

REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERÍA
SALA PENAL

Montería, veintitrés (23) de mayo de dos mil dieciséis (2016)

Aprobado Acta No. 097

Radicado No. 11 001 60 00090 2009 00268 00

Magistrado Ponente: MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía y el representante de víctimas, contra la sentencia del 27 de mayo de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de descongestión de Montería, mediante la cual se absolvió al señor ALEXANDER ORTEGA HERNÁNDEZ, quien fue acusado por los delitos de CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.

HECHOS

El 20 de agosto de 2009, el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, identificado con cedula de ciudadanía N° 78.749.705 en su

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

calidad de representante legal de la comercializadora DOSALEX E.U, vendió mediante factura N° 0447 de la misma fecha, un medicamento denominado "SPRYCEL® DASATINB 50mg", a la IPS UMBRAL ONCOLOGICO, el cual dijo haber adquirido previamente a través de un tercero identificado como EDISSON ALZATE en la plaza de mercado de Medellín. Dicho medicamento se suministró para el tratamiento de la enfermedad de LEUCEMIA MIELOIDE CRONICA, al paciente CESAR AUGUSTO MERCADO SANCHEZ, 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 SPRICEL no eran iguales a las que vía tomando, pues además de su diversa característica éstas le daban diarrea, motivo por el cual se lo hizo saber a la señora BLANCA INES ACEVEDO, representante de venta del Laboratorio fabricante BRISTOL MYERS SQUIBB DE COLOMBIA, quien a su vez le pidió que le entregara el medicamento al médico tratante Dr. Álvaro 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.

ACTUACIONES PROCESALES

El día 09 de octubre de 2012 la Fiscalía formuló imputación contra el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, a quien se le enrostraron, en calidad de autor, las conductas punibles de CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS, tipificado en el artículo 372 del Código Penal y

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL prevista en el artículo 306. El imputado no acepto los cargos.

Luego de presentado el escrito de acusación, el día 15 de julio de 2013 se llevó a cabo audiencia de Formulación de acusación, sin variar la calificación realizada en la imputación de cargos.

El 16 de julio de 2014 se celebró audiencia preparatoria y el 3 de septiembre de la misma anualidad se inició audiencia de juicio oral la cual, luego de algunas suspensiones, finalizó el 6 de octubre de 2014. El sentido del fallo fue absolutorio. El día 27 de mayo del 2015 la Juez Tercero Penal del Circuito de descongestión con funciones de conocimiento de Montería profirió fallo absolutorio a favor del señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, por lo que la fiscalía y el representante de victimas interpusieron recurso de apelación.

INDIVIDUALIZACIÓN E IDENTIFICACION DEL ACUSADO

ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, identificado con cedula de ciudadanía N° 78.749 705 de la ciudad de Montería, nacido el 17 de mayo de 1976, edad 37 años, residente en la ciudad de Montería en la carrera 8ª # 33-45, de profesión u oficio comerciante. Distinguido con las siguientes características morfológicas: se trata de un sujeto de sexo masculino, de 1.85cms de estatura, color de piel moreno, contextura gruesa, y sin limitaciones físicas.

LA SENTENCIA RECURRIDA

El Juez de instancia en la sentencia reconoció los siguientes hechos como probados:

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

La actividad comercial desempeñada por el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, esto es, la compraventa de medicamentos de línea hospitalaria y oncológica de IV nivel, actividad que realizaba mediante la empresa unipersonal (EU) denominada DOSALEX E.U. de la cual ostentaba la calidad de representante legal.

Que para el 20 de agosto del 2009 en la ciudad de Montería, en la IPS UMBRAL ONCOLOGICO , se le prestaron los servicios de salud al paciente CESAR MERCADO SANCHEZ, quien tenía la enfermedad de LEUCEMIA MIELOIDE CRONICA y se le suministraba por la IPS el medicamento SPRYCEL® 50mg mediante la comercializadora DOSALEX E.U.

Que el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ efectivamente era el que proveía el medicamento SPRYCEL ® 50mg a través de su comercializadora DOSALEX E.U. y a su vez el proveedor de aquel, era una persona que recibía el medicamento de enfermos de cáncer en etapa terminal en la plaza minorista de Medellín.

Considera la juez de instancia que desde el punto de vista objetivo las conductas punibles atribuidas al señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ, se encuentran tipificadas, sin embargo, resulta pertinente realizar un análisis valorativo del acervo probatorio practicado e introducido al juicio oral, ya que evidenció diferentes inconsistencias en los testimonios rendidos por los señores CESAR MERCADO (paciente), ALVARO CALDERON (médico tratante), BLANCA INES ACEVEDO (representante de ventas del Laboratorio Bristol), HELIO TULIO GUTIERREZ (perito del laboratorio Bristol) y el señor JORGE ISACC CASTRO (pareja del paciente Cesar Mercado). Además aduce que la cadena de custodia hecha respecto del contenido del frasco de

SPRYCEL® y que las muestras físicas de las pastillas o el medicamento no hicieron parte del material probatorio.

