a un químico que se ha convertido en alérgico, que es potencialmente mortal y puede suceder en cualquier momento. La persona debe recibir antihistamínicos para reducir los síntomas, junto con la atención médica inmediata, sin lo cual se puede producir su muerte súbitamente [Schwartz, Lawrence B., "*Systemic Anaphylaxis, Food Allergy and Insect sting allergy*" en *Cecil Medicine*, 23ra edición, SAUNDERS ELSEVIER, 2008].

En el informe producido por la Universidad de La Plata, incorporado por lectura al debate, la profesora adjunta de Ensayo y Valoración de Medicamentos de la División Farmacia de la mentada institución, explicó que "la fecha de vencimiento de un medicamento nos está determinando el fin del período útil del mismo, es decir, a partir de esa fecha no podemos asegurar



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

que ese medicamento mantenga características de pureza, efectividad, potencia e inocuidad", y posteriormente aclara que "la responsabilidad del laboratorio productor llega a asegurar la estabilidad del medicamento hasta el momento de ser usado, para lo cual establece claramente en su envase la fecha de vencimiento, más allá de la cual el medicamento no debe ser administrado bajo ninguna causa".

El dictamen del médico forense, doctor Juan José Brulc, quien refirió que "en el presente caso tales maniobras totalmente incorrectas hacen que no se pueda reconocer fehacientemente a los fármacos que se van inactivando total o parcialmente luego de su vencimiento y/o se desnaturalizan con lo cual pueden aumentar sus impurezas, causar un daño tóxico, se desmejora su calidad y por lo tanto es una adulteración que causan o pueden causar un grave daño a la salud".

En este sentido, congruentemente con la doctrina del Dr. Molinario, es innegable que los medicamentos resultan potencialmente dañosos a la salud por el simple hecho de estar vencidos.

IV) En este mismo andarivel, y en respuesta al siguiente motivo de agravio, recuerdo que el bien jurídico protegido, es decir, la salud de la comunidad como tal, se ve amenazado en tanto que los medicamentos se encontraban a disposición de cualquier potencial consumidor. En contrario a



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

lo postulado por la defensa, la salud de personas determinadas se podría ver efectivamente *lesionada* en el caso que hubiera una cantidad cierta de clientes que adquirieran los remedios, no obstante lo cual, teniendo en cuenta que el tipo penal configura un delito de peligro, comprende la posibilidad en sentido potencial de ocasionar un daño, y radica allí el fundamento de la tutela del bien salud pública.

En cuanto a la adecuación del verbo típico a la práctica realizada por M. C. G., señalo que la acción de poner en venta debe interpretarse como la conducta que lleva a cabo el comerciante en miras a tener disponible la mercadería para el consumidor, independientemente del lugar físico donde se la ubique, que dependerá de los usos y costumbres del rubro comercial. La alusión a la venta está colocada para evitar equívocos en cuanto a mercaderías que no están ostensiblemente ofrecidas, pero que el comerciante tiene para vender a quien lo pida. De esta forma, es ilógico suponer que medicamentos que deben ser expendidos bajo receta puedan estar al alcance de los clientes, sino en estanterías fuera de la vista del público. En estos términos, es aplicable al caso la figura del artículo 201 del Código Penal en su redacción anterior a la reforma de la ley 26.524 del 14 de octubre de 2009.

Siguiendo con la referencia al medio comisivo, subrayo que la



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

responsabilidad de la farmacéutica como directora técnica de este tipo de comercio especializado, para el cual se requiere cumplir una serie de normativas específicas, como la matrícula profesional y la habilitación del local para tal fin, tiene como contrapartida la confianza que deposita el usuario en caso de requerir de urgencia de la pericia de su arte. El consumidor presume que las drogas que le están suministrando están en condiciones y son aptas para la patología que sobrelleva, y aunque podría en algún caso advertir él mismo una alteración en el envase, difícilmente se le pueda exigir que sea él quien deba realizar el trabajo de la responsable de la farmacia, y que en una situación apremiante tenga la carga de revisar el embalaje.

V) Respondiendo al agravio referido al dolo de la imputada, no puede eximirse de responsabilidad a quien tiene a su cargo una empresa de esta especie, bajo la pretensión de haber actuado con dolo eventual, sino que precisamente por ello es que recae sobre ella la inexcusable exigencia de actuar a sabiendas, tanto en el aspecto cognoscitivo como en el volitivo. Por su profesión, sabía o debía saber que las sustancias objeto de proceso son nocivas en los términos que analizamos anteriormente, y obró dolosamente interviniendo los envases primarios y secundarios mediante el borrado de las



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

fechas de vencimiento haciéndolos pasar por puros, exponiendo la salud de la comunidad a un riesgo.

En esta misma línea, tiene dicho el citado Molinario que "es preciso que se conozca la característica nociva de los productos, es decir que tienen la potencialidad de dañar la salud humana, y también es preciso disimularlo, o sea presentar el producto como si no se tratara de un objeto nocivo. En este sentido, la ley impone la obligación de efectuar la pertinente aclaración, puesto tanto se castiga la simple presentación del objeto dentro del marco inocente que siempre presenta, como efectuar maniobras para ocultarlo. Sin embargo, más característico es el caso de disimulación activa. El comerciante, por ejemplo, altera la fecha de vencimiento del artículo en cuestión [Molinario, A., op. cit., pág 119/120].

VI) La queja referida a la cantidad de medicinas peligrosas dispuestas por la imputada resulta inadmisibles en tanto que la infracción de la norma no puede medirse cuantitativamente, menos aun tratándose de un delito de peligro abstracto. Por lo demás, por la cantidad y las cualidades de las sustancias del caso, es evidente que lograron crear un peligro común, y por ende la amenaza al bien jurídico protegido resulta suficiente.

