



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP5287-2018

Radicación No. 48610

(Aprobado acta No.400)

Bogotá, D. C., cinco (05) de diciembre de dos mil dieciocho (2018).

Resuelve la Corte el recurso extraordinario de casación interpuesto por el defensor del acusado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, contra el fallo condenatorio de segunda instancia proferido por una Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería, el día 23 de mayo de 2016, que revocó la sentencia absolutoria proferida el 27 de mayo de 2015 emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Descongestión de Montería, al hallarlo penalmente responsable del delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico descrito en el artículo 372 del Código Penal, en concurso heterogéneo con el punible de usurpación de derechos de propiedad



industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales tipificado en el artículo 306 de la Ley 599 de 2000 y, en consecuencia, lo condenó a la pena principal de 96 meses de prisión y al pago de multa equivalente a doscientos sesenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, y a la accesoria de inhabilidad para ejercer el comercio o cualquier actividad u oficio que tenga relación con la compra o suministro de medicamentos por un término de 8 años.

DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS

Los hechos, a que se contrae la actuación, ocurrieron en la ciudad de Montería y fueron reseñados por el Tribunal Superior, Sala Penal, en la sentencia, de la siguiente manera:

«El 20 de agosto de 2009, el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. (...) en su calidad de representante legal de la comercializadora DOSALEX E.U., vendió mediante factura No. 0447 de la misma fecha, un medicamento denominado "SPRYCEL® DASATINIB 50 mg", a la IPS UMBRAL ONCOLÓGICO, el cual dijo haber adquirido previamente a través de un tercero identificado como Edison Álzate en la plaza de mercado de Medellín. Dicho medicamento se suministró para el tratamiento de la enfermedad leucemia mieloide crónica, al paciente César Augusto Mercado Sánchez, quien lo venía tomando gracias a un fallo de tutela que obligó su entrega, pues dicho medicamento tiene un costo de \$9.000.000. Ocurre que el paciente se percató que las pastillas que le suministraron como SPRYCEL no eran iguales a las que venía tomando, pues además de su diversa característica éstas le daban diarrea, motivo por el cual se lo hizo saber a la señora Blanca Inés Acevedo, representante de ventas del Laboratorio fabricante Bristol Myers Squibb de Colombia, quien a su vez le pidió que le entregara el medicamento al médico tratante Dr. Alvaro Calderón, como en efecto lo hizo. El galeno envió el frasco debidamente sellado al Laboratorio Bristol con la finalidad de establecer su contenido. Realizado por el laboratorio un análisis químico y documentológico por perito experto, se encontró que se



trataba de otro medicamento (un antiviral) motivo por el cual se puso en conocimiento del Invima lo ocurrido y este instituto informó a la Fiscalía para que se adelantara la respectiva investigación»¹

ANTECEDENTES PROCESALES RELEVANTES

1.- El 9 de octubre de 2012 la Fiscalía, ante el Juez 4º Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Montería — Córdoba, en audiencia preliminar formuló imputación en contra del indiciado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, a quien le atribuyó los hechos antes descritos, a título de autor en concurso de delitos de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico y usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedad vegetal, tipificados en los artículos 372 (*modificado por el artículo 5º de la Ley 1220 de 2008*) y 306 (*modificado por el artículo 4º de la Ley 1032 de 2006*) de la Ley 599 de 2000, cuyos cargos no fueron aceptados.

2.- Posteriormente, ante el Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la ciudad de Montería (Córdoba), el día 15 de julio de 2013, se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación.

3.- Al Juzgado Tercero Penal de Descongestión de Montería, le fueron reasignadas las diligencias conforme lo dispuesto por el Acuerdo 035 del 21 de febrero de 2014 por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

¹ Folio 381 y 382 del cuaderno del Tribunal Superior de Montería.



4.- El 16 de julio de 2014 tuvo lugar la audiencia preparatoria, donde se resolvió sobre la pertinencia y conducencia de practicar las pruebas solicitadas por las partes. Los días 3 y 4 de septiembre, 6 de octubre de 2014 y 12 de mayo de 2015, se llevó a cabo el juicio oral. El sentido del fallo se anunció en esta última fecha.

5.- La sentencia fue proferida el 27 de mayo de 2015², y en ella se absolvió ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ de los cargos que le fueron imputados.

6.- El fallo fue apelado por la Fiscalía y el apoderado de víctimas, quienes solicitaron revocarlo y condenar al procesado por los cargos endilgados, pues consideraron satisfechos los presupuestos exigidos por la Ley 906 de 2004 para proferir fallo de condena.

7.- El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería³, mediante providencia de 23 de mayo de 2016 revocó la sentencia absolutoria y en su lugar condenó a ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ a título de autor penalmente responsable del concurso de delitos de corrupción de alimentos y usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, e impuso las penas principales de noventa y seis (96) meses de prisión y multa en cuantía de doscientos sesenta (260) salarios mínimos legales mensuales vigentes, así como a las accesorias

² Folios 241 y siguientes del cuaderno No. 1.

³ Folio 316 y siguientes, ibídem.



de inhabilitación para el ejercicio del comercio y cualquier actividad u oficio que tenga relación con la compra o suministro de medicamentos por el término de ocho años, y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por término igual al de la pena de prisión, al tiempo que le negó la suspensión condicional de la ejecución de la pena pero le concedió la prisión domiciliaria.

8.- Contra la sentencia de segunda instancia, el defensor del acusado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, interpuso oportunamente el recurso extraordinario de casación⁴, presentó la respectiva demanda⁵, la cual fue admitida por la Sala⁶, posteriormente se llevó a cabo la audiencia de sustentación de que trata el artículo 184 de la Ley 906 de 2004⁷.

SÍNTESIS DE LA DEMANDA DE CASACIÓN

El casacionista resumió los hechos, identificó los sujetos procesales, la sentencia materia de impugnación, y con apoyo en las causales de casación previstas por el artículo 181 de la Ley 906 de 2004, postuló tres reproches contra el fallo del Tribunal.

En el primer cargo, formulado como principal, el demandante censuró la sentencia proferida por el Tribunal por violar de manera directa la ley sustancial llamada a regular el

⁴ Folios 403 y siguientes del cuaderno No. 1

⁵ Folios 407 y siguientes ibídem.

⁶ Folios 9 y siguientes del cuaderno de la Corte.