En cuanto a la prueba testimonial, sostiene que la persona que consumía el medicamento, señor CESAR MERCADO, en su entrevista señaló haberse tomado la mayoría de sus pastillas que contenía el frasco y al percatarse de que su contenido era diferente al habitual se lo lleva al médico tratante; mientras que el citado galeno depone recibir de manos de su paciente, por cuanto se le había informado de un beneficio por la entrega de tal elemento, el cual recibe sin advertir si dentro del mismo existía o no algún contenido; mientras que la gerente de la IPS UMBRAL ONCOLOGICO afirma que como resultado de la entrevista con el profesional tratante éste determinó y confirmó el trámite de un lanzamiento de la nueva presentación del medicamento correspondiente a la remisión de un frasco vacío de 50mg para recibir uno de 100mg; a lo cual se suma que dicho médico señala en su declaración no haber entregado esa nueva presentación, mientras que el paciente en su entrevista incorporada mediante testigo de acreditación señala que el médico al recibir el frasco le entregó otro de 100mg y de ello se finaliza que dicho objeto fue remitido al laboratorio BRISTOL.

Aunado a esto en el testimonio de la señora BLANCA INES ACEVEDO para la fecha de los hechos afirmó conocer al señor MERCADO SANCHEZ, debido a un programa de apoyo que brindaba el laboratorio a los enfermos de cáncer, para que se realizaran los exámenes, diagnóstico y seguimiento de su enfermedad en COLSANITAS, ubicada en la ciudad de Medellín, siendo el único paciente que en ese momento estaba siendo tratado con SPRYCEL 50mg, en Montería, y que al seguirle con el control, este manifestó que las pastillas del referido eran diferentes a las que usualmente consumía y eran suministradas por la IPS a lo cual ella respondió que dejaran la conversación hasta ahí y que ella se comunicaría con el médico tratante.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado Nº 11 001 60 00090 2009 00268

En cuanto al dicho del señor JORGE ISAAC CASTRO, pareja del paciente MERCADO SANCHEZ, al rendir su testimonio, manifestó que mientras su pareja siguió el tratamiento con SPRYCEL estuvo mejorando su estado de salud y nunca presentó problemas con el medicamento, haciendo la salvedad mientras estaban con UMBRAL ONCOLOGICO, pero si con el entregado por Farma Salud cuando fue trasladado de la citada IPS hasta el IMAT. En cuanto a las pastillas sostuvo que “estaban descascaradas” (sic), igualmente dijo que el frasco de SPRYCEL que se le entregó al médico tratante doctor CALDERÓN lo fue para el recambio, que él mismo lo entregó vacío.

Por otra parte, en relación con la cadena de custodia, el juez de primera instancia sostiene que en nuestro ordenamiento jurídico se entiende por cadena de custodia el conjunto de procedimientos que permite el seguimiento y control de los elementos materiales probatorios y evidencia física, con el fin de garantizar la integridad, identidad, mismidad, autenticidad y aptitud de los mismo, dentro de cualquier proceso adelantado, máxime de ser garante del respeto del derecho fundamental al debido proceso, constatándose en el artículo 254 y subsiguientes del estatuto procedimental penal que dicho procedimiento se iniciara en el lugar de los hechos y finalizara por orden de autoridad competente, estando bajo la responsabilidad de los servidores públicos que entren en contacto con los elementos materiales probatorios encontrados en el lugar de los hechos y que los particulares en razón a su trabajo o en cumplimiento de sus funciones propias de su cargo serán responsables de su recolección, preservación y entrega a la autoridad correspondiente, es decir a la Fiscalía General de la Nación, quien es la encargada de adelantar la acción penal sobre las conductas punibles en el territorio nacional.

Así las cosas – argumenta la juez de instancia - se debería entender que el frasco recibido por el perito si contenía pastillas en su interior que no

correspondía al medicamento SPRYCEL refrendado en ese recipiente; sin embargo, la forma como se obtuvieron las muestras para su posterior análisis, con el fin de probar la adulteración, alteración o corrupción por parte del señor ORTEGA HERNANDEZ, no se estableció con suficiente claridad por parte del ente fiscal, pues la técnica utilizada no fue la más idónea y precisa, toda vez que no se salvaguardó el protocolo de la cadena de custodia, pues resaltó en la audiencia del juicio que el objeto base de estudio, fue enviado por el médico tratante, el cual determinó que era un frasco de medicamento, que él no revisó si estaba lleno o vacío porque venía cerrado, el envío se hizo por medio de una transportadora comercial sin las observaciones de ley al laboratorio BRISTOL, y sobre este punto hubo varias versiones encontradas ya que unos testigos decían que el frasco iba vacío y otros que no, restando veracidad a la adulteración endilgada al encartado debido al inadecuado procedimiento en la práctica de la prueba.

Sumado a lo anterior el juez de instancia se apoya en lo dicho por la honorable corte suprema de justicia, sala de casación penal, en **Sentencia Del 09 De Octubre De 2013** y en el **Artículo 86 De Código De Procedimiento Penal**, advierte que de ningún modo le resta credibilidad al dictamen pericial realizado por el laboratorio pero si duda y de manera convincente de que tal medicamento sea el mismo que el señor ORTEGA HERNANDEZ vendió y fue suministrado al paciente, pues no existe prueba suficiente o aval probatorio que acredite que el medicamento contenido en el frasco no fuese SPRYCEL 50mg cuando fue entregado a la IPS, o cuando fue remitido al laboratorio y por último éste entregado al químico.

