

CUI 1100160000902020

Número interno 59652

CASACIÓN

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

Magistrado ponente

Radicación # 59652

Acta 195

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil veintiuno (2021).

VISTOS:

Resuelve la Sala si admite o no la demanda de casación presentada por el defensor de JUAN MARCOS DOMINGUEZ LÓPEZ contra la sentencia proferida por el Tribunal de Cartagena el 8 de marzo de 2021, confirmatoria de la dictada el 5 de junio de 2020 por el Juzgado 1 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de la misma ciudad, a través de la cual lo condenó como autor del delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico.

HECHOS:

El 28 de septiembre de 2010, personal de la Clínica Intensivista de Maternidad Rafael Calvo IPS de Cartagena, a partir de su oficio y experiencia, advirtió irregularidades e inconsistencias en los recipientes, empaques y el contenido del medicamento Survanta

suspensión de 8 ml, producido por Abbott Laboratorios de Colombia S.A., correspondiente a un surfactante pulmonar de alto costo, utilizado en cuidados intensivos para recién nacidos.

Con anterioridad, el 13 de mayo de 2010, JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ LÓPEZ, en su condición de representante legal de la Corporación Salud y Vida de la Costa CORPOVIDA (empresa sin sede física y sin autorización del DADIS –Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena— para comercializar medicamentos), expidió factura a favor de la referida Clínica Intensivista –en la cual se desempeñaba como Subgerente— por la venta de aquella medicina.

Los lotes 8744EZ de agosto de 2009 y fecha de vencimiento enero de 2011, y 8171EZ con fecha de fabricación septiembre de 2009 y vencimiento febrero de 2011, no fueron comercializados por Laboratorios Abbot en el territorio colombiano y carecen de registro de importación, así como del registro sanitario ante el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA); además, no fueron reconocidos como procedentes del titular de la marca Abbott Laboratorios de Colombia S.A. –empresa que certificó no tener relaciones comerciales con CORPOVIDA—.

En su doble condición, DOMÍNGUEZ LÓPEZ comercializó el producto sin cumplir los protocolos de las autoridades sanitarias y no fue señalado su origen ni su procedencia legítima.

ACTUACIÓN PROCESAL:

En audiencia realizada el 10 de septiembre de 2015 ante el Juzgado 12 Penal Municipal con función de control de garantías de Cartagena, la Fiscalía imputó a JUAN MARCOS DOMINGUEZ la comisión de los delitos de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico y usurpación de derechos de propiedad industrial.

Radicado el escrito de acusación el 9 de noviembre de 2015, la correspondiente audiencia se realizó el 18 de octubre de 2016 en el Juzgado 1 Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Cartagena, manteniendo la Fiscalía la acusación por los referidos punibles.

En el juicio oral, en la sesión del 26 de febrero de 2020, el juez declaró la prescripción de la acción penal derivada del delito de usurpación de derechos de propiedad industrial. El 5 de junio de la misma anualidad profirió fallo, a través del cual condenó a DOMINGUEZ LÓPEZ a 66 meses de prisión, multa por 250 salarios mínimos, inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo de la pena de privativa de libertad, como autor del delito de corrupción de alimentos, productos médicos o material profiláctico. Le fue concedida la prisión domiciliaria.

Impugnada la anterior determinación por la defensa, fue confirmada por el Tribunal de Cartagena mediante la sentencia recurrida en casación, dictada el 8 de marzo de 2021.

LA DEMANDA:

Consta de 3 cargos:

1. Primero: “Manifiesto desconocimiento de las reglas de apreciación de la prueba”.

1.1. Respecto de la tipicidad objetiva, adujo el recurrente, el Tribunal no estructuró la conducta a partir de las circunstancias establecidas en el inciso 1 del artículo 372 del Código Penal, sino con base en las del inciso 2, específicamente porque se verificó la comercialización de un medicamento con incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, en cuanto no provino de un laboratorio autorizado, para lo cual citó documentos de la OMS, del INVIMA y de laboratorios que alertan sobre el peligro de medicinas falsificadas.

Entonces, está probado que el medicamento encontrado en la Maternidad Rafael Calvo es fraudulento. Con inferencia lógica se concluyó que los medicamentos fraudulentos son falsificados y por ello, son peligrosos, de modo que no cumplen con las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia.

Para el defensor, tal inferencia es errada, pues un medicamento fraudulento no implica que sea falsificado o adulterado (literal a del artículo 2 del Decreto 677 de 1995). Lo fraudulento hace referencia en este asunto a que el laboratorio titular de la marca o registro sanitario no fabricó el producto, tema correspondiente a las patentes, o no lo fabricó para Colombia pues su importación no ha sido autorizada.

Lo anterior no quiere decir que esté alterado y menos, que incumpla las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia. El Tribunal incurrió en un falso juicio de identidad.