VII) En lo concerniente a las cuestiones probatorias, el a quo tuvo por comprobado legalmente que en fecha no determinada pero al menos desde



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

junio de 2003, M. C. G., de profesión farmacéutica y dueña de la farmacia G. ubicada en Acevedo XXX/XXX de Lomas de Zamora, puso a la venta en su local medicamentos peligrosos para la salud, disimulando su carácter nocivo mediante adulteración consistente en el recorte y/o borrado de sus envases primarios y/o secundarios del número de lote y fecha de vencimiento.

El tribunal de mérito arribó a estas conclusiones cobrando para ello especial relevancia la prueba producida en el debate, entre ellos el testimonio del inspector Wilfred Lorea, la declaración del testigo de actuación y las manifestaciones realizadas por la imputada. Además, completa el plexo probatorio los elementos incorporados por lectura, entre las cuales debemos destacar el acta de procedimiento inicial y los informes periciales de la ANMAT, incluido en el acta de allanamiento, y la Universidad de La Plata, como también el de Juan José Brulc, médico forense.

Así entonces, debo ahora señalar que la determinación de la materialidad ilícita objeto de juzgamiento y su autoría responsable por parte de la encartada G. han encontrado suficiente y racional sustento en la valoración armónica y conjunta del material convictivo que a tales efectos fue relevado por el tribunal a quo, sin que en dicha operación se verifique la presencia de vicio o defecto alguno que importe una vulneración a las reglas de la sana crítica racional, análisis al cual me remito por razones de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

brevedad, no sin antes destacar que su valoración fue llevada a cabo por el sentenciante en el marco de aquellas facultades que le son propias como directa consecuencia de los principios de inmediación y oralidad.

VIII) No resulta entonces arbitrario el pronunciamiento del tribunal de mérito, y esto supone el rechazo de la queja de la defensa relacionada a la falta de los elementos secuestrados en la causa para producir prueba, en primer lugar debido a que por los motivos antes expuestos, la pericia sobre las sustancias no resulta excluyente para sostener la imputación. La peligrosidad de la mercadería fue probada mediante el acta de procedimiento, que concurre como el instrumento público que da fe de la existencia de los compuestos al inicio de las actuaciones, así como por la experticia del médico forense que establece que las medicinas, pasada su fecha de expiración, resultan nocivas para la salud.

Si bien es cierto que los elementos secuestrados debieron permanecer bajo la esfera de custodia de los magistrados sucesivamente actuantes, irregularidad que dio lugar a la investigación por la posible comisión de un delito de acción pública, no resulta determinante para el dictado de un pronunciamiento ajustado a derecho. Por otra parte, la defensa plantea que hubiera solicitado una pericia, pero habiendo tenido oportunidades procesales previas, no surge de la causa que lo hubiera



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

hecho, ni es ostensible el perjuicio que le causa a sus garantías procesales la carencia de esta prueba.

Por lo demás, y en cuanto a los planteos de nulidades esbozados, cabe recordar que en la sistemática del código de rito las nulidades absolutas son las únicas que pueden ser declaradas de oficio por el juez, proceden en cualquier estado y grado del proceso y no pueden sanearse de modo alguno. Revisten carácter excepcional, el cual les viene dado porque la transgresión verificable del acto vulnera garantías constitucionales, particularmente, la de defensa en juicio y el debido proceso.

Por el contrario, las nulidades relativas, esto es aquellas que surgen de la expresa conminación legal prevista en el acto de que se trate ante la ausencia de sus requisitos formales, pueden ser subsanadas manteniendo los efectos del acto dentro del curso normal del proceso.

Las que corresponden a este último grupo deben ser opuestas oportunamente a fin de evitar la caducidad del derecho a plantearlas, estableciendo el código procesal, en lo que aquí interesa, que las producidas en la investigación penal preparatoria deberán articularse durante ésta (art. 205, inciso 1º, del C.P.P. según ley 13.260).

En el sub examine, el recurrente reedita ante esta sede revisora los planteos nulificantes que fueron oportunamente rechazados por el tribunal de



PROVINCIA DE BUENOS AIRES
TRIBUNAL DE CASACIÓN PENAL
SALA II

juicio por las razones que el órgano jurisdiccional expusiera oportunamente y sin haberse introducido nuevos argumentos que permitan conmovir la razonada decisión del tribunal a quo.

IX) Así entonces, habiendo caducado la posibilidad de esgrimir la declaración de nulidad pretendida y no mediando perjuicio concreto alguno, corresponde el rechazo del recurso en el tramo analizado.

En razón de lo expuesto, el recurso planteado resulta improcedente, por lo que a esta cuestión VOTO POR LA NEGATIVA.

A la misma cuestión planteada el señor juez doctor Mancini dijo:

Adhiero al voto del doctor Mahiques por sus mismos fundamentos.

Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, la Sala II de este Tribunal

R E S U E L V E:

I) Rechazar, por improcedente, el recurso de casación interpuesto, con costas (Arts. 448, 449, 530 y 531 del C.P.P.).

Regístrese, notifíquese a la defensa y al representante del Ministerio Público y oportunamente devuélvase a la instancia de origen para el cumplimiento de las notificaciones pendientes.

Fdo: Fernando Luis María Mancini - Carlos Alberto Mahiques

Ante mí: Gonzalo Santillan Iturres

USO OFICIAL - JURISDICCION ADMINISTRACION DE JUSTICIA