Así pues, a juicio de la sentenciadora, se le dificulta otorgar total credibilidad respecto de la versión dada por la fiscalía sobre la explicación que dijo al preguntársele el motivo de la inexistencia física del medicamento supuestamente adulterado cuando afirma de manera

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

contundente que la sustancia se destruyó en su totalidad con el análisis de laboratorio, ya que este en su procedimiento denunció ante el INVIMA los hechos que le sirvieron a esta entidad para promover la denuncia, y de ser así, se vulneró con ello el debido proceso en la causa penal al no permitirle al acusado igualdad de armas frente al análisis de dicha sustancia.

Con base en los anteriores argumentos la juez de instancia absolvió al señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ de los cargos formulados por la fiscalía en la acusación.

ARGUMENTOS DE LOS RECURRENTES

Fiscalía

La Dra. FLOR ANGELA ORJUELA SANABRIA, Fiscal Quinta del Grupo de Propiedad Intelectual y Telecomunicaciones, interpuso oportunamente el recurso de apelación en contra de la sentencia absolutoria y sustentó de la siguiente manera:

En primer lugar sostiene que no es objeto de discusión por ninguna de las partes los hechos que dieron origen a la presente investigación, puesto que hasta el juzgado da por cierta la existencia de los mismos. Sin embargo – dice la recurrente – no comparte la postura de la juez cuando finca la duda en la prueba pericial por el hecho de haber sido realizada por particulares y no por orden de la fiscalía, ya que no se puede perder de vista que dicha experticia se realizó antes de que la fiscalía asumiera el conocimiento de los hechos, en virtud a que luego de que se tiene probada la adulteración del medicamento se puso en conocimiento del INVIMA los hechos por parte del Laboratorio BRISTOL, y fue dicho instituto quien pasó a la fiscalía el asunto.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

Cuestiona precisamente que la juez no haya analizado el testimonio de la señora BLANCA INES ACEVEDO, Representante de ventas de BRISTOL, según la cual refiere cómo llega a su conocimiento los hechos y los pasos que se dieron hasta llegar a la fiscalía el asunto.

Resalta la apelante que el paciente es quien se percata de que el medicamento no es el mismo que le venían suministrando, es quien directamente lo entrega al médico tratante, lo cual quedó plasmado en la entrevista rendida ante la fiscalía. Testimonio que no llegó al juicio debido a la muerte del paciente, pero que fue introducida dicha entrevista con un testigo de acreditación. Se pregunta la fiscalía: ¿dónde está la duda si lo dicho por el paciente es corroborado por el laboratorio?

Considera la Fiscalía que la juez nunca explicó en donde se rompió la cadena de custodia, por el contrario, el protocolo si se cumplió si se tiene en cuenta que el medicamento fue entregado directamente por el paciente al médico tratante, éste lo sella y envía al laboratorio y el perito lo recibe debidamente sellado. Además, recuerda que es la misma juez quien afirma que el frasco si tenía pastillas y que los hechos típicos están probados.

Fustiga los argumentos de la sentenciadora en relación con la violación al principio de igualdad de armas, por el hecho de que no se haya dejado contra muestra para una eventual experticia técnica que la defensa quisiera realizar sobre las referidas pastillas, conforme al Art. 87 del C.P.P. Sostiene la recurrente que para determinar la autenticidad del medicamento el llamado a hacer la prueba pericial era el mismo laboratorio fabricante y que es necesaria la destrucción del material para poder hacer los análisis químicos de las sustancias.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

Dice la fiscalía que la juez no hizo inferencia razonable, en relación con algunas circunstancias, tal como la forma como el procesado adquirió el medicamento, que si bien es cierto, como se afirma en la sentencia, para la época de la venta del mismo no estaba tipificada la conducta que hoy figura en el Art. 374A del Código Penal, no lo es menos que debió tenerse en cuenta por la juzgadora que dicho comportamiento no era delito pero partiendo de la base que se trataba de medicamentos auténticos y no adulterados.

Otro aspecto que la Juez no tuvo en cuenta es el hecho de que DOSALEX E.U, cuyo representante legal es el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, es una empresa de papel, creada con un capital de dos millones de pesos y al año pasó con seiscientos millones de pesos, aunado a que no existe facturación de los medicamentos adquiridos.

Por las razones antes expuestas la Fiscalía solicita al Tribunal revoque la sentencia absolutoria impugnada y en su lugar se emita una de condena en contra del señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, como autor responsable de los delitos de CORRUPCION DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MEDICOS O MATERIAL PROFILACTICO (Art. 372 del Código Penal); en concurso con el punible de USURPACION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INDUSTRIAL (Art. 306 del Código Penal).

Representante de Víctimas

El Dr. JUVIER ARMANDO BENAVIDES en su condición de representante de la víctima, Laboratorio BRISTOL, interpuso apelación en contra de la sentencia absolutoria. En la sustentación de la alzada, luego de hacer una amplia exposición sobre los hechos y la prueba indiciaria en la jurisprudencia nacional, concretó su inconformidad en relación a la falta

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

de valoración probatoria por parte de la juez de instancia, especialmente sobre los siguientes aspectos:

Resalta que DOSALEX EU cuyo representante legal es el hoy sentenciado, se constituyó con un capital de dos millones de pesos, ubicada en la ciudad de Montería en la carrera 8 No. 33 - 45, y sus ingresos operacionales para el 2009 fueron de 615.000.000; costo operacional de ventas de 189 millones de pesos.

