

En Madrid, a dieciocho de julio de dos mil once.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las representaciones procesales de Caja de Seguro Social de Panamá y Gabriel y otros, interpusieron sendos recursos de apelación contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de 2.04.2011, que acordó el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

SEGUNDO.- El Juzgado instructor admitió a trámite el recurso de apelación, dio el trámite a las demás partes personadas para alegaciones, y elevó a esta Sección 2ª las actuaciones para su resolución.

En el traslado del recuso, el Ministerio Fiscal y la representación de Ascensión impugnaron el recurso.

TERCERO.- Llegadas las actuaciones se formó rollo, se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. Enrique López López y se señaló para su deliberación.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El presente recurso de apelación tiene como objeto el auto por el que el Juez de Instrucción ha acordado el sobreseimiento provisional de la presente instrucción; para ello la recurrente Caja de Seguro Social de Panamá, sostiene que el sobreseimiento se dictó sin oír a las partes, y ello tras solicitar la práctica de una comisión rogatoria; sostiene que no está acreditada la inocencia de los acusados, sino más bien deben subir el título de diputación. En concreto, se solicita una comisión rogatoria internacional a China, para que desde el país del que fue importada la sustancia venenosa por la empresa Rasfer Internacional, sea facilitada información sobre la transacción comercial. En tal sentido, se sustenta la tesis de que directivos de la empresa española, sabían que la glicerina que se importaba no podía ser utilizada para uso farmacológico; se sostiene en definitiva, que por parte de la directora de Rasfer se sabía que se había importado glicerina TD y no glicerina CP, que es la que se había solicitado.

Por las recurrentes Gabriel y otros, se insiste en que efectivamente se importó de China glicerina TD y no Cp, y se omitieron las más mínimas normas de cuidado y control en la determinación de la mercancía enviada a Panamá. Entiende que estamos ante un delito de imprudencia con infracción de la norma de cuidado; concretamente se ha obviado la obligación de efectuar el adecuado control de calidad, y así se alega una declaración de conocimiento de la Agencia Española del Medicamento en el que se recuerda la normativa en vigor y en concreto que los agentes intermediarios, mayoristas, distribuidores, etc., en la que se prevé que se dispondrá de la trazabilidad completa de las sustancias activas o intermedias que distribuyan, y en concreto que se deberán tener todos los certificados de análisis originales incluyendo los del fabricante internacional; se alega que Rasfer sabía que la glicerina iba destinada a consumo humano y no realizó el control de trazabilidad. Además también se aduce que no hubo un adecuado control

administrativo por parte de la Administración española en la actividad de importación y exportación de un producto dedicado a la farmacopea. En último lugar, y de forma breve se desvincula de la actuación penal en España la de la distribuidora Panameña Grupo Medicom.

La imputada Ascensión impugna el recurso poniendo de manifiesto que Rasfer Internacional recibió un pedido de 9000 litros de glicerina de la panameña Comercial Medicom, y la compró a un fabricante de la República Popular China, la cual caducaba el 16 de julio de 2004. Reconoce que Rasfer no analizó la mercancía, y no se le comunicó el uso que el comprador quería dar al producto. La comercial panameña entregó a la Caja de Seguro Social en 2006 glicerina certificando que se trataba de calidad YSP (farmacopea estadounidense) y que caducaba el 17 de julio de 2007; Caja seguro Social de Panamá utilizó la glicerina y otras sustancias, y elaboró un jarabe expectorante sin analizar previamente las sustancias del producto elaborado.

El Ministerio fiscal también impugna el recurso; en primer lugar se contradice a la recurrente en el sentido de que lo que se le pide a Rasfer internacional es Glicerina CP, para uso farmacopea, mientras que el documento 29 (folio 199) consta que la petición que hace la comercial panameña es solo glicerina; en segundo lugar se niega que Rasfer conociera que la glicerina era para consumo humano; que esta empresa solo intermedio en la compra de un producto, y según la agencia española del medicamento no tenía obligación de analizarlo, y solo debía efectuar la traducción del análisis del producto y remitir el certificado original adquirente, eso sí, omitiendo únicamente la identidad del fabricante original de la mercancía; por último se niega que Rasfer haya falsificado la factura introduciendo las siglas CP; también se opone a que pueda existir algún tipo de responsabilidad por parte del Administración Española. Por último el Ministerio fiscal se refiere al núcleo gordiano de la cuestión, y es la actividad de Grupo Medicom, el cual sustituye en el etiquetado original TD Glicerine por Glicerine pura usp, determinando que la causa masiva del envenenamiento es precisamente esta sustitución, y la falta de análisis de las sustancias. El Ministerio Fiscal hace un estudio de las principales diligencias de investigación practicadas a la que la Sala se remite.

SEGUNDO.- La Sala, tras el estudio de los recursos, y sus impugnaciones, y en especial el auto, tiene que mostrar un juicio pleno sobre el conocimiento de la corrección del auto recurrido.