⁷ Folios 40 y siguientes ibídem.



caso, debido a una interpretación errónea del artículo 372 del Código Penal, corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, que a su vez lo indujo a dejar de aplicar los artículos 6, 9 y 10 de la Ley 599 de 2000, 7° del Código de Procedimiento Penal y 29 de la Constitución Política de 1991.

Con la pretensión de acreditar el cargo dio por aceptados los hechos conforme fueron descritos en la sentencia. En ese orden de ideas, estimó que la conducta a que alude el artículo 372 del Código Penal, implica que el sujeto activo debe realizar cualquiera de los verbos rectores del tipo penal, que en este caso sería el de comercializar medicamentos que se encuentren envenenados, contaminados o alterados, para lo cual se requiere la demostración de por lo menos una de esas características.

En este caso, sostuvo, lo que se demostró es que el acusado adquirió por un canal no autorizado, como lo es una plaza de mercado en la ciudad de Medellín, el medicamento Sprycel Dasatinib 50 mg. que posteriormente vendió a la I.P.S. Umbral Oncológico, empresa que lo suministró a uno de sus pacientes:

«Es decir que la conducta verificada en concreto por el procesado no fue la de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico sino la de enajenación ilegal de medicamentos que consiste en que un sujeto activo que es indeterminado, enajena, adquiere o comercializa un medicamento entregado a un usuario del sistema general de seguridad social en salud con el objeto de obtener provecho para el sujeto activo o para un tercero»⁸.

⁸ Folio 448 del cuaderno del Tribunal Superior.



Consideró que si el Tribunal hubiera analizado cuidadosamente los alcances de la norma por la cual condenó al acusado, habría concluido que la conducta por la que se le estaba procesando no corresponde a la del artículo 372 del Código Penal, sino a la del artículo 374 A, enajenación ilegal de medicamentos, *ejusdem*, pero como los hechos ocurrieron en el año 2009, cuando la citada conducta aún no era considerada delito, debió declararse la atipicidad del comportamiento y absolver al acusado.

Con fundamento en lo expuesto, solicitó a la Corte casar el fallo recurrido y proferir la correspondiente sentencia de reemplazo en la que se absuelva a su representado de los cargos que le fueron formulados.

El segundo cargo, subsidiario del anterior, el demandante lo formuló con apoyo en la causal tercera de casación para denunciar que la sentencia es violatoria en forma indirecta de la ley sustancial, debido a un error de hecho por falso raciocinio en la apreciación del dictamen pericial practicado por el señor Helio Tulio Gutiérrez Álvarez adscrito al Laboratorio Bristol Myers Squibb⁹, que indujo al Tribunal a dejar de aplicar las disposiciones relativas al debido proceso, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la cadena de custodia, los criterios de valoración probatoria y el conocimiento para condenar, entre otras, lo que a su vez determinó la indebida aplicación de las normas contenidas en los artículos 372 y 306 del Código Penal, que definen los

⁹ Cfr. Folio 444 del cuaderno del Tribunal Superior.



delitos de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, y usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales.

Para demostrar el error el casacionista manifestó que el Tribunal sustentó su decisión condenatoria en el dictamen practicado a un frasco en el cual consta que el medicamento estaba alterado, errando al darle valor probatorio a un medio de conocimiento que ingresó con violación de las disposiciones que regulan su aducción, toda vez que no se respetó la cadena de custodia sobre el elemento a examinar por el perito, pues en el proceso se acreditó que al laboratorio fue enviado un envase vacío, conforme la declaración del doctor Álvaro Calderón, con lo cual se demuestra que no existió cadena de custodia, y *«que no hubo alteración del medicamento por parte del vendedor ni del comercializador y menos de la I.P.S.»*¹⁰.

Explicó que el Tribunal también desconoció las normas que regulan la destrucción del objeto material del delito, puesto que tal acto no se le comunicó a la Fiscalía ni al Ministerio Público para que concurrieran y, además, dejó a la defensa sin posibilidad de controvertir el dictamen pericial por no existir contra muestra¹¹ sobre la cual practicar una nueva pericia.

Calificó de mayúscula la equivocación del Tribunal, en razón a que en la valoración de la prueba dejó de constatar los criterios mínimos para garantizar la autenticidad de la misma,

¹⁰ Folio 436, cuaderno del Tribunal Superior.

¹¹ Folio 436, ibídem.



de suerte que *«nunca explicó la providencia de condena nada sobre la identidad de la prueba, en su valoración nada dijo sobre el estado original del elemento a examinar, menos sobre las condiciones de recolección del elemento, ni sobre su preservación, embalaje y envío, es decir que el Tribunal al valorar la prueba pasó por alto los criterios orientadores de la autenticidad de la prueba, tal como lo regula el artículo 254 del Código de Procedimiento Penal»*¹².

A continuación, el libelista trajo a colación el testimonio del médico Álvaro Calderón, tratante del paciente César Mercado Sánchez, a partir del cual concluyó que el frasco se recibió, no para cambio, sino para recambio, *«que es un concepto de mercadeo de los laboratorios médico químicos para los eventos en que se cambia la presentación de un producto como en este caso que se trató del cambio de tabletas de 50 mg por tabletas de 100 mg.»*¹³.

Señaló, de igual modo, que al valorar dicha prueba, el Tribunal desconoció otras evidencias que corroboraban la inocencia de su patrocinado, pues no tuvo en cuenta el concepto y naturaleza de las firmas unipersonales, al afirmar que Dosalex E.U. es una empresa fachada o de papel y concluir que el medicamento suministrado por ésta es adulterado.

Criticó la valoración que el Tribunal hizo del testimonio de Blanca Inés Acevedo, a quien confirió crédito sin considerar que otros testimonios, como los de Álvaro Calderón y Jorge Isaac Castro, descartan que el paciente hubiere sufrido

¹² Folio 434, ibídem.

¹³ Folio 434, ibídem.



diarreas o cualquier otro malestar a raíz de ingerir el medicamento suministrado por la IPS.

Calificó de equivocada la apreciación que el sentenciador hizo de la referida prueba testimonial, así como el testimonio de la doctora María Josefina Castilla Negrete porque lo considera interesado, especulativo y contrario a la lógica.

Con fundamento en estas y otras consideraciones orientadas en el mismo sentido, solicitó a la Corte casar la sentencia impugnada.

El tercer cargo, subsidiario de los anteriores, fue postulado por el abogado con apoyo en la causal segunda de casación. El censor denunció el desconocimiento del debido proceso por afectación sustancial de la garantía debida a cualquiera de la partes, en este caso al acusado, por falta de motivación, por lo cual solicitó casar la decisión censurada y declarar la nulidad de la sentencia con respecto a la condena por el delito de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales.