Cuestiona el testimonio de la señora MARIA JOSEFINA CASTILLO NEGRETE, representante legal de UMBRAL ONCOLOGICO, quien afirma que el frasco se envió vacío; pues tal circunstancia no le consta. Además tiene interés en la investigación, puesto que no le conviene que la I.P.S. que representa aparezca como que compra medicamentos adulterados.

Además, dice el recurrente, existen circunstancias que apuntan a que el frasco fue enviado con las tabletas, dado que el paciente MERCADO SANCHEZ, recibió el medicamento SPRICEL con 60 tabletas el día 20 de agosto de 2009. Las tabletas analizadas en el laboratorio el 11 de septiembre de 2009 fueron 33, coincidiendo ese número con las que a la fecha del envío del medicamento al laboratorio debía aun estar en el frasco, teniendo en cuenta que el paciente se tomaba dos tabletas por día.

En cuanto a la supuesta irregularidad advertida por la juez de primera instancia, en relación con el dictamen pericial realizado por el laboratorio Bristol, considera el recurrente que es inexistente, puesto que la misma se realizó antes de que se iniciara la indagación preliminar por parte de la fiscalía; descubierto el fraude es cuando se pone en conocimiento el hecho a la autoridad sanitaria y es ésta quien da parte a la Fiscalía.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

Además, agrega el recurrente, el testimonio del perito HELIO TULIO GUTIERREZ, tiene un gran valor y debe ser tenido en cuenta al momento de emitir el fallo, pues el informe y dicho testimonio se descubrió en su oportunidad, fue objeto de controversia en el juicio, la defensa pudo contrainterrogar al perito sobre el informe, explicando el experto las razones por las cuales la muestra se destruyó. El recurrente fortalece su argumento citando a la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sentencia de septiembre 21 de 2011, Radicado 35133 M.P. Javier Zapata Ortiz.

Considera que el procesado adecuo su comportamiento a la descripción del Art. 372 del Código Penal, en lo que tiene que ver con el verbo rector ALTERAR, ya que para estos efectos se entiende por alterar la sustitución total o parcial del medicamento, tal como se define el término en el Art. 2º del Decreto 677 de 1995.

Es por todo lo anterior que considera que la sentencia absolutoria recurrida debe revocarse y en su lugar erigir una de condena, por los delitos descritos en los Art. 372 y 306 del Código Penal.

Los no recurrentes no intervinieron

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

SALA PENAL DE DECISIÓN

El Tribunal resolverá si con la prueba legalmente recaudada y debatida en la audiencia de juicio oral, emerge conocimiento más allá de duda razonable sobre la responsabilidad del procesado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ. Obviamente en ese análisis se verificará el valor suasorio que puede tener el dictamen pericial practicado antes de que la

fiscalía ejerza su potestad persecutora y por quien a futuro resulta víctima de la conducta punible.

Se analizará igualmente que trascendencia tiene, en este caso, frente al ejercicio del derecho de defensa, la inexistencia de contra muestra que permita la realización de un nuevo examen sobre el medicamento que se dice alterado.

Antes de entrar a estudiar el material probatorio vertido al proceso, es bueno recordar que en nuestro sistema procesal penal rige el principio de valoración conjunta de la prueba (Art. 380), que impone, además del examen individual del medio suasorio, su apreciación teniendo en cuenta las demás probanzas que militen en el proceso; así como el postulado de libertad probatoria (Art. 373) según el cual ningún medio de prueba es de carácter obligatorio o vinculante, esto quiere decir que ninguno puede reemplazar el autónomo discernimiento del juez, y que además, los medios de prueba no se circunscriben exclusivamente a los taxativamente señalados en el Código de Procedimiento Penal. Apreciación que no puede ser arbitraria, ya que debe estar sujeta a la sana crítica, que no es otra cosa que tener en cuenta la lógica, las reglas de experiencia, el sentido común.

Por lo anterior, no se puede sostener que la prueba indiciaria desapareció en la ley 906 de 2004, por el hecho de que no aparece en su catálogo de pruebas. Por el contrario, demostrada determinada circunstancia por cualquier medio de prueba, se puede hacer inferencia lógica con base en las reglas de la experiencia, para dar por demostrado otro hecho desconocido, construyendo de esa manera la prueba indiciaria; que si bien no se descubrió como tal en la audiencia preparatoria para nada afecta el derecho de defensa y de contradicción, puesto que el hecho indicador debe estar probado con prueba

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

legalmente aducida, introducida y debatida en el juicio. Desde hace una década lo viene reiterando en ese sentido la jurisprudencia nacional.¹

Se encuentra probado en el proceso que el señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, es representante legal 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 adquiriría y quienes eran sus proveedores. Puede decirse, desde esta perspectiva que DOSALEX E.U. es una empresa fachada o de papel para dar apariencias de legalidad a la comercialización ilegal de medicamentos.

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 615.000.000; 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 BISTOL la empresa involucrada, y se le confirmó que la IPS

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, sentencia de marzo 30 de 2006. Radicado 24468, M.P. Edgar Lombana Trujillo.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado Nº 11 001 60 00090 2009 00268

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.

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.