También configuró un falso juicio de existencia, al asumir que se probó en este asunto el incumplimiento de condiciones en el medicamento Survanta 8 ml, lo cual no es así, pues la defensa estipuló la existencia de su registro sanitario INVIMA, en el cual sólo se dice que debe almacenarse con temperatura de 2 a 8 grados centígrados, situación ajena a dichas circunstancias técnicas.

Según el artículo 2 del Decreto 677 de 1995, el registro sanitario “es el documento público expedido por el Invima o la autoridad delegada, previo el procedimiento tendiente a verificar el cumplimiento de los requisitos técnicolegales establecidos en el presente Decreto, el cual faculta a una persona natural o jurídica para producir, comercializar, importar, exportar, envasar, procesar y/o expender los medicamentos cosméticos, preparaciones farmacéuticas a base de recursos naturales, productos de aseo, higiene y limpieza y otros productos de uso doméstico”.

Entonces, si el producto no está alterado, de acuerdo con el inciso 2 del artículo 372 del

Código Penal y con el artículo 2 del Decreto 677 de 1995, no están probadas sus condiciones técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia, luego la conducta es atípica objetivamente.

1.2. Sobre la identidad entre el medicamento vendido por CORPOVIDA y el encontrado en la Maternidad Rafael Calvo se probó: (i) El 13 de mayo de 2010 aquella empresa vendió a la última dos unidades del medicamento Survanta en suspensión de 8 ml. (ii) La factura de venta fue firmada por JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ como representante legal de CORPOVIDA. (iii) Entre el 26 y 28 de agosto de 2010 Erika Martínez informó al laboratorio Abbot acerca de un hallazgo de dos medicamentos Survanta presuntamente alterados en la mencionada clínica.

El Tribunal dio por probado que las medicinas vendidas a la Clínica Intensivista en mayo de 2010 son las mismas que se encontraron allí en agosto de esa anualidad con base en la referida factura de venta, pese a no contar con los datos necesarios para establecer si las vendidas son las mismas encontradas en agosto de tal año.

La Corporación de segundo grado consideró que si en la factura de venta no se identificaron los medicamentos con su fecha de fabricación y vencimiento, y números de lote, ello corresponde a una circunstancia irregular sobre el debido diligenciamiento de tal documento. Lo cierto es que incurrió en falso juicio de existencia, pues no hay pruebas que den cuenta o permitan establecer qué sucedió con el medicamento vendido en mayo de 2010, desde esa fecha hasta el 26 de agosto siguiente, ni si se trata del mismo comercializado meses atrás.

Las testigos de cargo Erika Martínez González y Vivían Lorena Castro Acosta son presenciales, únicamente, en lo que les consta, esto es, que entre el 26 y el 28 de agosto de 2010 observaron en la Clínica de Maternidad Rafael Calvo un medicamento Survanta 8 ml, al parecer alterado y de ello informaron al Laboratorio Abbot, pero se trata de testigos de

oídas respecto de la procedencia de esa medicina, no pueden afirmar que una persona vinculada a CORPOVIDA lo entregó, particularmente, JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ, pues quien podría informar sobre ello no asistió al juicio.

Tal situación es relevante porque tanto el juzgador de primera instancia como el Tribunal aseguraron que el delito se configuró el 13 de mayo de 2010 cuando CORPOVIDA vendió dos medicamentos Survanta 8 ml.

No hay prueba de que las medicinas vendidas en mayo de 2010 estuviesen alteradas o hubiesen sido comercializadas incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia. Tampoco de que hayan sido las que Erika Martínez González y Vivían Lorena Castro observaron en la Clínica en agosto de 2010.

Si en gracia de discusión, los medicamentos vendidos en mayo son los mismos entregados en agosto, ¿por qué se asume que CORPOVIDA los tuvo en su poder o custodia en ese lapso? no hay prueba de ello. Por el contrario, una regla de la experiencia indica que una vez realizada la compraventa se entrega la cosa.

Fue por lo anterior que el juez de primera instancia tuvo como hecho probado que el acusado entregó los medicamentos en la noche del 25 de agosto de 2010, en cuanto era consciente de la debilidad del caso en este punto, pero por ese hecho no hubo acusación y, por su parte, el Tribunal consideró irrelevante tal aspecto.

2. Segundo cargo: Falta de congruencia entre acusación y sentencia.

Los hechos que en ambas sentencias se tuvieron por probados sin haber sido objeto de acusación por la Fiscalía y que vulneraron el derecho de defensa de JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ son los siguientes:

En la audiencia de acusación del 18 de octubre de 2016 no hubo cambios relacionados con

la imputación fáctica presentada por parte de la Fiscalía en su escrito. El marco temporal de la acusación es mayo de 2010, el marco territorial es Cartagena, Bolívar.

JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ LÓPEZ fue acusado como autor de los delitos de corrupción de alimentos, productos médicos o profilácticos (artículo 372) por el verbo rector comercializar, en concurso con usurpación de derechos de propiedad industrial (artículo 306), aduciendo que fue él quien como representante legal de la Corporación Salud y Vida de la Costa CORPOVIDA, proveyó el medicamento SURVANTA suspensión de 8 mililitros a la Clínica Intensivista de Maternidad Rafael Calvo IPS de Cartagena.

Precisó la Fiscalía: “Para el señor JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ LÓPEZ, debe tenerse en cuenta que comercializó medicamento que no fue distribuido por el laboratorio titular de la marca, luego se presume incumple con la exigencia técnica que otorga el INVIMA, ya que el registro sanitario es el que garantiza la composición, estabilidad y eficacia, y eso hace que estemos también frente al inciso segundo del artículo 372 del Código Penal”.

Sin embargo, el juez de primer grado expresó en el fallo que se puede descartar la buena fe del procesado “en especial por haber autorizado el ingreso del medicamento en horas de la noche”. En otro aparte afirmó que DOMÍNGUEZ LÓPEZ “mostró un comportamiento perverso pues las drogas se ingresaron a la clínica en las horas de la noche”. Igualmente acotó que “la entidad que representa que se encargó del suministro del medicamento (CORPOVIDA) no se tiene noticia que tenga la infraestructura para el manejo a bajas temperaturas de este producto” e igualmente señaló que JUAN MARCOS DOMINGUEZ “se encargó de llevar la droga a la clínica”, entregándola “subrepticamente en horas de la noche”, para también agregar que “CORPOVIDA no estaba autorizada por el DADIS para comercializar este medicamento”.

Por su parte, el Tribunal “consideró que todos esos hechos, pese a no haber sido acusados y tenidos en cuenta para la condena, no comportan una trasgresión relevante que vulnere el

derecho de defensa de tal manera que se haga necesaria la declaratoria de nulidad” y “condenó con base en un hecho que no se acusó”, expresando: “olvida el apelante que la Fiscalía en su acusación especificó que la empresa CORPOVIDA, representada legalmente por el procesado, era solo una empresa de ‘papel’, circunstancia de la cual se deriva implícito el hecho de no poseer una sede física de funcionamiento, solo la reportada para el registro correspondiente ante la Cámara de Comercio”.

Al respecto adujo el defensor que no podía condenarse a su representado “por una presunta omisión en los controles relativos a la comercialización de estos medicamentos, sencillamente porque no se le acusó nunca de haber omitido ninguna situación, como lo da a entender el juez de primera instancia al afirmar que en el señor DOMÍNGUEZ LÓPEZ primó un accionar de desmedido ánimo de lucro”.

En el recurso de apelación del fallo la defensa insistió en que los testimonios de Erika Martínez González y Vivían Lorena Castro Acosta eran de oídas, debido a que de ellos el juzgado derivó que se enteraron por otra persona (que no asistió al juicio) que, supuestamente, JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ de manera personal, en horas de la noche, en forma subrepticia y con un ánimo de lucro desmedido entregó los dos medicamentos a los que se atribuye la condición de alterados.

El Tribunal aceptó que se condenó por hechos no acusados, pero, al tiempo, expuso que esa irregularidad no era relevante y, por ende, no procedía la nulidad solicitada, toda vez que, aun teniendo en cuenta esas circunstancias modales, se llegaría exactamente a la condena con sustento en la constatación del negocio jurídico (venta de los medicamentos en mayo de 2010) y otros hechos.

“El Tribunal confirmó la condena con argumentos totalmente diferentes, lo que en la práctica implica que se está ante una nueva sentencia de primera instancia y condenatoria, ante la cual la de defensa solo puede interponer el recurso extraordinario de casación”.

También la Corporación de segundo grado “se valió de un hecho que no fue objeto de acusación: que la empresa CORPOVIDA solo era una empresa fachada y de ello, de manera indiciaria, concluyó que los medicamentos comercializados por esta, en particular los vendidos el 13 de mayo de 2010, no podían haber cumplido con las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia de tales productos farmacéuticos”.

Igualmente se tuvo “en cuenta otro hecho no acusado: a JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ nunca se lo llevó a juicio por el hecho de que CORPOVIDA no tuviese las condiciones necesarias para mantener las mencionadas condiciones técnicas; lo que indicó la Fiscalía fue que ‘debe tenerse en cuenta que comercializó medicamento que no fue distribuido por el laboratorio titular de la marca, luego se presume incumple con la exigencia técnica que otorga el INVIMA, ya que el registro sanitario es el que garantiza la composición, estabilidad y eficacia, y eso hace que estemos también frente al inciso segundo del artículo 372 del Código Penal’”.