Adujo que el Tribunal incurrió en «falta absoluta de motivación respecto del delito de que trata el artículo 306 del Código Penal»¹⁴, en la medida en que omitió hacer una descripción de los medios de prueba que habría tenido en cuenta para condenar a su defendido por el referido comportamiento y, en general, dejó de plasmar las razones de

¹⁴ Folio 413 del cuaderno del Tribunal Superior.



tiempo, modo y lugar, además de los fundamentos de orden jurídico, para imputar el tipo objetivo, el tipo subjetivo y el concurso de conductas punibles, lo mismo que el título a que le atribuía el comportamiento.

Reiteró, en consecuencia, su solicitud de «*casar la sentencia y expedir el correspondiente fallo de anulación dentro de cual se corrija el error denunciado*»¹⁵.

LA AUDIENCIA DE SUSTENTACIÓN.

En la audiencia de sustentación oral del recurso extraordinario las intervenciones fueron las siguientes:

1.- Del defensor de ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ.

El abogado defensor reiteró los argumentos presentados en la demanda en relación con los tres cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, y en consecuencia insistió en la petición de casar el fallo censurado y absolver a ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ del concurso de delitos de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico y usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedad vegetal, o subsidiariamente anular la sentencia con respecto a esta última conducta por defectos de motivación.

¹⁵ Folio 413 del cuaderno del Tribunal Superior.



Insistió en que en la sentencia se incurrió en un error en la apreciación de los hechos, lo que acarreó una interpretación errónea de la norma legalmente aplicable al caso, por lo tanto, resulta procedente casar la sentencia recurrida, pues para la fecha de los acontecimientos, 20 de agosto del año 2009, no existía en Colombia el delito de enajenación ilegal de medicamento, en el que encuadra la conducta del procesado.

Estimó que el comportamiento de Ortega Hernández no se adecuó a lo previsto en el artículo 372 del Código Penal, corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, sino a una conducta que se transformó en delictiva años después que es la conducta descrita en el artículo 374, que penaliza la distribución de medicamentos de alto costo que se hace por fuera de los canales de comercialización establecidos en las normas vigentes en materia de seguridad social.

Agregó que el origen de la norma se encuentra en el año 2011 en virtud de la emergencia económica, y, posteriormente, fue adoptada como legislación permanente a través de la Ley 1453 de 2011.

Del mismo modo, insistió en que el Tribunal incurrió en la sentencia en un error, que configura una violación indirecta de ley sustancial, de otorgarle un valor diverso al



que legalmente corresponde a la declaración del perito Helio Tulio Gutiérrez Álvarez, quien actuó como representante del laboratorio, que se acreditó como víctima de la presente causa. Este yerro lo llevó a dejar de aplicar las disposiciones relativas al debido proceso, la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo*, la cadena de custodia, ya que el frasco fue remitido con fines de recambio de un producto farmacéutico y al médico tratante se le pidió entregar el frasco vacío para que pudiera recibir la presentación de doble concentración.

Precisó que en ningún momento hubo retención de producto alguno y, por lo tanto, no se pudo establecer cómo aparecieron las pastillas en el frasco vacío.

La defensa estimó que hay lugar, a título subsidiario, a que se decrete la nulidad del proceso por la falta de sustentación del delito de usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, contemplado en el artículo 306 del Código Penal.

Solicitó a la Corte que, una vez analizada la demanda de casación interpuesta, se proceda a casar el fallo proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería.

2.- Intervención del Fiscal Segundo Delegado ante la Corte.



El Fiscal Delegado manifestó que contrario a lo referido por el censor, el Tribunal no incurrió en los errores allí señalados. En efecto, advirtió que en el cargo primero se planteó que la conducta investigada no se ubica en el artículo 372 del Código Penal, sino en el artículo 374 A, disposición que no se encontraba vigente para la época de los hechos. Explicó que la conclusión defensiva parte de oponer su propia visión de los hechos y las pruebas a la del Tribunal, a pesar de que prometió no cuestionarla en ese aspecto, pues para la defensa, el acusado compró a un tercero en una plaza el medicamento que éste habría recibido del sistema de seguridad social en salud y, posteriormente, entregó a la IPS para que ésta a su vez la suministrara al paciente.

Consideró que la defensa reelaboró los hechos cuando prometió respetar la fijación que de ellos hizo el Tribunal. Sostuvo que para el demandante la conducta desplegada por ALEXANDER JAVIER ORTEGA consistió en comprar el medicamento a una persona que lo había recibido del sistema de salud, pero el Tribunal encontró demostrado que lo vendido por el acusado fue un simple antiviral que causó diarrea en la víctima y que no se correspondía con el formulado para su leucemia y del que daban cuenta las etiquetas del frasco; de tal manera que lo demostrado apunta a la descripción típica del artículo 372 en la medida en que el procesado comercializó medicamentos alterados. Además, el Tribunal encontró acreditada la tipicidad de la conducta luego de verificar que la empresa del acusado era de fachada, de papel, y ello en modo alguno obedeció a que desconociera



la existencia de las empresas unitarias, sino a la verificación de la inexistencia en el inmueble que figura como su domicilio, por lo demás una casa de familia, ni elemento alguno indicativo de que se comercializaran productos médicos, junto con el incremento considerable de sus finanzas para la época de los hechos,.

Afirmó que la alteración consistió en que en el empaque y etiqueta originales se entregó como contenido un producto diferente. El Tribunal nunca tuvo por probado que el sindicato hubiese adquirido el medicamento Sprycel, por el contrario, probatoriamente descartó tal tesis en cuanto verificó que lo adquirido y vendido era una sustancia distinta a la anunciada, por lo cual descartó el tipo contenido en el artículo 374 A del Código Penal, que exige que se comercialice un medicamento legítimo, aunque obtenido en forma fraudulenta, y los hechos probados y que la defensa admite, señalan que el producto farmacológico adquirido y vendido, fue alterado.

Sostuvo que el segundo cargo tampoco está llamado a prosperar, puesto que acusa un falso raciocinio en la apreciación del dictamen realizado por Helio Tulio Gutiérrez Álvarez, empleado del laboratorio Bristol que, dice la demanda, fue determinante en la decisión de condena, sin que se hubiese acreditado la cadena de custodia, y obviando que al laboratorio se envió un frasco vacío como lo refirió el médico tratante Álvaro Calderón, además de que la sustancia fue sustraída, lo que afectó el derecho a la defensa porque no



pudo solicitar una prueba sobre ella por ausencia de contra muestra.