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 él mismo quien observó que las tabletas contenidas en el frasco no eran iguales por su forma a las que ya venía tomando como 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 a 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 experto del Laboratorio Bristol, pues se trataba de un antiviral y no del medicamento Sprycel. Antiviral que en efecto puede producir diarrea en algunas personas, según lo sostuvo el Dr. ALVARO ENRIQUE CALDERON GOMEZ en su testimonio.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

Por otra parte, coincide con lo afirmado por el señor CESAR MERCADO SANCHEZ en dicha entrevista, el testimonio de la señora BLANCA INES ACEVEDO, Gerente Nacional de ventas del Laboratorio BRISTOL, quien relata en forma coherente y pormenorizada los motivos o razones por los cuales prestaba asistencia a los pacientes que usaban dicho medicamento, precisando que en Montería era el único que tomaba las tabletas de SPRYCEL 50 mg y precisamente en una de esas visitas el señor MERCADO SANCHEZ le pone de presente que la droga que estaba tomando ahora como Spryicel era diferente a la que venía ingiriendo, agregando que le producía diarrea.

Es precisamente la señora BLANCA INES ACEVEDO quien dispone que el frasco de SPRYCEL le sea entregado por el mismo paciente al médico tratante para que lo envíe al laboratorio a fin de establecer la autenticidad del contenido del mismo.

Como se puede evidenciar a primera vista este testimonio, desprovisto de toda malicia o interés en el asunto, encaja perfectamente en la realidad procesal, solo encuentra alguna leve resistencia en el testimonio del médico tratante Dr. ALVARO CALDERON y la representante de la IPS Dra. MARIA JOSEFINA CASTILLA NEGRETE, personas que realmente tienen de alguna manera interés en las resultas del proceso, en cuanto al médico es evidente que a lo largo de su testimonio trata de minimizar de alguna manera los graves hechos, sembrando dudas respecto al resultado del peritazgo, cuando a pesar de admitir que fue la persona que puso al correo con destino al Laboratorio Bristol el frasco que le entregó el paciente CESAR MERCADO SANCHEZ, refiere que no sabe ni se percató que dicho frasco tuviera en su interior medicamento o fuera vacío, tal afirmación no resulta creíble desde ningún punto de vista, puesto que como médico tratante, siendo quien formuló la droga indicando su dosis, lo mínimo que se esperaba de él era verificar ese aspecto, dado que cualquiera que fuera la circunstancia

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

en que se fuera el envase el paciente se quedaría sin el vital e importante tratamiento. No resulta razonable que un médico de su experiencia, conocimiento y dedicación, según se trasluce de su propio testimonio, deje sin tratamiento a un paciente remitiendo el medicamento al laboratorio porque le dijeron de una promoción.

Sostuvo en su testimonio el Dr. ALVARO ENRIQUE CALDERON GOMEZ que ejerce su profesión como médico Hematólogo, en un noventa por ciento como independiente compartiendo su tiempo entre las ciudades de Sincelejo y Montería; pero que tiene vinculación directa con la I.P.S. UMBRAL ONCOLOGICO. Lo anterior quiere decir que la suerte de dicha empresa está ligada a su trabajo, de tal manera que tiene un motivo para de alguna manera maquillar lo sucedido y hacer menos gravosa la situación de la I.P.S involucrada en tan graves hechos.

Lo propio se puede decir del testimonio de la Dra. MARIA JOSEFINA CASTILLA NEGRETE, representante legal de la IPS UMBRAL ONCOLOGICO quien asegura que el frasco fue remitido vacío al laboratorio, sin que ello le conste directamente.

Ahora, del testimonio de la representante legal de la IPS se desprende que entre ella y el médico tratante existe amistad y confianza, lo cual se deduce por la forma como se refiere al galeno. Así se expresó en el interrogatorio que le hizo la Fiscalía en el juicio.

*“**FISCAL:** aclare entonces a la señora jueza ¿quién fue el que envió el medicamento a BRISTOL?*

***TESTIGO MARÍA JOSEFINA CASTILLA NEGRETE:** Según me dijo Álvaro, fue Álvaro, le mando en un sobre el pote vacío que le devolvió el paciente a petición me imagino que de él.*

FISCAL: *¿Por qué razón usted acude al señor Álvaro Gómez, (sic) cuando se le comenta que hay un caso de SPRYCEL, que tiene problema?, ¿Por qué a él?*

TESTIGO MARÍA JOSEFINA CASTILLA NEGRETE: *es muy claro doctora si yo no manejo SPRYCEL, si están hablando de un SPRYCEL claro yo voy donde Álvaro y le digo Álvaro explícame ¿qué es esto de este paciente? ¿Cuéntame que paso aquí?, él era el primero que me tenía que decir.”*

Del testimonio del señor JORGE ISAAC CASTRO, pareja del paciente ya fallecido, no se extrae nada relevante dado que no tiene conocimiento directo de los hechos y sus afirmaciones son inexactas; pues no pudo ser él quien entregó el frasco supuestamente vacío al médico tratante, ya que está por demás probado que lo hizo el mismo paciente. No le consta nada.

Mirando al otro extremo, la pregunta que se hace el Tribunal es: ¿Qué interés puede tener el Laboratorio Bristol en considerar adulterado, no siendo así, un producto auténtico producidos por ellos? La respuesta es obvia: Ningún interés. Por el contrario, bueno para la prosperidad del Laboratorio que se promocionen y distribuyan sus medicamentos.