Se trata de hechos totalmente diferentes, pues bien puede un lugar de almacenamiento poseer la infraestructura necesaria para garantizar el mantenimiento de las condiciones técnicas de un medicamento y que, pese a ello, los allí almacenados no posean el registro expedido por el INVIMA, o bien, pueden poseer tal registro y no estar almacenados en las condiciones exigidas por el fabricante y la autoridad sanitaria.

Se vulneró el derecho de defensa del acusado, pues desde un inicio la estrategia defensiva iba encaminada a guardar silencio sobre la ausencia del registro INVIMA, toda vez que según el artículo 2 del Decreto 677 de 1995, tal falta hace que el medicamento sea concebido como producto farmacéutico fraudulento, no alterado, al disponer: “Producto farmacéutico fraudulento. Se entiende por producto farmacéutico, el que se encuentra en una de las siguientes situaciones: (...) g) Cuando no esté amparado con Registro Sanitario”.

Sin embargo, el Tribunal asumió esa situación como equivalente a que el medicamento no hubiese sido comercializado conforme a las exigencias técnicas aludidas y con ello condenó “con base en un hecho no acusado”.

Según esa Corporación, el delito se configuró el 13 de mayo de 2010, cuando CORPOVIDA emitió la factura de venta a la Clínica Intensivista Maternidad Rafael Calvo, pues tuvo lugar la comercialización con irrespeto de las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia de los medicamentos. “A esa conclusión solo puede llegarse si se tienen en cuenta los hechos no acusados”, esto es, que para el Tribunal la empresa fuese de papel y no tenía la infraestructura adecuada.

“Esos hechos no acusados también son la base de demostración del dolo con el que supuestamente actuó” el procesado, es decir, “se valió de todo un montaje (empresa fachada) para ocultar su actividad ilícita”.

Lo cierto es que objetivamente se tiene: CORPOVIDA vendió unos medicamentos a la Maternidad Rafael Calvo, los cuales, se dice, estaban alterados, y como JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ es el representante legal de CORPOVIDA, él debe responder penalmente por esa venta.

En la sentencia no se analizó por qué si la venta la realizó una persona jurídica (CORPOVIDA) debe responder por este hecho el representante legal.

Se asumió el dolo en el proceder del acusado a partir de “hechos que no fueron objeto de acusación”, “es razonable y hace parte del riesgo propio de la comercialización que alguno de los productos que se venden presenten defectos”, en este caso se condenó con base en responsabilidad objetiva. Sin los hechos que tuvo en cuenta el juez no podía condenarse de manera congruente, no hay prueba del dolo.

Las sentencias de primera y segunda instancia violaron la prohibición contenida en el

artículo 448 del estatuto procesal penal, según el cual, “El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena”.

Se vulneró el derecho de defensa de DOMÍNGUEZ LÓPEZ, pues la sentencia incongruente le impidió pronunciarse sobre esos hechos novedosos, no pudo pedir pruebas de descargo sobre los mismos, no pudo contrainterrogar teniéndolos en cuenta, no pudo alegar de conclusión apreciándolos. La vulneración es trascendente porque, como se expuso, sin esos hechos el juez de primera instancia no tenía pruebas para demostrar el actuar doloso del procesado.

La infracción afectó de tal manera el derecho de defensa y el debido proceso, que la única manera de subsanar el error es decretar la nulidad a partir de la celebración de la audiencia de acusación.

3. Tercero: “Indebida aplicación de una norma llamada a regular el caso. Artículo 181.1 del CP”.

El Tribunal erró al escoger la disposición citada, pues concluyó que el medicamento está alterado en cuanto se comercializó incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, al no provenir del laboratorio titular de la marca y señalar que “la modalidad de medicamento fraudulento por falsificación de la marca es una forma de incumplir con las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia del medicamento”.

Cuando una medicina no proviene del laboratorio autorizado, no se ubica dentro de la definición de producto farmacéutico alterado ni fraudulento, según el artículo 2 del Decreto 677 de 1995.

Lo señalado por el Tribunal se adecúa a la definición dada por el citado decreto al

medicamento fraudulento (literal f del artículo 2), esto es, “con la marca, apariencia o características generales de un producto legítimo y oficialmente aprobado, sin serlo”.

Es decir, en el fallo de segundo grado se integró el tipo penal en blanco (inciso 2 del artículo 372 del Código Penal) con una norma que, pese a existir y tener validez jurídica, no corresponde al caso, porque el tipo penal no consagra como punible la comercialización del medicamento fraudulento, sino del alterado, luego la conducta es atípica.

Con fundamento en lo expuesto, el defensor solicito a la Sala decrete la absolución de JUAN DOMINGUEZ LOPEZ o en su defecto declare la nulidad del proceso desde la audiencia de acusación.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

De conformidad con el artículo 184 de la Ley 906 de 2004, “si el demandante carece de interés, prescinde de señalar la causal, no desarrolla los cargos de sustentación”, la demanda se inadmitirá.