En primer lugar y respecto a la comisión rogatoria solicitada, la misma carece de todo sentido, puesto que como luego se razonará, es irrelevante a los efectos de determinar la causa que causó el resultado lesivo, cualquier tipo de información que se pueda recibir de las autoridades Chinas, puesto que tal causa se debe buscar en la actividad desplegada por la comercial panameña. El derecho a servirse de los medios de prueba, aplicable al derecho a instar diligencias de investigación es un derecho radicado en el art. 24 de la Constitución y a pesar de la oficialidad que rige la fase de instrucción, esta no es incompatible con aquel derecho, y sin perjuicio de la efectiva contradicción, el Tribunal Constitucional ha declarado que

no es ilimitado y que las diligencias de investigación han de ser declaradas judicialmente pertinentes (TC SS 40/1986 y 149/1987). El derecho no es incondicionado, sino que lo que comporta es un derecho a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos que exprese, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación, entre las que cabe la consideración de su irrelevancia penal y la denegación del proceso o su terminación anticipada de acuerdo con las previsiones de la LECrim. (TC SS 173/1987, 36/1989, 203/1989 y 31/1996). La instrucción tiene por objeto establecer si los hechos que se investigan pueden o no ser constitutivos de delito, y tal finalidad se cumple cuando el material reunido en la investigación permite al Juez afirmar que el *factum* no es subsumible en ninguno de los tipos penales.

En tal supuesto, resulta inútil, e incluso improcedente, cualquier medida investigadora que, ya sin poder alterar la convicción del Juez, prolongase indebidamente, contrariando los propios derechos constitucionales que obligan a no alargar innecesariamente la fase sumarial en perjuicio de los querellados (TC S 89/1996). En definitiva cuando las diligencias practicadas demuestran para el Juez o Tribunal la inexistencia de delito y esta circunstancia se pone de manifiesto en la correspondiente resolución, no es necesario un rechazo particularizado de las demás diligencias de prueba propuestas (TC AA 819/1985 y 269/1986, entre otros). Por estas razones la jurisprudencia constitucional ha dicho en numerosas ocasiones que los querellantes no ostentan un derecho ilimitado a la práctica de los medios de investigación propuestos (TC S 191/1989 y TC AA 64/1987, 419/1987 y 464/1987, entre otros). Ahora bien en el caso de autos lo que se ha producido es una denegación particularizada de la mayoría de las diligencias solicitadas por las acusaciones, sin que se conozca cual es la convicción del Juez respecto de la existencia o inexistencia de hechos delictivos o si esto no se han acreditado, o por último habiéndose acreditado no se pueden conectar respecto de los imputados. Ante ello la decisión del tribunal también deberá ceñirse a lo acertado o no de la inadmisión de tales diligencias, sin necesidad de entrar a estudiar o determinar el futuro de la investigación judicial, y por ello tal estudio se hará bajo la órbita del derecho a la tutela judicial efectiva, y el derecho a la proposición de prueba, y no desde si el caso debe o no cerrarse; esto es bajo el prisma de si los recurrentes han sufrido o no lesión de derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE).

Como ha resaltado el Tribunal Constitucional “la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en que la prueba es decisiva en términos de defensa. De no constatarse esta circunstancia, resultará ya evidente *ab initio*, sin necesidad de ulterior análisis, que no ha existido la lesión denunciada” (TC S 1/1996). Esto exige que el recurrente haya alegado y fundamentado adecuadamente dicha indefensión material en el sentido de que “la resolución final del proceso podría haberle sido favorable de haberse aceptado y practicado la prueba objeto de controversia” (TC SS 45/1990, 131/1995 y 1/1996). Resulta bastante claro que no se ha dado este supuesto en el presente caso.

TERCERO.- El auto del Juez de Instrucción en su razonamiento quinto, centra el debate en sus justos términos, y así se destaca que el producto no fue objeto de

manipulación o sustitución desde su origen hasta su destino, y que por otro lado, lo que se ha manipulado en Panamá, es el etiquetado, y no solo la caducidad, sino y nada menos que la denominación del producto, de "TD glicerina 99,5%" por la de "glicerina ups"; esta es la causa real del envenenamiento masivo al margen de todo el periplo comercial existente entre las diferentes empresas vinculadas al objeto del proceso. Esto es, a Panamá llegó una mercancía identificada con las siglas TD, y con una fecha de caducidad concreta, lo cual la hace inapropiada para el consumo humano, y se falsifica la etiqueta con unas siglas que determina que se usa para el consumo humano en el uso de la farmacopea. El juez de Instrucción hace al igual que el Fiscal un estudio de la documentación obrante en autos, y del mismo se destaca el informe de la Fiscalía Superior de Panamá, en la cual se está investigando estos hechos, y en concreto se expresa que el análisis remitido por Rasfer al Grupo Comercial Medicom referenciaba el producto como TD Glicerine 99,5%, en tanto que el enviado por este último a la Caja de Seguro social lo identificaba como Glicerina pura calidad usp. Tal hecho absolutamente constatado exime de mayores razonamientos, puesto que quedó acreditado que lo que llegó a Panamá, y así lo supo en todo momento la comercial panameña, era Glicerina TD, esto es glicerina de uso industrial, y fue la comercial panameña, la que llevo a cabo una actuación falsaria, para qué es la caja de Seguro Social, la adquiera como glicerina para farmacopea.