En cuanto a si la prueba pericial ordenada por la juez de conocimiento en la audiencia preparatoria debe ser excluida de su análisis por ilegal, considera la Sala que ello no resulta razonable por las siguientes consideraciones:

En primer lugar, esa prueba fue realizada al interior de la compañía presuntamente afectada, no se tenía certeza en ese momento de la existencia de una conducta punible. El medicamento sobre el cual recaía sospecha fundada de que estaba adulterado fue objeto de un análisis

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado Nº 11 001 60 00090 2009 00268

interno por el propio laboratorio. Solo cuando se tuvo el resultado que no dejaba dudas de que el contenido del frasco fue suplantado por otra droga, es cuando se remite un informe completo del hallazgo a la autoridad nacional encargada de esos controles: INVIMA. Es este instituto el que da cuenta a la fiscalía sobre las actuaciones para que se inicie la acción penal correspondiente.

Luego entonces, si nos encontramos en un sistema procesal penal de partes, la iniciativa probatoria, ya no es exclusiva del Estado, puede procurar elementos materiales probatorio la defensa, pero de igual manera - ya eso no se discute - la víctima puede acopiar elementos materiales probatorios, que, para no desequilibrar, solo la fiscalía puede hacer valer en el juicio luego de ser descubiertos oportunamente en la audiencia de acusación y enunciados, solicitados y ordenados en la audiencia preparatoria. Obviamente que la víctima tendrá limitaciones constitucionales y legales para efectos de esa búsqueda, puesto que no podrá afectar derechos fundamentales del posible infractor o de terceros.

No encuentra el Tribunal razón alguna para desechar el dictamen pericial practicado por el propio laboratorio, si el informe y el testimonio del perito experto fueron debidamente descubiertos, debatido en el juicio oral con todas las garantías para que la defensa ejerciera el contradictorio.

Ahora, es verdad que de las pastillas o tabletas que llegaron al laboratorio (33 en total) no se dejó una contra muestra para efectos de que se pudiera hacer otro dictamen pericial que pudiera requerir la defensa. De lo cual funda la juez de instancia una violación al derecho de defensa del procesado.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

Realmente encuentra la sala que, en casos como el presente, que no se deja una contra muestra, ello no siempre lleva a una absolución, por aquello del principio de libertad probatoria y libre apreciación racional por parte del juzgador.

La defensa en este caso, no debió limitarse a lamentar la inexistencia de una contra muestra y que por ello no podía solicitar un nuevo dictamen para enfrentar al presentado por la fiscalía, era necesario además, convencer al juzgador de la trascendencia de esa nueva experticia, sobre todo, cuando se tuvo la oportunidad de contrainterrogar al perito en el juicio oral. Por otra parte, el sentenciador, valorará esta circunstancia para acoger o restarle credibilidad al informe pericial, luego de un análisis a la luz de los demás medios de prueba, pero no para excluir del acervo probatorio la prueba pericial.

Ahora, si analizamos el informe y testimonio del Perito HELIO TULIO GUTIERREZ 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 50mg, según el frasco que las contenía y cuya etiqueta y presentación si era original, pertenecían al Lote 9A4703D, cuyas tabletas eran ovalada 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. Explicando que el laboratorio deja muestras de cada lote de medicamento que saca, precisamente para efectos de futuras comparaciones en casos como el presente. Además, se repite, ¿qué interés puede tener el laboratorio en presentar adulterado un producto auténtico?

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

Ahora, era tan burdo el cambio del medicamento que es el propio paciente Sr. CESAR MERCADO SANCHEZ, quien se percata que las tabletas eran diferentes. Lo cual unido a que el procesado adquirió dicho medicamento, según su propio dicho, en la plaza de mercado de Medellín y de manos del señor EDINSON DARIO ALZATE, quien amparado en el hecho de que para esa fecha aún no era delito comercializar medicamentos en tales condiciones, no dudó en acolitar al procesado. (Hoy se encuentra tipificado en el Art. 374 A del Código Penal)

Aclara la Sala que no era delito la comercialización de medicamentos entregados a un usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero en el entendido que dicho medicamento era autentico, esto es, no era adulterado.

No es de recibo tampoco la tesis de que el procesado pudo comprar de buena fe el medicamento, si se tiene en cuenta cada una de las circunstancias planteadas en acápite anteriores, tal como que la empresa por él representada es a todas luces una empresa fachada, no se encontró factura alguna de compra que indique que adquiriría la droga que vendía de proveedores legalmente constituidos o directamente de laboratorios; el desmesurado incremento del patrimonio en el periodo 2008 – 2009, todo lo cual apunta a demostrar el dolo con el que el procesado venía comercializando medicamentos adulterados, poniendo en riesgo, sin justificación alguna, el bien jurídico tutelado por el legislador cual es La Salud Pública, además, en particular, la vida de los pacientes.

Para la Sala no existe duda alguna de que el procesado adecuo su comportamiento a la descripción que el legislador hizo en el Art. 372 del Código Penal como CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS, PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS; así como el Art. 306 del

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

mismo Estatuto punitivo, como USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD INDUSTRIAL. Descritas así:

Art. 372.-El que envenene, contamine, altere producto o sustancia alimenticia, médica o material profiláctico, medicamentos o productos 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 aumentaran hasta mitad, si bel que suministre o comercialice fuere el mismo que la elaboro, envenenó, contamino o alteró.