No obstante lo anterior, el Fiscal Delegado consideró que los supuestos yerros son inexistentes y sólo se explican a partir de la lectura parcializada que la defensa hace del fallo, pues el Tribunal tuvo por probada la adulteración del medicamento a partir de la entrevista del paciente, quien se percató que era diferente, además de causarle diarrea. Entonces, no es correcto sostener que el soporte exclusivo de la decisión hubiese sido el estudio científico, que en efecto comprobó que se trataba de un simple antiviral, y el medicamento prescrito; además, a criterio del médico Álvaro Calderón, en efecto, el antiviral produce diarrea.

Señaló que varios elementos de juicio confluyen a demostrar la alteración del medicamento, puesto que los mismos medios probatorios demuestran que el frasco contentivo de la droga que recibió el paciente, fue el mismo que éste entregó al médico Calderón, quien lo envió a Bristol y allí fue revisado en el laboratorio, todo lo cual permite afirmar que no hay lugar a duda alguna sobre el contenido envasado, por ende, queda sin piso la pretendida ausencia de la cadena de custodia que, entre otras cosas, la demanda no concreta en qué consistió.

Sostuvo que el médico Calderón en ningún momento manifestó que el frasco lo había recibido vacío. Simplemente



dijo no haberse dado cuenta de ello, aseveración que atinadamente el Tribunal descartó por mentirosa, pues el sentido común indica que ese elemental hecho debió ser percibido por el testigo, de ahí que resulte de buen recibo la tesis del interés del galeno en minimizar los hechos toda vez que parte de sus ingresos provienen de la IPS que entregó el medicamento, tema que incluso la defensa admite.

Destacó que el Tribunal negó eficacia al testimonio del compañero del paciente, porque dio por demostrado que fue éste, no aquél, quien entregó el frasco con el medicamento al médico Calderón.

Explicó que la utilización de la totalidad de las pastillas en el estudio clínico, en modo alguno impide que la defensa acuda a otros elementos para controvertir el mismo, ya que resulta equivocado pretender que la única forma de hacerlo es realizando una contraprueba, a modo de una inexistente tarifa probatoria.

Con relación a la última censura postulada en la demanda, nulidad por ausencia total de motivación en lo que respecta al cargo de usurpación de derechos de propiedad industrial al no haber señalado las pruebas soporte de su decisión de condena, ni especificar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de ocurrencia del hecho; consideró que no le asiste razón al impugnante dado que desconoce la totalidad del fallo, que en su integridad elabora un discurso



probatorio y jurídico para demostrar la tipicidad de los dos delitos, y que en las dos primeras páginas con claridad son señaladas las circunstancias de tiempo, modo y lugar de su ocurrencia.

Insistió en que el discurso probatorio contenido en la sentencia cubre los dos delitos, pero que la defensa sólo se refiere a la conclusión a la que llega el Tribunal. Sin embargo, allí se expresa con claridad que, a partir de las pruebas estipuladas y las practicadas en el juicio, se demostró que dentro de un envase con rótulo, marca y presentación originales de Sprycel se empacó un simple antiviral, pero en forma fraudulenta se utilizó el nombre comercial del medicamento, haciendo figurar como tal uno que no lo era, por lo que resulta claro que la conducta se adecua al inciso primero del artículo 306 del Código Penal, y no al segundo, pues éste se refiere a material vegetal.

Solicitó a la Corte no casar la sentencia demandada, pero pide que se haga un llamado a los jueces frente al acatamiento de los lineamientos fijados al dosificar la pena, pues sobre la de prisión se alejó en un 47% del mínimo inferior, rasero que debió aplicar también en la multa, pero lo hizo en un porcentaje mucho inferior, yerro que por respeto a la prohibición de reformar en perjuicio del recurrente único, no puede corregirse.

Finalmente, sostuvo que se demostró que la empresa



del procesado, a través de la cual comercializó el medicamento adulterado, es de fachada, de papel, deben adoptarse los correctivos del caso para que la misma no siga funcionando.

3.- Intervención del apoderado de la compañía Bristol Myers Squibb de Colombia como víctima reconocida en el proceso.

El apoderado de la compañía Bristol Myers Squibb de Colombia, en su condición de sujeto procesal no recurrente y víctima reconocida en el proceso, en uso de la palabra solicitó a la Sala no casar la sentencia impugnada.

Indicó que si bien el censor en el tercer cargo plantea una nulidad, por principio de prioridad, éste debió ser la primera censura postulada; sin embargo, no precisó qué principios de los que rigen las nulidades fueron afectados y tampoco dijo cuál era el yerro y cómo afectaba o influía en la sentencia condenatoria. No se señaló por qué se debía acudir a la nulidad y no a otra medida para subsanar la irregularidad.

Frente al primer cargo postulado por el recurrente precisó que el falso raciocinio es un error de hecho cuando en la valoración de la prueba se cometen errores de cara a la sana crítica, de suerte que no toca lo relacionado con la admisibilidad de la prueba sino su valoración cuando ésta se



asume como legítima.

Indicó que las reglas de la cadena de custodia corresponden a un tema de valoración de la prueba y no de exclusión, pero en todo caso, de conformidad con el Acto Legislativo 03 de 2012, la víctima tiene facultad e iniciativa probatoria, y los peritos privados están por lo menos reconocidos en el artículo 406 de la Ley 906 de 2004.

Respecto a la segunda censura, consideró que el casacionista reelaboró los hechos, por lo cual su argumento se ofrece viciado. No obstante, advierte que resulta violatorio del principio de no contradicción el hecho de que el censor esté dispuesto a aceptar que sí ocurrió el supuesto del artículo 374 A del Código Penal, pero no el contemplado en el artículo 302, cuando los dos tipos penales protegen el mismo bien jurídico, es decir, la salud.

Cerró su intervención solicitando que no se case la sentencia con base en la demanda interpuesta por el censor.

4.- La Procuradora Segunda Delegada para la Casación Penal.

En uso de la palabra manifestó, en relación al primer cargo de la demanda, que la descripción típica del artículo 372 del C.P. corresponde a una conducta pluriofensiva que,



para el caso, se agotó con el verbo rector «adulterar», pues el comportamiento desplegado por el procesado, consistió en alterar un medicamento, colocarlo en el mercado y se suministró a un paciente a través de la IPS tratante. Esa conducta afectó el bien jurídico, conforme lo ha indicado la jurisprudencia, y dista de la descripción típica que hace el artículo 374 A *ejusdem*, ya que allí lo que se tipifica es la conducta de enajenar a título oneroso, un medicamento que haya sido entregado por una IPS, o que éste sea de uso exclusivo de las instituciones prestadoras de salud.