Esta es la causa objetiva del envenenamiento habido en Panamá, y no otras, y ello al margen de cualquier tipo de irregularidad administrativa habida en la actuación de Rasfer y sus representantes. Llama poderosamente la atención que se pretenda, nada más y nada menos, que vincular a la Administración Española en una actividad delictiva llevada a cabo en el territorio de Panamá, y por una concreta actuación de una empresa Panameña, única responsable de que la glicerina de uso industrial se mezclara con todos productos, para la elaboración de un fármaco. En resumen, Comercial Medicom encarga a Rasfer internacional glicerina, esta fue adquirida a una empresa china, Rasfer no manipuló el producto, y lo entrego a la Panameña tal cual lo recibió de la China con el etiquetado como glicerina TD, y la entidad panameña lo vendió como glicerina calidad USP a Caja de Seguro Social de Panamá. Esta actividad dolosa por parte de la entidad panameña rompe la relación causal entre cualquier tipo de irregularidad, si existiera de Rasfer Internacional. El problema causal en Derecho Penal consiste en establecer los criterios que puedan utilizarse para determinar, entre todos los factores que han causado un resultado, aquéllos que pueden ser considerados relevantes desde un punto de vista jurídico, y, por tanto, desde este punto de vista, adecuados para imputar ya en el plano objetivo u objetivable ese resultado a una persona. En este sentido, aunque se puedan admitir como punto de partida, los criterios de previsibilidad objetiva y diligencia debida son demasiado vagos e imprecisos en orden a delimitar los procesos causales jurídicamente relevantes.

Existe unanimidad, en la doctrina, para considerar que la existencia de un nexo causal entre acción y resultado no es suficiente para imputar ese resultado al autor de la acción. Hace falta utilizar criterios normativos extraídos de la propia naturaleza del Derecho Penal que permitan, en el plano objetivo, delimitar la parte de la causalidad jurídicamente relevante. No cabe duda de que previsible y

evitable objetivamente es casi todo, y, en todo caso, el ámbito de la prohibición jurídico-penal sólo puede comenzar allí donde se constate la realización de una acción que exceda de lo jurídicamente permitido. De un modo general se puede decir que toda conducta que suponga la creación de un riesgo no permitido o el aumento de un riesgo ya existente más allá de los límites de lo permitido es ya suficiente para imputar el resultado que suponga realización de ese riesgo no permitido. Sin embargo, y en algún caso excepcional, la creación de un riesgo no permitido puede ser irrelevante penalmente si no entra dentro del ámbito de protección del precepto penal que prevea esa conducta como delictiva. En el caso de autos, la actuación de la entidad española y de los querellados no se acerca al ámbito de protección de la norma penal, puesto que insistimos aunque hubiera existido algún tipo de irregularidad, o no cumplimiento fiel de la normativa vigente en materia de comercialización de este tipo de sustancias, existe una absoluta ruptura del nexo causal, puesto que la causa relevante jurídicamente es la actuación de la entidad panameña, en cuyo seno se decide falsificar las etiquetas del producto con el fin de que la Caja de Seguros Social de Panamá adquiriera un producto no destinado a la farmacopea humana, esto es, sólo esta actuación es la causa relevante a afectos penales. Este es el debate jurídico existente en este caso y no otro. Por ello se debe estar al sobreseimiento decretado por el Juzgado de Instrucción.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Desestimar el recurso de apelación interpuesto por las representaciones procesales de Caja de Seguro Social de Panamá y Gabriel y otros, contra el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 de 26.04.2011 que acordó el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones, por lo que se confirma la resolución recurrida.

Notifíquese esta resolución al apelante y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que la misma es firme, pues contra ella no cabe interponer recurso alguno.

Remítase testimonio de la presente resolución al Juzgado Instructor para constancia en las actuaciones.

De haber cantidades depositadas para recurrir, con el resultado de lo dispuesto en esta resolución, procédase por el Juzgado Central de Instrucción a darle el destino legal a dicha cantidad.

Una vez notificada la presente resolución, archívese el Rollo de Sala entre los de su clase, dejando nota en el correspondiera el Libro Registro.

Así, por este nuestra auto, lo dictamos, mandamos y firmamos. Ángel Hurtado Adrián.- Julio de Diego López.- Enrique López López.