Advierte la Sala que el casacionista no cumplió con la exigencia dispuesta en el artículo 183 de la citada legislación, según la cual, corresponde al actor presentar “demanda que de manera precisa y concisa señale las causales invocadas y sus fundamentos”.

Sobre el primer cargo, en su aparte inicial, referido al desconocimiento de las reglas de apreciación de las pruebas respecto de la tipicidad objetiva, encuentra la Corte que, en efecto, como lo admitió el recurrente, DOMINGUEZ LÓPEZ fue acusado por comercializar el medicamento Survanta suspensión de 8 ml, sin cumplir las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia que puede colocar en peligro la vía de los neonatos.

Sin embargo, acto seguido no señaló si los falladores incurrieron en error de hecho o de derecho en la violación indirecta de la ley sustancial que postuló conforme a la causal

invocada y tanto menos atinó a señalar si se trató de un falso juicio de existencia por suposición u omisión de pruebas, un falso juicio de identidad por cercenamiento, adición o tergiversación de los medios probatorios, o de un falso raciocinio por quebranto de las reglas de la sana crítica, esto es, los principios lógicos, los postulados científicos o las máximas de la experiencia.

Tampoco dijo si tuvo lugar un falso juicio de convicción sobre pruebas tarifadas legalmente por el legislador o un falso juicio de legalidad con relación a una prueba legal que se tuvo como ilegal y fue marginada, o bien, un medio probatorio ilegal que fue apreciado cuando debió tenersele como nulo de pleno derecho.

Aunque aseveró que el Tribunal incurrió en falso juicio de identidad, no procedió como era su deber a identificar la prueba sobre la cual recayó, el aparte adicionado, cercenado o tergiversado y tampoco indicó de qué manera tal yerro tuvo incidencia en el sentido del fallo.

De la misma manera, pese a decir que en la decisión atacada se incurrió en un falso juicio de existencia, en cuanto se dio por demostrado el incumplimiento en las condiciones técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia del medicamento, no tuvo en cuenta las consideraciones que a espacio ofrecieron los falladores sobre el particular y que más adelante se citan.

El Juez de primer grado fue claro al señalar:

“El testimonio de ERIKA MARTÍNEZ GONZÁLEZ (química) es definitivo en cuanto a que acudió al llamado de VIVÍAN LORENA CASTRO ACOSTA (química) con el fin de entrar a analizar las características de un medicamento que presentaba cuestionamientos en cuanto su originalidad. Y, aparece claro de la exposición de MARTINEZ GONZÁLEZ que la persona que detectó la situación irregular del medicamento era una terapeuta de la Clínica Intensivista Rafael Calvo y que le había entregado los dos lotes de medicamento para que se

realizara una revisión técnica ante las dudas presentada por la legitimidad del producto.

“Obsérvese que los medicamentos eran tan ostensiblemente distintos que no se usaron por el cuerpo de salud y ello es muy significativo porque la terapeuta, muy conmovida, sabía que estaban en juego la vida de unos neonatos, por lo que solicitó una ayuda más calificada, la colaboración de las químicas de la entidad para la que laboraba.

“La revisión técnica se realizó por las químicas. En un primer momento, cuenta MARTINEZ GONZÁLEZ que, atendiendo su experiencia como químicas, advirtieron que el recipiente del medicamento era distinto y las etiquetas tenían una presentación muy diferente. Revisaron entonces en la página de INVIMA y las inconsistencias ganaron mayor fortaleza.

“El laboratorio fabricante confirmó que los dos lotes eran medicamentos adulterados tal como lo hizo constar en la certificación expedida y aportada al proceso.

(...).

“La conclusión es entonces contundente: En la Clínica Intensivista Maternidad Rafael Calvo IPS, se constató el hallazgo de dos lotes del medicamento SURVANTA, adulterados, los que se intentaron usar en la unidad de cuidados intensivos. Incluso, con ocasión de la inspección realizada por el DADIS a la Clínica, dentro de la investigación administrativa generada por la queja de las químicas de la Clínica, se conocieron las facturas que corresponden a la compra de tales medicamentos, generadas por un proveedor que resultó que no estaba autorizado para tal comercialización.

“Es más: la compra de los medicamentos está documentada, hace parte de la contabilidad de la Clínica y el mismo procesado así lo admite”.

(...).

“En todo caso, la irregularidad de los medicamentos, el hecho concreto de estar adulterados, está probada por los testigos que tuvieron la posibilidad de percibir lo que era ampliamente ostensible”.