Por lo tanto, consideró que este cargo no está llamado a prosperar.

En relación al segundo cargo, precisó que el Tribunal tuvo en cuenta como elemento material probatorio el informe y testimonio del señor Tulio Gutiérrez quien hizo el análisis físico-químico en el que advirtió que los medicamentos estaban adulterados, y por ser una prueba pericial conforme al artículo 417 de la Ley 906 de 2004, no está sometida a la cadena de custodia en los términos del artículo 254 de la Ley 906 del 2004, de suerte que no son pruebas que requieran de esa protección, al contrario de lo que quiere hacer ver el demandante.

Estimó que si se tiene en cuenta que el objeto a demostrar fue la adulteración del medicamento Sprycel de 50 mg., así ocurrió, puesto que, tal y como quedó expresado, fue el procesado quien lo suministró a la IPS Umbral Oncológico,



y su contenido no corresponde al que debía de ser, conforme el envase.

Indicó que el Tribunal tuvo en cuenta como prueba de cargo el testimonio de la víctima, quien declaró que el medicamento no correspondía al que le venían suministrando y además, se valoró toda la prueba en conjunto, de acuerdo al artículo 380 de la Ley 906 de 2004. En consecuencia, no advierte la ocurrencia del error que indica el demandante, y por lo tanto no tiene vocación de prosperidad el cargo como lo aduce.

Con respecto al tercer cargo, la Procuradora Delegada señaló que la sentencia de segunda instancia, analizó únicamente el aspecto objetivo de la conducta, más no los aspectos relativos a la responsabilidad del procesado.

Consideró que desde su punto de vista se puede determinar sin lugar a dudas que el fallo carece de motivación con respecto al delito de usurpación de derechos de propiedad industrial, por lo tanto el cargo está llamado a prosperar debiéndose casar el fallo en este punto.

En consecuencia, solicitó a la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia casar parcialmente el fallo en relación con el tercer cargo y en lo demás dejar incólume la decisión del Tribunal.

En consecuencia, pidió redosificar la pena por lo que corresponde única y exclusivamente con la pena a imponer



por el delito tipificado en el artículo 372 de la Ley 599 de 2000, descontando la pena impuesta por el delito tipificado en el artículo 306 de esa codificación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Teniendo en cuenta que la demanda presentada se declaró ajustada a los parámetros del artículo 184 de la Ley 906 de 2004, la Corte estudiará los problemas jurídicos allí propuestos, de conformidad con las funciones del recurso de casación, dirigidas a la búsqueda de la eficacia del derecho material, el respeto de las garantías de quienes intervienen en la actuación, la reparación de los agravios inferidos a las partes y la unificación de la jurisprudencia, según lo establecido en el artículo 180 ibídem.

Cargo primero: violación directa la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 372 del Código Penal.

El casacionista invocó la violación directa de la ley sustancial por interpretación errónea del artículo 372 del Código Penal, que describe el delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, pues consideró que el supuesto fáctico requerido para su estructuración no se da en el presente caso y, en consecuencia, el procesado debió ser absuelto de este ilícito por atipicidad de la conducta.



Sostuvo que el comportamiento de ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ se adecuó a lo dispuesto en el artículo 374A *ejusdem*, enajenación ilegal de medicamentos, ya que su conducta consistió en vender un medicamento entregado a un usuario del sistema general de seguridad social para obtener un provecho; tipo penal que no se encontraba vigente al momento de ocurrencia de los hechos.

Lo anterior significa que se debe determinar si la conducta de ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ se subsume en el comportamiento descrito en el artículo 372 o en el 374 A del Código Penal.

La Ley 1220 del 16 de julio de 2008, en el artículo 5° modificó el tipo penal contenido en el artículo 372 de la ley 599 de 2000, así:

El que envenene, contamine, altere producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo de aplicación personal, los comercialice, distribuya o suministre, incurrirá en prisión de cinco (5) a doce (12) años, multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

En las mismas penas incurrirá el que suministre, comercialice o distribuya producto, o sustancia o material de los mencionados en este artículo, encontrándose deteriorados, caducados o incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia.

Las penas se aumentarán hasta en la mitad, si el que suministre o comercialice fuere el mismo que la elaboró, envenenó, contaminó o alteró.



Si la conducta se realiza con fines terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a quince (15) años y multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Conforme con el tipo penal transcrito, en su inciso primero, para que se configure el ilícito es necesario que la conducta recaiga sobre una sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos farmacéuticos, bebidas alcohólicas o productos de aseo personal.

El Decreto 677 de 1995, por medio del cual se reglamenta parcialmente el Régimen de Registros y Licencias, el Control de Calidad, así como el Régimen de Vigilancia Sanitaria de Medicamentos, Cosméticos, Preparaciones Farmacéuticas a base de Recursos Naturales, Productos de Aseo, Higiene y Limpieza y otros productos de uso doméstico y se dictan otras disposiciones sobre la materia, en el artículo 2° adoptó las siguientes definiciones:

«Producto farmacéutico alterado. Se entiende por producto farmacéutico alterado, el que se encuentra en una de las siguientes situaciones:

(...)

d) Cuando el contenido no corresponda al autorizado o se hubiere sustraído del original, total o parcialmente;...»

Resulta, entonces, que la conducta que describe el tipo penal de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico; consiste, entre otras formas de comportamiento, en alterar un producto médico, es decir, actuar de manera que el contenido de la sustancia no se



corresponda con el autorizado o en sustraer, total o parcialmente, el contenido original.

La sustancia sobre la que debe recaer la conducta es un medicamento el cual debe ser entendido como *«(A)qué preparado farmacéutico obtenido a partir de principios activos, con o sin sustancias auxiliares, presentado bajo forma farmacéutica que se utiliza para la prevención, alivio, diagnóstico, tratamiento, curación o rehabilitación de la enfermedad. Los envases, rótulos, etiquetas y empaques hacen parte integral del medicamento, por cuanto éstos garantizan su calidad, estabilidad y uso adecuado»*¹⁶.