Si las 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 dela profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Art. 306.- El que, fraudulentamente, utilice nombre comercial, enseña, marca, patente de invención, modelo de utilidad, diseño industrial, o usurpe derechos de obtentor de variedad vegetal, protegidos legalmente o similarmente confundibles con uno protegido legalmente, incurrirá en prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de veintiséis punto

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

sesenta y seis (26.66) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En la misma pena incurrirá quien financie, suministre, distribuya, ponga en venta, comercialice, transporte o adquiera con fines comerciales o de intermediación, bienes o material vegetal, producidos, cultivados, o distribuidos en las circunstancias previstas en el inciso anterior.

En relación con la primera conducta punible (artículo 372) debe precisarse que el verbo rector considerado es el de alterar, y que si bien es cierto dentro del envase auténtico de Sprycel 50mg, se introdujo otro medicamento (antiviral), no lo es menos que dicho proceder debe entenderse como una alteración, dado que así lo define el Art. 2º del Decreto 677 de 1995, que integra o complementa el Art. 372 del Código Penal, y que a la letra dice:

Art. 2º Definiciones. Para efectos del presente Decreto, se adoptan las siguientes definiciones:

(...)

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

a...

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

e...

Es por ello que, cuando se introduce en un envase original y medicamento extraño al que corresponde, se adecua la conducta en el

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

tipo penal previsto en el Art. 372 del Código Penal, al conjugar el verbo rector alternativo de alterar el medicamento.

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 Justicia²

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..."*

Luego entonces, cuando el procesado en forma fraudulenta suministra a la IPS UMBRAL ONCOLOGICO, medicamento con el nombre de SPRYCEL, siendo autentico 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.

Como quiera que la juez de instancia, acogiera parcialmente los argumentos del defensor del procesado para emitir sentencia

² sentencia de julio 21 de 2004, Sala Casación Penal, radicado 19702, M.P. Dr. Alfredo Gómez Quintero.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

absolutoria, al Tribunal revocar dicha sentencia con otro punto de vista, con lo cual se entienden rebatidos tales planteamientos.

En base a las anteriores consideraciones, el Tribunal concluye que le asiste razón a los recurrentes, Fiscalía y representante de víctimas, cuando demandan de la colegiatura la revocatoria de la sentencia recurrida y en su lugar solicitan una de condena en contra del procesado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ. Así se procederá.

PUNIBILIDAD

El punible de Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico, para este evento, tiene pena prevista de cinco (5) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En cuanto al punible de Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales, trae pena de prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de 26.66 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además de la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Como se configura un concurso de conductas punibles, conforme al artículo 31 del Código Penal, se seleccionará como base de la pena la prevista en el tipo penal de Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico (Art. 372 del C.P.) Así quedan los cuartos:

Primer cuarto será de 60 meses hasta 81 meses de prisión; un segundo cuarto de 81 meses, más 1 día de prisión, hasta 102 meses de prisión; tercer cuarto de 102 meses, más 1 día de prisión hasta 123 meses de

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

prisión, y un último cuarto de 123 meses de prisión, más 1 día, hasta 144 meses de prisión.

La fiscalía en la audiencia de acusación no imputó circunstancias de mayor punibilidad, por consiguiente, siendo que debe darse por probada la buena conducta anterior del procesado, es imperativo para el Tribunal ubicarse dentro del primer cuarto mínimo, según el inciso segundo del artículo 61 del Código Penal el cual dispone: “el sentenciador solo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes **o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva**, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.”

Una vez seleccionado el ámbito de movilidad, cual es, como quedó expresado, el **cuarto mínimo**, corresponde seguir los lineamientos del inciso 3° y 4° del Artículo 61 del Código Penal, para concretar la individualización judicial, ponderando, entre otros, “los aspectos relativos a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la responsabilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y la función que ella cumplirá en el caso concreto...”

Considera el Tribunal que la conducta desplegada por el actor resulta de suma gravedad, no solo por el bien jurídico tutelado, sino, además, por el potencial daño que representa para la comunidad en general el hecho de que los medicamentos formulados por el médico tratante, muchas veces como en este caso entregados “a la fuerza” en razón de una acción de tutela, sean suministrados adulterados atentando contra la vida de las personas más necesitadas por su situación de debilidad manifiesta. En casos como estos, la Fiscalía debería profundizar en sus investigaciones para establecer la incidencia que pudo tener en la muerte del paciente la ingesta de una droga no formulada, pues antes

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

que mejoría o paliativo para el padecimiento de la enfermedad puede adelantar el desenlace fatal, caso en el cual el delito de Homicidio puede ser atribuido a quien, con dolo eventual, utiliza tan macabras prácticas para obtener beneficio económico.

Por lo antes expuesto, además por la intensidad del dolo con el que actuó el procesado, la Sala no se ubicará en el extremo mínimo del primer cuarto, considerando justa y proporcional la pena, por este delito, en setenta (70) meses de prisión y el pago de una multa equivalente a doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para el momento en que se haga el pago de la misma.