Por su parte, puntualizó el Tribunal:

“En particular, se observa que el ente acusador se ubicó en la modalidad contemplada en el inciso segundo del artículo en cita (artículo 372 del Código Penal, se precisa), y entre los verbos rectores, contemplados allí en forma alterna, se seleccionó el de ‘comercializar’, en este caso el medicamento SURVANTA, bajo la modalidad ‘incumpliendo las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia’.

(...).

“Para la estructuración de esta conducta se requiere ya no que se haya modificado la estructura bioquímica, física u orgánica del producto, como sucede cuando ha sido envenenado, contaminado o alterado, sino que se entiende que el mismo en un comienzo cumplió con tales exigencias, pero cuando se procede a la distribución, suministro comercialización del producto o la sustancia se encuentra afectado, lo que puede suceder, de acuerdo al tipo penal, por i) deterioro, ii) caducidad o iii) incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia.

(...).

“El incumplimiento de las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia de la sustancia, producto o material, guarda relación, respectivamente, con las características primarias del producto, las cualidades que permiten que el producto mantenga sus propiedades originales y la aptitud para producir los efectos propuestos, determinados por métodos científicos.

(...).

“La modalidad de medicamento fraudulento por falsificación de la marca es una forma de incumplir con las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia del medicamento, a las luces del inciso segundo del art. 372 del C.P.

(...).

La Corporación de segundo grado citó un documento de Laboratorio Pfizer, en el cual se expone:

“Los medicamentos falsos carecen de garantía que aseguren su calidad. La baja calidad de los medicamentos puede conducir a una menor eficacia, así como a manifestaciones tóxicas que no se producen con los medicamentos originales. Los medicamentos falsos pueden presentar menor estabilidad (física o química) que los medicamentos originales”.

También refirió una resolución del INVIMA, respecto de la falsificación de la suspensión Survanta, en la cual se manifestó:

“En tal sentido, el medicamento de origen fraudulento al no provenir de su fabricante autorizado, queda desprovisto de calidad, seguridad y eficacia y genera el riesgo de procurar que se den las condiciones para el fallecimiento de un neonato con dificultad respiratoria y/o no contribuir a mejorar su estado de salud, incluso corriendo el riesgo de administrar y dispensar un medicamento con características tóxicas o letales”.

Como viene de verse, el tema fue abordado con profundidad en el fallo, sin que ahora la defensa pueda aducir sofisticadamente que un medicamento hecho por un laboratorio no autorizado, de origen desconocido, con empaques y presentación sustancialmente diferentes al original, comercializado por una empresa sin planta física y sin autorización del DADIS -Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena— para realizar tal

actividad, en una operación en la que el procesado actuó como vendedor (representante legal de la Corporación Salud y Vida de la Costa CORPOVIDA) y comprador (Subgerente de la Clínica Intensivista), no incumplió “las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, siempre que ponga en peligro la vida o salud de las personas”, como lo exige el inciso 2 del artículo 372 de la Ley 599 de 2000.

Este aparte del cargo debe ser inadmitido.

En cuanto atañe al segundo fragmento del mismo reproche, en el cual el recurrente puso en duda que el medicamento vendido por CORPOVIDA y el encontrado en la Maternidad Rafael Calvo fuera el mismo, nuevamente el censor procedió a plasmar su particular visión personal del asunto, pero no señaló en qué consistieron los yerros de los falladores en el ámbito de la violación indirecta de la ley derivada de la indebida apreciación de las pruebas.

Sobre el particular se manifestó en el fallo del Tribunal:

“La empresa CORPOVIDA no tenía existencia física: lo cual se demostró con los testimonios de Enrique Alberto Mazenet Granados, director operativo de salud pública del DADIS para el año 2010, y Marilyn del Carmen Betancourt Fernández, Profesional Universitario del área de la salud dirección operativa de salud pública, vigilancia y control de medicamentos y alimentos del departamento administrativo de salud DADIS para el mismo año.

(...).

“CORPOVIDA no tenía la autorización que expide el DADIS para que un establecimiento pueda comercializar medicamentos: como se había anunciado previamente, si bien este supuesto factico no hizo parte de la acusación, es susceptible de ser valorado, por cuanto tiene la condición, no de hecho jurídicamente relevante, sino de hecho indicador, esto es, un hecho a partir del cual se infiere otro hecho desconocido. La carencia del permiso que expide el DADIS para poder comercializar o distribuir medicamentos se demostró a través

de la testigo Enrique Alberto Mazenet Granados (...). En el mismo sentido, la testigo Marilyn del Carmen Betancourt Fernández (...) esa autorización no es solo de papel, sino que traduciría que cumpliría con las normas higiénicas, técnicas, locativas de control de calidad, para hacer esa actividad.

“Que la factura del 13 de mayo de 2010 no especificara datos como el lote de los medicamentos vendidos: Tal omisión por sí misma suponía un gran obstáculo para que la clínica compradora y, sobre todo, cualquier otra persona que revisara la documentación de la venta, pudiera realizar el procedimiento de trazabilidad del producto. En este punto, hay que detenerse en la noción de trazabilidad, que varios testigos refirieron a lo largo del juicio.