El sentido de la norma es sancionar a las personas que ponen en riesgo la salud mediante prácticas sobre los alimentos, los productos médicos o el material profiláctico, que impiden que lleguen al consumidor en condiciones aptas para el consumo humano y de esta manera garantizar, a título individual y colectivo, la calidad de vida y el bienestar¹⁷.

De otro lado, el artículo 374 A, adicionado por el artículo 21 de la Ley 1453 de 2011, describe la conducta de la persona *«que con el objeto de obtener un provecho para sí mismo o para un tercero enajene a título oneroso, adquiera o comercialice un medicamento que se le haya entregado a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud»*.

¹⁶ Decreto 677 de 1995, artículo 2°.

¹⁷ Ley 1122 de 2007, artículo 32.



El comportamiento descrito afecta el bien jurídico de la Salud Pública, que conforme a la Ley 1122 del 2007 en su capítulo VI, artículo 32º, «está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas tanto de manera individual como colectiva, ya que sus resultados se constituyen en indicadores de las condiciones de vida, bienestar y desarrollo del país».

El objeto sobre el que recae la conducta es el preparado farmacéutico elaborado para resolver una dificultad en la salud que haya sido entregado por el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La descripción típica del artículo 374 A no establece que la sustancia enajenada esté adulterada o en que el contenido del envase sea diferente al autorizado o se hubiere sustraído del original, total o parcialmente. El medicamento debe ser auténtico.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que el cargo formulado por el casacionista es el de violación directa de la ley llamada a regular el caso, la Sala observa que la descripción de los hechos se adecua al tipo penal de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, en la modalidad de alterar el producto, que conforme al Decreto 677 de 1995, artículo 2º, ocurre cuando el contenido del producto farmacéutico no guarda correspondencia con el autorizado.



En efecto, el medicamento suministrado a CÉSAR MERCADO SÁNCHEZ no se correspondía con el que se anunciaba en el frasco que le suministró la I.P.S., que a su vez lo había adquirido por compra al procesado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, conforme se dejó sentado en la sentencia impugnada:

«Está acreditado en el presente caso que el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, por intermedio de DOSALEX E. U. suministró a la IPS UMBRAL ONCOLÓGICO el medicamento SPRICEL 50 mg., del laboratorio BRISTOL, pues un paciente de nombre CÉSAR MERCADO SÁNCHEZ, quien venía siendo tratado por el doctor ALVARO CALDERON y le había formulado dicho medicamento, al tener noticias de que se trataba de una droga con muchas propiedades para la enfermedad que padecía, LEUCEMIA MIELOIDE CRONICA, tal como se desprende del testimonio rendido por el galeno en el juicio oral.

Para la Sala no queda duda alguna que el medicamento suministrado por la empresa DOSALEX E.U. se encontraba adulterado, pues según la entrevista del paciente Mercado Sánchez, fue el mismo quien observó que las tabletas contenidas en el frasco no eran iguales por su forma a las que ya venía tomando SPRYCEL, además, que su ingesta le producía diarrea. Dicha entrevista fue introducida al juicio con testigo de acreditación, Asenet Díaz, adscrita al C.T.I., convirtiéndose en prueba de referencia, debido que para ese entonces ya había fallecido el entrevistado y no pudo rendir testimonio en el juicio. La afirmación del paciente en la entrevista resultó corroborada por el dictamen técnico realizado por el experto del laboratorio Bristol, pues se trataba de un antiviral y no del medicamento SPRICEL. Antiviral que en efecto puede producir diarrea en algunas personas, según lo sostuvo el doctor ALVARO ENRIQUE CALCDERON GÓMEZ en su testimonio

La alteración del medicamento, conforme la sentencia, está corroborado por el testimonio Helio Tulio Gutiérrez.

«Ahora, si analizamos el informe y testimonio del perito HELIO TULIO GUTIÉRREZ encontramos que encaja con la



realidad procesal, pues sostiene que le llegó el frasco con 33 tabletas, sobre las cuales se hizo el análisis físico y químico a fin de determinar si se trataba realmente del medicamento sprycel, resultando que se trataba de un antiviral. Refiere que las tabletas examinadas del supuesto sprycel 50 mg., según el frasco que las contenía y cuya etiqueta y presentación si era original, pertenecían al lote 9A4703D, cuyas tabletas eran ovaladas con una inscripción BMS; características muy diferentes a las que llegaron con el frasco remitido y que luego del examen químico se comprobó que se trataba de un antiviral...»¹⁸

En consecuencia, las consideraciones del Tribunal sobre la adecuación de la conducta de ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ en el comportamiento descrito en el tipo contenido en el artículo 372 del Código Penal colombiano son correctas, porque el producto farmacéutico que le entregó a la institución prestadora de salud, que terminó consumiendo, CÉSAR MERCADO SÁNCHEZ, tenía un contenido que no se correspondía con el autorizado, que era el que se anunciaba en el recipiente en que estaban las pastillas que resultaron ser un antiviral.

En otros términos, la Sala observa que la norma seleccionada por el Tribunal Superior de Montería, Sala Penal, es la correcta y no se le dio una interpretación que trastoque su contenido. En efecto, al precepto normativo que describe la conducta no se le atribuyó un alcance o contenido que no tiene, pues el verbo alternativo de «alterar», que es por el cual se profirió la resolución de acusación y se condenó a ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, se interpretó conforme al Decreto 677 de 1995, artículo 2°.

¹⁸ Folio 363, ibídem.



En consecuencia, el reparo no prospera.

Segundo cargo: manifiesto desconocimiento de las reglas de producción y apreciación de la prueba. La ausencia de cadena de custodia:

Los protocolos de cadena de custodia tienen como finalidad garantizar la autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencia física en el juicio; su inicio y aplicación se encuentra a cargo del servidor público que reciba la noticia criminal y los elementos materia de prueba, según lo dispuesto en el artículo 257 de la Ley 906 de 2004.

Es de anotar que los protocolos de cadena de custodia son prevalentes, pero en Colombia existe libertad probatoria y, en consecuencia, la autenticidad puede demostrarse por otros medios probatorios como indica la Ley 906 de 2004, que establece en su artículo 373 que señala: *«los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos».*

La Sala ha enfatizado la obligación sobre la cadena de custodia regulada en la Constitución Política en el artículo 250 y en la Ley 906 en sus artículos 205, 209, 254 y siguientes, como sistema para garantizar la autenticidad de la evidencia presentada ante los jueces, que debe ser la



misma recogida en la escena del delito o en otros lugares donde sea hallada por los investigadores¹⁹.