Estamos en presencia de un concurso heterogéneo de conductas punibles, pues además del Art. 372 del Código Penal, se infringió el 306 del mismo Estatuto punitivo, esto es, **Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales**, el cual tiene pena prevista prisión de cuatro (4) a ocho (8) años y multa de 26.66 a 1.500 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Siguiendo el trazado del Art. 31 del Código Penal la Sala incrementa veintiséis (26) meses de prisión. La multa se incrementará en diez (10) salarios mínimos legales mensuales.

En conclusión se impondrá al procesado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, una pena de NOVENTA Y SEIS MESES (96) MESES DE PRISION Y MULTA EQUIVALENTE A DOSCIENTOS SESENTA (260) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES, para el momento en que se haga el pago de la misma.

Así mismo, como pena principal se inhabilitará al sentenciado para ejercer el comercio y cualquier actividad u oficio que tenga relación con la compra o suministro de medicamentos, por un término de ocho años.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado Nº 11 001 60 00090 2009 00268

Se oficiará a la Superintendencia de Industria y Comercio para que tome las medidas pertinentes.

Igualmente, conforme lo dispone el Art. 52 del Código Penal, como pena accesoria, inhabilitar al señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena de prisión, para lo cual, una vez ejecutoriado este fallo, se remitirá copia de la sentencia a la Registraduría Nacional del Estado Civil y a la Procuraduría General de la Nación.

MECANISMOS SUSTITUTIVOS Y SUBROGADOS

Por el monto de la pena impuesta no habrá lugar a la suspensión de la ejecución de la pena, conforme al art. 63 del Código Penal.

En cuanto al sustituto de la pena de prisión por la de prisión domiciliaria, encuentra la sala que se cumplen los requisitos exigidos por el Art. 38B del Código Penal para su otorgamiento, no encontrándose dentro de las prohibiciones a que se refiere el Art. 68A ídem. Para ello el procesado tendrá que garantizar mediante caución, equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, el cumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 38B del Código Penal.

Se dispondrá entonces la captura del procesado ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, quien será recluido en establecimiento carcelario mientras legaliza la sustitución de la pena de prisión por la de prisión domiciliaria, prestando la caución impuesta y suscribiendo el respectivo acta de compromiso.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MONTERIA, EN SALA PENAL DE DECISIÓN,**

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia absolutoria a favor del señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, de fecha mayo 27 de 2015, emitida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Descongestión de Montería. En su lugar se dispone CONDENAR al antes mencionado a una pena de NOVENTA Y SEIS (96) MES DE PRISION Y AL PAGO DE MULTA EQUIVALENTE A DOSCIENTOS SESENTA (260) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, como autor responsable de los punibles de Corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico descrito en el Art. 372 del Código Penal, en concurso heterogéneo con el punible de Usurpación de derechos de propiedad industrial y derechos de obtentores de variedades vegetales (Art. 306 del mismo Estatuto Punitivo).

SEGUNDO: Inhabilitar al sentenciado para ejercer el comercio y cualquier actividad u oficio que tenga relación con la compra o suministro de medicamentos, por un término de ocho años. Se oficiará a la Superintendencia de Industria y Comercio para que tome las medidas pertinentes.

TERCERO: Inhabilitar al señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de la pena de prisión.

CUARTO: Librar orden de captura en contra del señor ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNANDEZ, para ello se oficiará al Director de la SIJIN en la ciudad de Montería. Por la Secretaría de la Sala se libraré el oficio correspondiente.

QUINTO: Sustituir la pena de prisión por la de prisión domiciliaria, que se cumplirá en la residencia ubicada en la ciudad de Montería en la carrera 8ª # 33-45, para lo cual prestará caución equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que consignará en la cuenta de Depósitos Judiciales del Banco Agrario, a órdenes de la Sala Penal del Tribunal Superior de Montería, con lo cual garantizará el cumplimiento de las siguientes obligaciones:

- a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
- b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
- c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
- d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad.

SEXTO: De no hacerse efectiva la sustitución de la pena de prisión por la de prisión domiciliaria, el INPEC determinará el centro carcelario en que se cumpla la pena.

Procesado: ALEXANDER JAVIER ORTEGA HERNÁNDEZ
Delito: CORRUPCIÓN DE ALIMENTOS PRODUCTOS MÉDICOS O MATERIALES PROFILÁCTICOS Y
USURPACIÓN DE DERECHO DE PROPIEDAD.
Radicado N° 11 001 60 00090 2009 00268

SEPTIMO: Ejecutoriado este fallo, se dispone remitir la carpeta al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Montería, pues el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Descongestión de Montería ya no existe, como es de público conocimiento.

OCTAVO: Ejecutoriada esta sentencia, remitir copia de la misma a la Procuraduría General de la Nación y a la Registraría Nacional del Estado Civil, conforme lo dispone el Art. 462 de la Ley 906 de 2004. Así mismo se dará cumplimiento al Art. 5º del acuerdo 094 de 1997 del Consejo Superior de la Judicatura.

NOVENO: Las partes quedan notificadas en estrado. Contra esta sentencia procede el recurso de casación, dentro de los cinco días siguientes a su notificación, ante la Honorable Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia (artículo 183 de la ley 906 de 2004)

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL FIDENCIO TORRES GALEANO

Magistrado ponente

VICTOR RAMÓN DIZ CASTRO

Magistrado

LIA CRISTINA OJEDA YEPES

Magistrada

SAMET ROCÍO BAQUERO MENDOZA

Secretaria Ad - Hoc