“La falta de identificación del lote de los medicamentos en las facturas de venta solo constituye una de las tantas irregularidades que rodearon la venta del SURVANTA a la UCI Intensivistas Maternidad Rafael Calvo, y que servirían precisamente para ocultar su origen ilícito al imposibilitarse la realización de su trazabilidad, lo que hubiese permitido detectar más rápidamente que el medicamento no provenía del laboratorio fabricante. Luego, tal circunstancia irregular de por sí, que fue provocada por los mismos intervinientes del negocio ilícito que elaboraron la mentada factura en esas condiciones, no puede utilizarse ahora por la defensa para proponer una duda en torno al objeto material de la conducta, que ya viene acreditado mediante otras pruebas, respecto de las cuales no desplegó ninguna actividad probatoria tendiente a demostrar que la clínica había mentido al suministrar al DADIS esa factura de venta como soporte de la compra del medicamento falsificado, y ni siquiera se exploró este aspecto mediante el uso del contrainterrogatorio”.

Entonces, la segunda parte de la censura debe ser inadmitida.

Con relación al segundo reparo, en el cual reclamó la falta de congruencia entre acusación y fallo, recuerda la Sala que tal consonancia debe mediar en los aspectos personal, fáctico y

jurídico:

En el primero, debe haber identidad entre el sujeto acusado y aquél respecto del cual se resuelve en la sentencia. En el segundo, identidad entre los hechos y las circunstancias plasmadas en la acusación y los fundamentos del fallo; y, en el tercero, correspondencia entre la calificación jurídica dada a los hechos en la acusación y la consignada en la sentencia. La congruencia personal y la fáctica son absolutas, mientras la consonancia jurídica es relativa, pues de tiempo atrás se admite que el juzgador pueda condenar por una conducta punible diferente a la imputada en la acusación, siempre que no agrave la situación del procesado con pena superior¹.

Sobre el alcance del artículo 448 de la Ley 906 de 2004, la Corte² ha señalado que se quebranta la congruencia entre acusación y fallo por acción o por omisión, cuando: i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación, ii) Se condena por un delito no mencionado fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, una circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad, y iv) Se suprime una circunstancia, genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de formulación de la acusación.

Precisado lo anterior, constata la Sala que el demandante en su crítica confundió la imputación fáctica, con los elementos probatorios que la sustentaron en la acusación, y con las pruebas que le dieron soporte en el fallo.

En efecto, los hechos por los cuales se acusa, esto es, la imputación fáctica, pueden acreditarse con diferentes elementos probatorios y evidencia física, en cuanto para el momento de la acusación, por regla general, no hay pruebas en el expediente, salvo las anticipadas que en este caso no tuvieron lugar.

Ahora, la demostración de esa imputación fáctica en el juicio puede realizarse por parte de la Fiscalía con los medios de prueba que a bien tenga, siempre que hayan sido solicitados, ordenados y practicados conforme a los cánones del procedimiento penal.

Así las cosas, lo común y frecuente es que pruebas practicadas en el juicio, diferentes a los elementos probatorios y evidencia física recaudada por la Fiscalía antes del debate oral, den soporte a la acreditación de la imputación fáctica y jurídica del fallo, sin que allí se advierta quebranto del principio de congruencia, pues tal postulado no exige que los soportes demostrativos de la acusación sean los mismos que den pábulo a la sentencia.

De la misma manera, la imputación jurídica puede sustentarse una vez concluido el juicio, en pruebas sustancialmente diversas de los elementos probatorios y evidencia física que obraron al momento de la acusación.

Desde luego, el error frecuente se deriva de que al efectuar la imputación fáctica, los Fiscales en la acusación aluden a los elementos probatorios y evidencia física que la soportan -como ocurrió en este asunto—, cuando, como ha sido precisado por la Sala, les corresponde señalar los hechos jurídicamente relevantes y, a la par, adecuarlos a una norma en orden a establecer la imputación jurídica, de modo que la imputación fáctica no son los elementos probatorios de la ocurrencia de la conducta investigada.

Ahora, si JUAN MARCOS DOMINGUEZ fue acusado como autor del delito de corrupción de alimentos, productos médicos o profilácticos (artículo 372 inciso 2 del Código Penal), en cuanto fue él, quien como representante legal de la Corporación Salud y Vida de la Costa CORPOVIDA (empresa sin sede física, sino solo de papel y sin autorización del DADIS -Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena— para comercializar medicamentos), comercializó el medicamento SURVANTA suspensión de 8 mililitros a la Clínica Intensivistas Maternidad Rafael Calvo IPS de Cartagena, producto que además de no haber sido importado para Colombia, no contar por ello con registro sanitario INVIMA y no

fue reconocido por Laboratorios Abbot como producido en sus instalaciones, corresponde a un medicamento alterado, delito por el cual fue condenado en las instancias, la argumentación del defensor resulta intrascendente.

Si el medicamento fue llevado a la clínica en la noche o el día, ello no cambia la imputación fáctica. Lo cierto es que el acusado no fue condenado porque su empresa fuera de papel y no contara con los permisos para comercializar el medicamento, irregularidad que en sí misma no es constitutiva de un delito.

Tampoco el defensor explicó por qué razón es probable que otras personas hayan intervenido en la comercialización del medicamento, si el mismo acusado reconoció haberlo vendido y comprado en su doble condición, como representante legal de CORPOVIDA y subgerente de la Clínica Intensivista.

En suma, el actor no señaló por qué se violó el derecho a la defensa o al debido proceso de su representado, ni de qué manera fue sorprendido en el fallo con una mutación de los hechos jurídicamente relevantes que corresponden a la imputación fáctica.

La censura debe ser inadmitida.

Sobre el tercer cargo, en el cual postuló la aplicación indebida del “Artículo 181.1 del CP”, constata la Corte, en primer lugar, que dicha disposición es ajena a esta actuación, pues corresponde a una de las circunstancias de agravación punitiva del delito de tortura.

En segundo término, nuevamente se opuso a que el Tribunal concluyera en el fallo que “la modalidad de medicamento fraudulento por falsificación de la marca es una forma de incumplir con las exigencias técnicas relativas a la composición, estabilidad y eficacia del medicamento”.

Sin embargo, no dirigió el reproche a cuestionar los fundamentos de los falladores para

coincidir con la Fiscalía, acerca de la adecuación de la conducta al inciso 2 del artículo 372 de la Ley 599 de 2000, en la modalidad de “comercializar”, de modo que no sustentó adecuadamente el cargo, pues únicamente expuso su personal interpretación de las normas sobre el particular.

En suma, no dijo por qué en la comercialización del medicamento, JUAN MARCOS DOMINGUEZ no incumplió “las exigencias técnicas relativas a su composición, estabilidad y eficacia, siempre que ponga en peligro la vida o salud de las personas”, (inciso 2 del artículo 372 de la Ley 599 de 2000), pese a que fue elaborado en un laboratorio no autorizado, de origen desconocido, con empaques y presentación diversos al original, vendido por una empresa sin planta física y sin autorización del DADIS –Departamento Administrativo Distrital de Salud de Cartagena— para realizar tal actividad, en una operación en la cual el acusado actuó como vendedor (representante legal de CORPOVIDA) y comprador (Subgerente de la Clínica Intensivista).

El cargo se inadmite.

No se observa con ocasión de la sentencia impugnada o dentro del curso de la actuación procesal, violación de derechos o garantías del acusado, como para adoptar la decisión de superar los defectos de la demanda y decidir de fondo, según lo dispone el inciso 3 de la norma citada.

Contra este auto procede el mecanismo de insistencia de conformidad con lo establecido en el artículo 184 del mencionado ordenamiento procesal y las reglas que ha definido la Sala de manera pacífica en pronunciamientos anteriores.

Cuestión final.

Como en el fallo de primer grado, confirmado por el Tribunal, se condenó al acusado “a la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio, industria o comercio por el mismo

término de la pena privativa de la libertad”, precisa la Corte que tal sanción debe entenderse únicamente respecto del ejercicio del comercio, pues fue con ocasión de la venta y compra del medicamento que se configuró el delito por el cual fue acusado y fue proferida sentencia condenatoria, sin que sea menester la inhabilitación para el ejercicio de la profesión, arte, oficio o industria.

En mérito de lo expuesto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN PENAL,

RESUELVE:

1. INADMITIR la demanda de casación presentada por el defensor de JUAN MARCOS DOMÍNGUEZ LÓPEZ.
2. PRECISAR, que además de la pena principal de prisión, se inhabilita a JUAN MARCOS DOMINGUEZ LÓPEZ para el ejercicio del comercio por el mismo lapso de la sanción privativa de libertad.

Contra esta determinación procede el mecanismo de insistencia, en los términos definidos por la jurisprudencia de la Sala.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

GERSON CHAVERRA CASTRO

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA

FABIO OSPITIA GARZÓN

EYDER PATIÑO CABRERA

HUGO QUINTERO BERNATE

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

1 Cfr. CSJ, AP, 30 jun. 2004. Rad. 20965.

2 Cfr. CSJ SP, 6 abr. 2006. Rad. 24668, CSJ SP, 28 nov. 2007. Rad. 27518 y CSJ SP, 8 oct. 2008. Rad. 29338, entre muchas otras.

3 Cfr. CSJ SP, 5 jun. 2019. Rad. 51007.