Sobre la importancia que tiene el respeto de los protocolos de cadena de custodia al momento de la valoración de la prueba, la Sala ha precisado lo siguiente:

*«[l]a Sala aclara que lo concluido en otras ocasiones en el sentido de que los problemas de cadena de custodia atañen a la valoración de la evidencia mas no a su legalidad (CSJ SP, 19 Feb. 2009, Rad. 30598, CSJ AP 7385, 16 Dic. 2015, entre otras), no significa: (i) excepcionar la obligación constitucional y legal que tiene la Fiscalía General de la Nación de someter las evidencias físicas a los protocolos de cadena de custodia; (ii) negar la trascendencia de los protocolos de recolección, embalaje, rotulación, etcétera, en la autenticación de evidencias físicas que puedan ser fácilmente suplantadas o alteradas; ni (iii) desconocer la importancia de la adecuada autenticación de las evidencias físicas en el proceso de determinación de los hechos en el proceso penal».*²⁰

No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que si por alguna razón no se cumple con la obligación de someter las evidencias físicas al procedimiento de cadena de custodia, el artículo 277 de la Ley 906 de 2004 admite que su autenticidad se pueda acreditar por cualquier medio de conocimiento, en virtud, como se ha dicho, del principio de libertad probatoria, carga demostrativa de la parte que las presente en juicio.

En ese contexto, no le asiste razón al recurrente al cuestionar sin fundamento, de cara a los postulados de la sana crítica, la autenticidad del elemento, pues el Tribunal

¹⁹ CSJ SP, 19 feb. 2009, rad. 30598.

²⁰ CSJ SP-12229, 31 ago. 2016, rad. 43916.



lo hizo al otorgar credibilidad al testimonio de HELIO TULIO GUTIÉRREZ, quien refirió la manera como recibió el objeto sobre el que hizo sus análisis, el tipo de estudio que realizó y la forma como consignó los resultados en el informe que obra como evidencia número dos (2).

Este testimonio se articula con la queja presentada por CÉSAR MERCADO SÁNCHEZ, quien le manifestó a su médico, que la medicina suministrada por la IPS era diferente a la que venía consumiendo, razón por la cual entregó el medicamento al Dr. ÁLVARO CALDERÓN, quien a su vez lo envió a Bristol Myers de Colombia, en donde fue sometido a análisis por parte del experto HELIO TULIO GUTIÉRREZ, quien lo sometió a examen y determinó que el contenido del envase no se correspondía con lo anunciado en el mismo.

En el curso de la actuación, ni en la instrucción ni en la audiencia del juicio oral, se cuestionó la autenticidad del elemento material de la conducta que se le atribuye al acusado. Por el contrario, las declaraciones de los anteriores testigos razonablemente conducen, como lo concluyó el Tribunal, a considerar que el elemento examinado en los laboratorios de Bristol Myers de Colombia es el mismo que entregó CÉSAR MERCADO al médico tratante y los mismos por virtud de los cuales se dio inicio a la actuación.

Téngase en cuenta al respecto, que el informe preliminar realizado por HELIO TULIO GUTIÉRREZ



ÁLVAREZ sobre el producto Sprycel tabletas de 50 mg fue aportado por la Fiscalía General como evidencia No. 2, y en él consta que *«el envase, tapa, etiqueta, caja marcación, textos, impresos, distribución de colores corresponden al producto importado excepto su contenido»*²¹.

De igual modo, obra la comunicación enviada a la Fiscalía General de la Nación por parte de éste testigo en la cual consignó que *«la muestra relacionada en el caso del producto sprycel tabletas x 50 mg. Lote 9^a4703D, fue enviada al fabricante Bristol Myers Squibb Company Mount Vernon Indiana, Estados Unidos de América, para realizar los análisis Físico Químicos pertinentes en la investigación»*²².

Frente a este conjunto de pruebas el Tribunal acertadamente concluye que el frasco contentivo de la droga que recibió el paciente fue el mismo que entregó al médico Álvaro Calderón y que este remitió a Bristol, que allí se revisó, sin que el recurrente describa una situación particular que permita inferir que el producto tuvo alguna suerte de alteración, que afectara la autenticidad de los elementos aducidos a la actuación, es decir, que hubieren sido mutados al punto de poder predicar errores trascendentes en relación con el tema objeto de censura.

En consecuencia, el cargo no prospera.

²¹ Folio 115, ibídem.

²² Folio 96, ibídem.



Cargo tercero: La nulidad por violación al principio de motivación.

El Estado social de derecho tiene como uno de los elementos de control, racionalidad y legitimidad democrática del juez el deber de motivar las resoluciones judiciales. La motivación de la decisión judicial satisface dos condiciones internas del proceso. En primer lugar, es una herramienta para el adecuado ejercicio del derecho de defensa del imputado o acusado y demás intervinientes, y, en segundo término, facilita el control por parte de instancias superiores en virtud de los recursos. Desde una perspectiva externa, la motivación de la decisión judicial es condición necesaria para predicar su racionalidad, y garantizar, de paso, que la resolución no sea producto del capricho del juzgador.

La motivación encuentra su fundamento democrático en el respeto a la voluntad del pueblo, que se manifiesta a través de sus representantes, en la producción y aplicación de la ley. Es uno de los parámetros de la legitimación interna o jurídica de la decisión, así como de la externa o democrática. En efecto, «la falta de motivación de las providencias judiciales interfiere en el carácter de función pública que la Constitución le asigna a la administración de justicia (art. 228, C.P.) y, al mismo tiempo, afecta el derecho de toda persona al debido proceso»²³.

En el caso en estudio resulta oportuno recordar que la jurisprudencia de la Sala ha señalado que quien alega una

²³ Corte Constitucional, Sent. T - 589 de 2010.



nulidad debe identificar la clase de irregularidad sustancial, indicar si se trata de un vicio de estructura o garantía, presentar los fundamentos fácticos, indicar los preceptos que considera afectados, argumentar la razón de su quebranto; y, finalmente, especificar el momento procesal a partir de la cual se generó la irregularidad.

Debe tenerse en cuenta, así mismo, que en materia de nulidades rigen una serie de principios que deben ser atendidos si se quiere que la nulidad prospere. Estos son: **i)** el de taxatividad que implica que sólo se puede nulitar un proceso conforme a las causales estipuladas en la ley; **ii)** el principio de trascendencia que obliga a la declaratoria de nulidad sólo cuando se afecten garantías fundamentales o las bases fundamentales del proceso; **iii)** las ritualidades tienen una determinada finalidad y si a pesar de la irregularidad el acto cumplió la finalidad no podrá decretarse su invalidez —principio de instrumentalidad de las formas; **iv)** la convalidación significa que la irregularidad debe ser reclamada por el perjudicado en forma y tiempo oportuno, siempre que no trasgredan sus garantías fundamentales; **v)** el principio de residualidad dispone que la nulidad procede cuando no haya otra manera de corregir la irregularidad; y **vi)** que la persona que solicite la nulidad no haya dado lugar a la irregularidad.

La existencia de nulidad por falta de motivación requiere demostrar la presencia de uno cualquiera de los siguientes vicios: **i)** que el fallo carece totalmente de motivación; **ii)** que siendo motivado, es dilógico o ambivalente; **iii)** que su



motivación es incompleta; o **iv**) que la motivación es aparente o sofisticada (CSJ SP, 18 de jul. de 2007, rad. 26255).

No obstante, es necesario precisar que en el presente caso la irregularidad no se presentó, pues el Tribunal Superior efectivamente motivó la decisión con respecto a lo establecido en el artículo 306 del Código Penal sobre usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, como lo confirma los siguientes segmentos de su fallo:

«Se encuentra probado en el proceso que el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, es representante de la empresa DOSALEX E.U. constituida con un capital de dos millones de pesos, dedicada a la compra y suministro de medicamentos para tratamiento de enfermedades catastróficas (cuarto nivel). Igualmente, se estableció que dicha empresa funciona en un sector de la ciudad (residencial) en una casa de familia en la cual no se encuentra absolutamente ningún elemento que permita concluir que ahí funcione un negocio de esa naturaleza, tal como refrigeradores para la conservación de la droga, personal administrativo, etc. No fue posible aducir facturas de compra de los medicamentos que adquiría y quienes eran sus proveedores.

(...)

Es más, según las declaraciones de renta de la empresa que fueron introducidas al juicio se tiene que entre el 2008 y 2009, las finanzas de DOSALEX se dispararon, sus ingresos operacionales para el 2009 fueron de \$515.000.000,00, costo operacional de ventas de 189 millones de pesos.

No puede ser casualidad entonces que esa prosperidad coincida con el suministro a UMBRAL ONCOLOGICO. Veamos: Dijo bajo juramento en la audiencia de juicio oral la Dra. ADRIANA DEL PILAR GOMEZ MURILLO, Gerente de Asuntos Regulatorios de Bristol, que al hacer la preparación de toda la información que debía suministrar al INVIMA, verificó con el área correspondiente al interior de la compañía que tipo de relación tenía con BRISTOL la empresa involucrada, y se le confirmó que la IPS UMBRAL ONCOLOGICO de Montería era cliente de la compañía desde enero de 2002 hasta marzo de 2008. Es claro entonces que a partir de esa fecha el suministro de medicamentos lo venía haciendo DOSALEX E.U. y no hay



que hacer un mayor esfuerzo mental para inferir las razones del cambio de proveedor»²⁴.

«Está acreditado en el presente caso que el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, por intermedio de DOSALEX E.U. suministró a la IPS UMBRAL ONCOLOGICO el medicamento SPRICEL 50mg, del laboratorio BRISTOL, pues un paciente de nombre CESAR MERCADO SANCHEZ, quien venía siendo tratado por el Dr. ALVARO CALDERON y le había formulado dicho medicamento al tener noticias de que se trataba de una droga con muchas propiedades para la enfermedad que padecía, LEUCEMIA MIELOIDE CRONICA, tal como se desprende del testimonio rendido por el galeno en el juicio oral»²⁵.

(...)

«Ahora, en relación con el tipo penal descrito en el Art. 306, es claro que ampara otro bien jurídico, cual es El Orden Económico Social, de tal suerte que para que se configure la conducta se requiere que la fiscalía demuestre la existencia del registro o notoriedad de la marca, según lo ha expresado la Honorable Corte Suprema de Justicia»²⁶.

«En el presente caso la fiscalía cumplió con esa tarea, al punto que fue objeto de estipulación probatoria en la audiencia preparatoria "...la existencia jurídica del laboratorio BRISTOL MEYERS SQUIBB DE COLOMBIA S.A.; el registro del medicamento SPRYCEL como marca perteneciente al laboratorio mencionado y su registro sanitario ante el INVIMA (...)"²⁶.

«Luego entonces, cuando el procesado en forma fraudulenta suministra a la IPS UMBRAL ONCOLOGICO, medicamento con el nombre de SPRYCEL, siendo auténtico el envase, rotulo, marca y presentación, pero que su contenido es otro medicamento, ajustó su comportamiento a la descripción típica prevista en el Art. 306 del Código Penal, con lo cual, sin justa causa y estando en condiciones de dirigir su conducta en forma diferente, en forma dolosa, con plena conciencia de la antijuridicidad vulneró el bien jurídico tutelado por el Estado. Así pues, nos encontramos frente a un concurso heterogéneo de conductas punibles, realizadas a título de dolo»²⁷.

²⁴ Folio 369, ibídem.

²⁵ Folio 368, ibídem.

²⁶ Folio 359, ibídem.

²⁷ Folio 359, ibídem.



Las anteriores referencias de la sentencia, entre otras, evidencian que la decisión fue debidamente argumentada en lo atinente a la usurpación de los derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, en consecuencia no se reúne la exigencia de que la sentencia carezca de manera total de motivación.

En efecto, la sentencia describe el comportamiento, realiza la respectiva adecuación típica y se ocupa de los temas de la antijuridicidad y realiza el respectivo juicio de reproche. Tampoco encuentra la Sala que la motivación permita su interpretación en más de un sentido o que contenga argumentos falsos o que sea incompleta.

Conforme con lo precedente y contrario a lo solicitado por el demandante, no se casará por este cargo la sentencia condenatoria dictada en contra de los procesados. Se procede, entonces, a estudiar los otros cargos.

En mérito de lo expuesto, **LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. NO CASAR el fallo impugnado con fundamento en la demanda formulada por el defensor del acusado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, por lo anotado en la motivación de esta sentencia.



SEGUNDO. REMITIR la actuación al Tribunal de origen para que proceda de conformidad con lo aquí resuelto.

Contra esta decisión no proceden recursos.


Notifíquese y cúmplase.

~~LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA~~

~~Presidente~~


~~JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA~~


JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO


FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO


EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER



Casación, radicado No. 48.610
ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ



EYDER PATIÑO CABRERA



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria