El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN / POR PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL / SERVIDORES PÚBLICOS / EL TÉRMINO PRESCRIPTIVO SE AUMENTA EN UNA TERCERA PARTE / CASO: MÉDICOS DE UNA EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.**

En el caso en estudio, el delegado de la FGN solicitó la preclusión ante la “imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal” conforme al numeral 1 del artículo 332 del C.P.P., debido a que consideraba que había operado el fenómeno de la prescripción según el artículo 83 C.P. que indica que “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la Ley”. Así, el juez de primera instancia decretó la preclusión por considerar que se trataba de la investigación del delito de homicidio culposo que según el artículo 109 C.P. contempla un máximo de pena de 108 meses (9 años) y ya que los hechos ocurrieron el 13 de marzo del 2009, para la fecha de la solicitud había transcurrido dicho término.

No obstante lo anterior, el vocero del Ministerio Público consideró en su recurso que dicha prescripción no había operado, puesto que los investigados ostentaban el carácter de servidores públicos y según el texto inicial (sin la reforma de la Ley 1474 de 2011) del artículo 83 C.P. “al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”. (…)

El artículo del 20 C.P. establece que: “Para todos los efectos de la Ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios…

… la Ley 80 de 1993 en su artículo 56 establece que “para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”. (…)

… el término de prescripción de la acción penal se incrementa en una tercera parte, es decir de 108 meses (9 años) a 144 meses (12 años); en atención a lo dispuesto en el artículo 83 original de la Ley 906 de 2004 (sin tener en cuenta la modificación de la Ley 1474 de 2011 que extendió ese término de prescripción a la mitad, por cuanto dicha norma fue expedida el 12 de julio de 2011).

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA**



**SALA DE DECISIÓN PENAL**

**M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Proyecto aprobado mediante acta Nro. 216 del cuatro (4) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Pereira, seis (6) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Hora: 2:05 p.m.

|  |  |
| --- | --- |
| Radicación | 660016000036200901251 |
| Indiciada  | MJRM y otros |
| Delito | Homicidio Culposo |
| Juzgado de conocimiento  | Segundo Penal del Circuito de Pereira |
| Asunto  | Recurso de apelación contra decisión que decretó la preclusión de la investigación. |

1. ASUNTO A DECIDIR

Se procede a resolver lo concerniente al recurso de apelación presentado por el representante del Ministerio Público en contra de la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, el 18 de junio de 2018, mediante la cual decretó la preclusión de la indagación preliminar adelantada contra MJRM y otros, por el delito de homicidio culposo.

1. ANTECEDENTES
	1. Los hechos que dieron origen al presente proceso son los siguientes[[1]](#footnote-1):

*“El 12 de marzo de 2009 la joven Jessica Alexandra Clavijo Trejos acudió a consulta por urgencias en el hospital de Kennedy de esta capital por presentar vómito, fiebre y diarrea, le diagnosticaron síndrome viral y gastritis aguda, al día siguiente, 13 de marzo de 2009, consultó nuevamente, al haberla encontrado en malas condiciones generales fue remitida al Hospital Universitario San Jorge, donde fue ordenado que pasara al quirófano urgente, mas al llegar a esa dependencia fue devuelta por la enfermera jefe, mientras se decidía su remisión a otra institución hospitalaria, a la sala de hospitalización, allí la joven entró en paro cardiorrespiratorio y falleció, pues no hubo respuesta a las maniobras de reanimación.*

*Por esos hechos la fiscalía inició indagación preliminar por el delito de homicidio culposo.”*

1. SOBRE LA SOLICITUD DE PRECLUSIÓN

3.1 La petición de preclusión que presentó el delegado de la FGN, fue sustentada así:

* + - Se debía dar aplicación al artículo 332 numeral 1º del CPP, norma que instituye la preclusión como una forma de terminación de los procesos penales, ya que en este caso no resultaba posible continuar con el ejercicio de la acción penal dentro de la investigación adelantada en contra de MJRM por el delito de homicidio culposo (art. 109 C.P.).
		- Después de hacer un relato de los hechos ocurridos el 12 de marzo de 2009, expuso que la FGN intentó esclarecer la debida atención que se le debió procurar a la menor JACT que falleció, por un problema de apendicitis que presentaba y también por qué fue devuelta del quirófano del Hospital San Jorge.Anotó que para ello se solicitaron varios dictámenes al Instituto de Medicina Legal, aportando la historia clínica de la menor, quien falleció el 13 de marzo de 2009, y los protocolos que se deberían seguir para esos eventos, y además se contaba con el acta de inspección a su cadáver y el registro civil de defunción
		- Se recibieron interrogatorios donde cada uno de los médicos investigados dio las explicaciones desde su punto de vista, y el último dictamen del Instituto de Medicina Legal rendido el 2 de marzo de 2018 no esclarecía del todo si hubo o no una responsabilidad médica en el presente asunto y en su parte final se sugería que se continuara con la investigación o se esclarecieran algunos aspectos relacionados con los hechos.
		- Se solicitó información con respecto al proceso de reparación directa relacionada con los mismos hechos que cursa en el Juzgado 7º Administrativo del Circuito de Pereira, el cual se encuentra en trámite de apelación ante el Tribunal Contencioso Administrativo de este Distrito.
		- Cuando asumió el manejo de la Fiscalía 1ª, a comienzos de marzo de 2018, advirtió que el deceso de la menor había sido el 13 de marzo de 2009 y por tanto el 13 de marzo de 2018 se habían cumplido los 108 meses, que era el máximo de la pena de 9 años de prisión (art. 109 CP) que señala el artículo 83 del CP para el tipo de homicidio culposo, por lo cual se presentó la prescripción de la acción penal, y conforme al artículo 82 numeral 4º del C.P. había operado la citada causal de extinción de la acción punitiva, por lo cual solicitó la preclusión de la investigación en favor de todos los indiciados, en atención a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 332 del CPP.

3.2 El defensor de los señores MJRM y otros, manifestó que el delegado de la FGN además de enunciar la causal objetiva mencionada, que daría lugar a que se respaldara la solicitud invocada, hizo un relato meridianamente claro para determinar que no solo se trataba de la existencia de esa causal, sino que adicionalmente encontró que en uno de los informes que le entregó el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses no se logró determinar de manera concreta y clara la responsabilidad por una omisión en una prestación del servicio médico por parte de los galenos que fueron involucrados dentro de la actuación. En ese orden de ideas coadyuvó la solicitud invocada por el ente acusador, en el sentido de se decretara la preclusión de que trata el numeral 1º del artículo 332 del C.P.P, no solo por no haberse podido demostrar la responsabilidad en la comisión de la conducta de homicidio culposo, sino porque además había operado el fenómeno de la prescripción por haber transcurrido más del término establecido por la ley como sanción para la conducta investigada, como lo dijo el fiscal.

3.3 La defensora de confianza del señor FACC coadyuvó la solicitud anterior, reiterando que en este caso se cumplía lo establecido en la causal primera del artículo 332 del CP, al configurarse el fenómeno de la extinción de la acción penal. Agregó que en este caso su representado solo intervino en la atención de la paciente el 12 de marzo de 2009 y en el informe del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se concluyó claramente que el médico en esa consulta del 12 de marzo de 2009 cumplió con todos los protocolos, por lo cual, fuera de la causal 1ª del artículo 332 del CPP, concurría la causal 4ª de la misma norma, relativa a la atipicidad del hecho investigado. Por lo anterior, solicitó que se profiriera preclusión de la investigación a favor de su prohijado.

3.4 El defensor del señor PHHA solicitó que se accediera a la petición del fiscal encaminada a decretar la preclusión, toda vez que había operado el fenómeno de la prescripción de acuerdo a lo consagrado en el artículo 83 del CP; puesto que la menor JACT falleció el 13 de marzo de 2009 sin que la FGN pudiera determinar elementos materiales probatorios para vincular legalmente a su prohijado, habiendo transcurrido los 9 años equivalentes a la pena máxima del delito investigado, por lo cual en acatamiento al numeral 1 del artículo 332 del C.P.P, por tratarse de una causal objetiva no era necesario hacer otro análisis diverso al del paso del tiempo, que se cumplió el 13 de marzo de 2018.

3.5 El 18 de junio de 2018 se celebró la audiencia para comunicar la decisión correspondiente.

En ese acto se decretó la preclusión de la indagación preliminar adelantada en contra de MJRM y otros, por el *contra jus* de homicidio culposo, por considerarse prescrita la acción penal. A dicha diligencia no asistieron las víctimas ni el representante del Ministerio Público, y contra la decisión proferida no se interpusieron recursos.

3.6 Posteriormente, el Procurador Judicial Penal 290 de Pereira interpuso una acción de tutela que fue conocida por esta colegiatura.

Mediante decisión de esta Sala del 12 de julio de 2018, M.P. Manuel Yarzagaray Bandera se ordenó tutelar el derecho fundamental al debido proceso del Procurador Judicial Penal 290 de Pereira. En consecuencia: i) se anuló la declaratoria de ejecutoria de la decisión adoptada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira el 18 de junio de 2018 y ii) se ordenó que se notificara debidamente esa decisión al accionante.

En cumplimiento de la orden anterior, se llevó a cabo audiencia de notificación de la decisión de preclusión el 23 de julio de 2018, contra la cual, el Procurador Judicial 290 penal interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación

4. SOBRE LA DECISIÓN OBJETO DEL RECURSO

Los fundamentos de la determinación impugnada, adoptada el 18 de junio de 2018, se pueden sintetizar así:

* Luego de referir el contexto fáctico del caso, señalo que en cumplimiento de las funciones asignadas por el artículo 250 de la Constitución Política, al término de la etapa de investigación los delegados de la FGN debían presentar el escrito de acusación con la finalidad de dar inicio a la fase de juicio, cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida se pudiera afirmar con probabilidad de verdad que el delito existió y que contra quien se dirigía la acción penal, era autor o partícipe de la misma.
* Era función de la FGN solicitar al juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando no hubiese mérito para acusar y en desarrollo de esa norma el artículo 332 de la Ley 906 de 2004 estableció las causales por las cuales se podía solicitar la preclusión la investigación; dentro de las cuales se encontraba la que se invocó en este asunto, esto es, la imposibilidad de continuar con el ejercicio de la acción penal.
* El fiscal del caso solicitó que se decretara la preclusión de la investigación por configurarse una causal que impedía continuar con el ejercicio de la acción penal en contra de los investigados dentro del asunto; toda vez que de acuerdo con el artículo 83 del C.P. la conducta punible de homicidio culposo se encontraba prescrita por haberse excedido un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley (108 meses o 9 años según el art. 109 C.P.) y esa era precisamente una de las causales de extinción del *ius puniendi,* conforme al numeral 4º del artículo 82 del CP.
* La causal invocada por la FGN estaba probada, de acuerdo a los artículos 331 y 332 numeral 1 del C.P.P., toda vez que de los elementos materiales probatorios recaudados se pudo establecer que los hechos ocurrieron el 13 de marzo de 2009 y hasta la fecha no se había realizado algún acto procesal que interrumpiera el término de prescripción, que era la audiencia de formulación de imputación; situación que conllevaba a la extinción de la acción penal.
* Cuando las diligencias se recibieron en su despacho, el 15 de marzo de 2018, ya había operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, pues el hecho sucedió el 13 de marzo de 2018.
* En consecuencia la juez de primer grado, decretó la preclusión de la investigación y consecuentemente cesar con efectos de cosa juzgada la persecución penal por tales hechos en favor de MJRM y otros.
* La citada decisión no fue objeto de ningún recurso.

5. SOBRE EL RECURSO PROPUESTO.

5.1 DELEGADO DEL MINISTERIO PUBLICO (Recurrente)

5.1 En la audiencia de decisión de notificación el 23 de julio de 2018 ante el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira (Risaralda), y luego de hacer referencia a la orden impartida por esta Sala en la providencia de tutela del 12 de julio de 2018,[[2]](#footnote-2) se le concedió el uso de la palabra al delegado del Ministerio Público, quien interpuso inicialmente el recurso de reposición, y en subsidio el de apelación, frente a la precitada decisión de preclusión así:

* Como preámbulo, señaló que su función constitucional como delegado del MP, era defender el orden jurídico basado en el respeto por los derechos y garantías fundamentales de todas las personas protagonistas del proceso penal y representar a la sociedad. Por lo tanto realizó un breve relato de los hechos y aclaró que los indiciados debían ser considerados como servidores públicos para efectos penales, por ejercer transitoriamente una función pública.
* Resaltó que la menor víctima falleció en el año 2009 después de ser atendida por varios profesionales de la salud de la E.S.E. Hospital Universitario San Jorge de Pereira (HUSJP), y de la E.S.E. Salud Pereira Unidad Intermedia Kennedy.
* La FGN adelantó una investigación por denuncia de la madre de la menor JACT y tras nueve años consideró que no había mérito para formular imputación contra los indiciados, decidiendo que por el paso del tiempo había operado la prescripción de la acción penal puesto que la conducta a investigar era un homicidio culposo, que tenía previsto un máximo de pena de 108 meses, con el incremento establecido en la ley 890 de 2004, por lo cual pidió la preclusión de la investigación.
* Para los servidores públicos el término de prescripción era el contemplado en el inciso 6º del artículo 83 C.P. antes de ser modificado por la Ley 1474 de 2011, el cual contemplaba que “*al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte”;* es decir, que para el caso objeto de estudio dicha prescripción sería de 12 años, contados a partir del 13 de marzo de 2009, lo que constituye un concepto extensivo de la noción de servidor público.
* Citó el artículo 20 C.P., según el cual: *“Para todos los efectos de la Ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria (…)”`.*
* Afirmó que las personas que atendieron a la menor se encontraban desempeñando funciones públicas, independientemente de la vinculación que tuvieran con Empresas Sociales del Estado, como el hospital San Jorge de esta ciudad.
* La FGN tenía la obligación de propender por los derechos de las víctimas y de los procesados y por tanto dicha investigación no debía dilatarse más.
* Finalmente solicitó que se repusiera la decisión y en su lugar se negara la preclusión, por no haber operado la prescripción de la acción penal.

5.2 DELEGADO FGN (No recurrente)

* Mientras realizaba el control de los procesos que le fueron asignados, advirtió que se e
* staban rebasando los 9 años relativos a la prescripción por el delito de homicidio culposo y por ese hecho lo puso en conocimiento de la juez de primer grado, quien decretó dicha preclusión.

 Sin embargo nunca se consideró la posible condición de servidores públicos de los profesionales de la medicina vinculados al proceso.

* En los términos del artículo 20 del CP, la calificación de servidor público es muy amplia y se debía tener en cuenta en el ámbito de la prescripción; aumentándose entonces la misma de 9 a 12 años, como oportunamente lo expresó el Procurador delegado, en razón de que los indiciados prestaban sus servicios a empresas sociales del Estado.
* En tal sentido, solicitó que fuera revocada la decisión del *A quo*, para que la FGN con esa habilitación del término, pudiera obtener con certeza los elementos necesarios para proceder como correspondiera en derecho.

5.3 4 DEFENSOR DE MJRM, JAHB y CHFM (No recurrente)

* La normativa contemplada en la Ley 1474 de 2011 no se podía aplicar a sus representados, toda vez que los hechos investigados datan del 2009. De igual manera sostuvo que si bien el artículo 20 de la Ley 599 del 2000 define quiénes son servidores públicos para efectos penales, en el presente asunto debía tenerse en cuenta la Ley 909 del 23 de septiembre de 2004 *“por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones”*, que debía primar sobre el artículo 20 del CP, con base en criterios funcionales, que distinguen entre trabajadores oficiales y servidores públicos y la forma de vinculación a la administración de los particulares que ejercen funciones públicas, por ser esta última una norma posterior y específica, por lo cual quedaba claro que sus representados no eran servidores públicos y que dicha condición no había sido demostrada por la FGN, que tuvo razón al solicitar la preclusión en favor de sus representados, máxime si no existían razones para formularles imputación, porque estaban vinculados a una empresa prestadora de servicios a esas empresas sociales del Estado.
* Solicitó al *A quo* que mantuviera su determinación y que se confirmara la decisión de preclusión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito.

5.3.5 DEFENSORA DE FACC (No recurrente)

* Hizo alusión a la sentencia C-416 de 2002 de la Corte Constitucional, para indicar que con la figura de la prescripción cesaba el derecho del Estado a imponer una sanción atendiendo al principio de seguridad jurídica, que se encontraba vinculado al derecho de todo procesado a que se definiera su situación jurídica.
* Con respecto al recurso interpuesto, citó la sentencia C-881 de 2011 para exponer que de conformidad con el artículo 333 de la Ley 906 de 2004 la oportunidad procesal para que el representante del Ministerio Público interviniera para impugnar la decisión de preclusión había precluido, sin que hubiese hecho uso de tal facultad, al no asistir a esa audiencia pese a haber sido notificado de la misma.
* Consideró errónea la posición del Procurador en la cual sustentó el recurso, toda vez que se partió del supuesto de que los investigados tenían el carácter de servidores públicos, por el solo hecho de laborar en una entidad estatal.
* Para el año 2009 su representado FACC no se encontraba vinculado al HUSJ de esta ciudad, sino a la E.S.E. Salud Pereira por medio de un contrato de prestación de servicios y que por ello la paciente fue atendida mediante orden de servicio 132 del enero 2 de 2009 y concluyó que si se iba a comparar tal situación legal con el artículo 20 C.P. no podría aplicarse dicho incremento del término prescriptivo a su representado, ya que no tenía el carácter de empleado ni de trabajador del Estado.
* Su mandante no era un servidor público puesto que no se encontraba ejerciendo una función pública para la fecha de los hechos. En ese sentido mencionó la sentencia C-037 de 2003 de la Corte Constitucional donde se distinguió entre función pública y servicio público y concluyó que un médico no ejerce funciones públicas, sino asistenciales teniendo en cuenta que para los fines del artículo 20 del CP, no se puede confundir el ejercicio de funciones públicas con la prestación de un servicio público, fuera de que su representado no había sido demandado en el proceso contencioso administrativo.
* Por lo anterior, solicitó que se confirmara la decisión de preclusión.

5.5 DEFENSOR DE PHHA (No recurrente)

* No le asistía razón al Ministerio Público, por cuanto su representado tenía un contrato de prestación de servicios y solo encuadraría en la situación de un particular que ejerce funciones públicas, en caso de que desempeñara una función pública.
* La sentencia C-037 de 2003 fue clara al explicar que existían diferencias entre la función pública y el servicio público, para manifestar que se consideraba como función pública la prestación de un servicio público, solamente en caso de que se hiciera necesario el ejercicio por parte de ese particular de potestades inherentes al Estado, conforme al artículo 365 superior.
* De ello se desprendía, que su representado cumplía un servicio de prestación en salud como médico y en ningún momento ejercía funciones públicas, por lo cual solicitó que se dejara incólume la decisión de preclusión tomada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira de conformidad con el artículo 332 numeral 1 del C.P.P., por encontrarse ante una causal objetiva para poder continuar con el ejercicio de la acción penal.

5.6 El *A quo* no repuso la decisión que se había proferido el 18 de junio de 2018, acudiendo en lo esencial a las mismas razones invocadas por la titular del despacho con respecto a la prescripción de la acción penal con base en el artículo 83 del CP, y por considerar que los indiciados no tenían la calidad de servidores públicos, para efectos de que se incrementara el término de prescripción, en lo relativo a que la conducta investigada se hubiera cometido como consecuencia de esa condición, según el artículo 20 del C.P., sin que el 2º inciso de esa norma fuera aplicable a los indiciados por vía de extensión, ya que no se podían considerar como particulares que ejercieran funciones públicas, pues el hecho de tener contratos de prestación de servicios con las entidades mencionadas, no les otorgaba esa calidad jurídica, ni constituía un ejercicio de funciones públicas .

Igualmente, invocó el artículo 56 de la Ley 80 de 1993, para considerar que los contratistas adquieren la calidad de servidores públicos por extensión, pero que la Corte Constitucional al examinar esa norma había mencionado que esa condición no surgía del mero vínculo contractual, sino de que el contrato tuviera como objeto el ejercicio de una función pública, es decir que al contratista se le transfiriera el ejercicio temporal o transitorio de una función de esa naturaleza, para lo cual se debían cumplir tres requisitos a saber : i) que se tratara de un contrato estatal ; ii) que el particular se desempeñara como contratista y iii) que el contrato tuviera por objeto, conferirle temporalmente al particular una función pública según la sentencia C-037 de 2003, donde se distinguió entre función púbica y servicio público, que no eran conceptos similares .

En conclusión consideró que los indiciados pese a tener un contrato de prestación de servicios y ser contratistas de entidades públicas, no cumplían el requisito de haber prestado un servicio público, por lo cual no repuso la decisión censurada por el representante del Ministerio Público y concedió el recurso de apelación ante esta Colegiatura.

6. INTERVENCIONES COMPLEMENTARIAS SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN

6.1 El representante del Ministerio Público adicionó la sustentación de su recurso, en el sentido de aclarar que algunas normas que se trajeron a colación por el *A quo,*  no guardaban relación con temas penales y que según el artículo 20 C.P. para efectos penales es servidor público quien tenga vínculo legal y reglamentario con el Estado, o quien sea contratista, lo que tenía injerencia en el tema debatido. En ese sentido solicitó que se continuara con la acción penal dentro del presente asunto.

6.2 El delegado de la FGN (actuando como no recurrente) indicó que al resolverse en segunda instancia, se debía analizar si la atención en salud se consideraba una función pública que emanaba de un fin esencial del Estado, o si en cambio se trataba de un servicio público.

6.3 El defensor de MJRM, JAHB y CHFM se remitió a lo sustentado como no recurrente en el recurso de reposición.

6.4 La defensora del señor FACC (como no recurrente) hizo alusión al auto del 4 de julio de 2013 dentro del radicado 41598 proferido por la SP de la CSJ, para explicar que la argumentación del recurso de reposición y en subsidio de apelación constituyen un solo momento procesal, por lo cual no se podían escindir. Se remitió a los argumentos esbozados con anterioridad y en igual sentido solicitó confirmar la providencia recurrida.

6.5 El defensor de PHHA (como no recurrente) reiteró que su representado prestaba un servicio de asistencia en salud, pero no cumplía una función pública y la definición de este último concepto no era tan clara en materia penal. Por ello solicitó confirmar la decisión proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira.

1. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1 Competencia:

Esta Sala es competente para conocer del recurso interpuesto, con base en lo dispuesto en el artículo 34 numeral 1 de la Ley 906 de 2004[[3]](#footnote-3).

7.2 Problema jurídico a resolver: La Sala debe pronunciarse sobre el grado de acierto de la decisión de primera instancia, donde se aceptó la solicitud de preclusión que formuló la delegada de la FGN por la causal 1ª del artículo 332 del C. de P.P. que se relaciona con: *“la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal”;* petición que fue aceptada por el juez de conocimiento y que dio origen al recurso interpuesto por el Procurador Judicial 290.

7.3 En el caso en estudio, el delegado de la FGN solicitó la preclusión ante la “imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal” conforme al numeral 1 del artículo 332 del C.P.P., debido a que consideraba que había operado el fenómeno de la prescripción según el artículo 83 C.P. que indica que “la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la Ley”. Así, el juez de primera instancia decretó la preclusión por considerar que se trataba de la investigación del delito de homicidio culposo que según el artículo 109 C.P. contempla un máximo de pena de 108 meses (9 años) y ya que los hechos ocurrieron el 13 de marzo del 2009, para la fecha de la solicitud había transcurrido dicho término.

7.4 No obstante lo anterior, el vocero del Ministerio Público consideró en su recurso que dicha prescripción no había operado, puesto que los investigados ostentaban el carácter de servidores públicos y según el texto inicial (sin la reforma de la Ley 1474 de 2011) del artículo 83 C.P. “*al servidor público que en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en una tercera parte*”.

7.5 El artículo del 20 C.P. establece que: “*Para todos los efectos de la Ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren recursos de que trata el artículo 38 de la Constitución Política”.*

7.6 Ahora bien, se tiene que en el caso en cuestión la víctima fue atendida en el Hospital Universitario San Jorge de Pereira y en el Hospital Kennedy; que son dos Empresas Sociales del Estado, cuya naturaleza está definida en el artículo 194 de la Ley 100 de 1993, así: “*La prestación de servicios de salud en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales, se hará a través de las Empresas Sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la Ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo*”. Lo cual tiene su razón de ser en el mandato contenido en el artículo 49 Constitucional, cuando se establece que: *“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”.*

7.7 Así pues, se tiene que en este caso la víctima fue atendida en dos Empresas Sociales del Estado, por lo cual sus empleados y trabajadores conforme al artículo 20 del C.P. ostentan la condición de servidores públicos, lo cual suscitó la discusión planteada por la defensa, en el sentido de que algunos de los médicos que atendieron a la víctima no ostentaban el carácter de servidores públicos por estar vinculados mediante contratos de prestación de servicios a esas entidades.

7.8 Preliminarmente, debe manifestarse que la Ley 80 de 1993 en su artículo 56 establece que “*para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos*”.

7.8.1 Al respecto, ha explicado de tiempo atrás la SP de la CSJ, lo siguiente[[4]](#footnote-4):

*“La Corte Constitucional, al examinar la constitucionalidad de la última de las disposiciones transcritas (artículo 56 de la ley 80 de 1993), precisó que la equiparación que la norma contiene, en el sentido de considerar servidor público para efectos penales a los contratistas, interventores, consultores y asesores que en condición de particulares desempeñan funciones públicas, no surge del mero vínculo contractual con la entidad estatal, sino del hecho de que el contrato tenga por objeto la atribución o delegación temporal de una función pública. Dijo entonces:*

*“Ahora bien: en contra de lo afirmado por el demandante, es claro que a dichos sujetos no se les está elevando a la categoría de servidores públicos, ni desconociendo su condición de particulares. Simplemente el legislador, como autoridad competente para definir la política criminal, ha considerado que la responsabilidad penal de las personas con las cuales el Estado ha celebrado contratos para desarrollar una obra o cometido determinados, debe ser igual a la de los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado, o la de funcionarios al servicio de entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Tal tratamiento que, se insiste, no implica convertir al particular en un servidor público, tiene una justificación objetiva y razonable, pues pretende garantizar que los fines que se persiguen con la contratación administrativa y los principios constitucionales que rigen todos los actos de la administración, se cumplan a cabalidad, sin que sean menguados o interferidos por alguien que, en principio, no está vinculado por ellos. En otras palabras, la responsabilidad que en este caso se predica de ciertos particulares, no se deriva de la calidad del actor, sino de la especial implicación envuelta en su rol, relacionado directamente con una finalidad de interés público”.*

*También esta corporación ha sido insistente en plantear la necesidad de que el contrato estatal transfiera al contratista, interventor, consultor y asesor particular el ejercicio temporal de una función pública, para que la equiparación pueda materializarse:*

*“…el contratista, el interventor, el consultor y el asesor que celebran contratos con las entidades estatales, sólo adquieren la condición de servidores públicos por extensión cuando con motivo del vínculo contractual asumen funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esta naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede cuando se circunscribe a una labor simplemente material, casos en los cuales continúan teniendo la condición de particulares”*

*1.5 Las precisiones realizadas en los campos constitucional y penal sobre el alcance y campo de aplicación del artículo 56 de la ley 80 de 1993, permiten concluir, entonces, que para que opere la asimilación prevista en la norma, se requiere el cumplimiento de tres condiciones, (i) que se esté ante un contrato estatal, (ii) que el particular tenga la condición de contratista, interventor, consultor o asesor, y (iii) que el contrato tenga por objeto conferirle temporalmente al particular una función pública.”*

7.8.2 Posteriormente, la jurisprudencia fue más clara con respecto al tema que nos ocupa, explicando que dichas funciones públicas se entienden conferidas a un particular cuando se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado :

*“Así, en sentencia de casación proferida el 27 de abril de 2005[[5]](#footnote-5), expuso lo siguiente: (…) Sin embargo, conviene advertir que el contrato excepcionalmente puede constituir una forma, autorizada por la ley, de atribuir funciones públicas a un particular; ello acontece cuando la labor del contratista no se traduce y se agota con la simple ejecución material de una labor o prestación específicas, sino en el desarrollo de cometidos estatales que comportan la asunción de prerrogativas propias del poder público, como ocurre en los casos en que adquiere el carácter de concesionario, o administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, o el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, etc.*

*En consecuencia, cuando el particular es titular de funciones públicas, correlativamente asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”.*

*Como se observa, esta Corporación, a partir de la doctrina constitucional establecida en la sentencia C-563 de 1998, expresó en la sentencia de casación antes aludida que aun cuando el artículo 56 de la Ley 80 de 1993 asigna la calidad de servidor público para efectos penales al contratista, interventor, consultor y asesor en todo lo concerniente a la celebración de contratos, tal condición solamente se adquiere cuando con motivo del vínculo contractual el particular asume funciones públicas, es decir, cuando el contrato implica la transferencia de una función de esa naturaleza, no cuando su objeto es distinto, como sucede si la actividad se circunscribe a una labor simplemente material.*

*El anterior criterio jurisprudencial fue ratificado por la Corte Suprema de Justicia en las sentencias de casación del 13 de julio de 2005 y del 13 de marzo de 2006. En este último pronunciamiento la Sala expresó lo siguiente:*

*“Para abordar el análisis de este puntual tema, se hace indispensable estudiar primero lo relacionado con la calidad que ostentaba el procesado Fernando Hely Mejía Álvarez cuando suscribió con el municipio de Garagoa el mencionado contrato de obra para la ampliación del acueducto rural “Bancos de Páramos”, es decir, si por razón de ese acto jurídico público adquirió una función pública y, por ende, la condición de servidor público, o siguió siendo un particular, aspecto jurídico que determina, para efectos de los términos de la prescripción, si se aplica el incremento de la tercera parte que establece el inciso quinto del artículo 83 de la Ley 599 de 2000 (antes artículo 82 del Decreto 100 de 1980).*

*En efecto, tradicionalmente ha venido sosteniendo la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal que a partir de la entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor en un proceso de contratación estatal, cumplen funciones públicas en lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con entidades estatales, y les atribuyó la responsabilidad que en esa materia le señala la ley a los servidores públicos.*

*No obstante, también la jurisprudencia ha comenzado a decantar el punto, es decir, si los contratistas, como sujetos particulares, pierden su calidad de tal por razón de su vinculación jurídica contractual con la entidad estatal.*

*Frente a ello es indispensable destacar que para llegar a dicha conclusión, se hace necesario establecer, en cada evento, si las funciones que debe prestar el particular por razón del acuerdo o de la contratación, consiste en desarrollar funciones públicas o simplemente se limita a realizar un acto material en el cual no se involucra la función pública propia del Estado, pues esa situación define su calidad de servidor público a partir del momento que suscriba el convenio.*

*Por ello, si el objeto del contrato administrativo no tiene como finalidad transferir funciones públicas al contratista, sino la de conseguir la ejecución práctica del objeto contractual, con el fin de realizar materialmente los cometidos propios del contrato, necesario es concluir que la investidura de servidor público no cobija al particular.*

*En otras palabras, en este evento, se repite, el contratista se constituye en un colaborador de la entidad estatal con la que celebra el contrato administrativo para la realización de actividades que propenden por la utilidad pública, pero no en calidad de delegatario o depositario de sus funciones. Contrario sería cuando por virtud del contrato, el particular adquiere el carácter de concesionario, administrador delegado o se le encomienda la prestación de un servicio público a cargo del Estado, el recaudo de caudales o el manejo de bienes públicos, actividades éstas que necesariamente llevan al traslado de la función pública y, por lo mismo, el particular adquiere, transitoria o permanentemente, según el caso, la calidad de servidor público.*

*Ello tiene su razón de ser jurídica, en la medida en que la función pública radica en cabeza del Estado. Sin embargo, como la Constitución y la ley prevén que es posible delegar dicha función, lógico es concluir que el particular, adquirente de la función pública, se convierta en servidor público.*

*En síntesis, cuando el particular, con motivo de la contratación pública, asume funciones públicas propias del Estado, se encuentra cobijado con la investidura de servidor público. Por el contrario, cuando dicho particular presta sus servicios para ejecutar obras de utilidad pública u objetos similares, no pierde esa calidad, en la medida en que su labor constituye una utilidad pública por razón del servicio contratado y no una función pública”.*

*Recapitulando, se tiene: el fundamento jurídico con sustento en el cual se emitió la condena cuya revisión se solicita, consistente en la adquisición de la condición de servidor público por el sólo hecho de que el particular sea contratista, interventor, consultor o asesor, experimentó variación posterior por parte de la Corte Suprema de Justicia, Corporación que en desarrollo de doctrina constitucional sentó el criterio según el cual para determinar si el particular obtiene o no la condición de servidor público es necesario verificar la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por aquél, en cuanto únicamente cuando se le transfiere la realización de funciones públicas se encuentra cobijado con dicha cualificación, no así en el evento de ejecutar una labor simplemente material.”[[6]](#footnote-6)* (Subrayas fuera del texto original)

7.8.3 En el mismo sentido se pronunció dicha Corporación al respecto mediante SP15530-2015 (Rdo. 44.915) del 11 de noviembre de 2015:

*“La doctrina de la Sala ha sido reiterativa en sostener que cuando el contrato estatal, cualquiera que sea, transfiere al contratista particular el ejercicio temporal de una función pública, éste se equipara, por extensión, a un servidor público, y asume las responsabilidades propias de tal condición, acorde con lo dispuesto en los artículos 20 del Código Penal y 56 de la Ley 80 de 1993, y en la sentencia de la Corte Constitucional C-563 de 1998.*

 *En sus innumerables pronunciamientos sobre el tema ha explicado que lo que transfiere al particular la condición de servidor público no es el vínculo contractual, sino la naturaleza de la función que le es asignada, la cual tiene que ser pública, entendida por tal la que se inscribe en el ejercicio de la prestación de un servicio a cargo del Estado (CSJ SP, 6 de marzo de 2008, casación 27477; CSJ AP, 30 de octubre de 2008, colisión 30720; CSJ SP, 14 de diciembre de 2011, casación 35121; CSJ AP, 29 de agosto de 2012, casación 38695; CSJ SP7759-2014, 18 de junio de 2014, casación 41406; CSJ SP12019-2015, 9 de septiembre de 2015, casación 45898, entre otras).*

 *En el caso que se analiza, se tiene que ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ fue vinculado a la Clínica Centro del Instituto del Instituto de Seguros Sociales Seccional Atlántico mediante un contrato de prestación de servicios personales, como Técnico de Servicios Administrativos, donde adquiría, además de otras obligaciones, la de realizar las gestiones profesionales o las actividades encomendadas, responder y velar por el buen uso y mantenimiento de los bienes y elementos entregados por el Instituto para la ejecución de las actividades convenidas, y colaborar con la entidad en el logro de sus fines.*

 *La investigación demostró que el procesado laboró inicialmente en el Programa de Atención Domiciliaria, y que a partir del año 1998 fue asignado al almacén de la clínica, en condición de administrador del mismo, con atribuciones de control, manejo y custodia de los bienes que la entidad recibía y distribuía para la prestación de los servicios de salud que debía cumplir, cargo en cuyo desempeño se presentaron los hechos que son objeto de juzgamiento.*

 *Esto, sumado a la consideración que dentro las funciones desarrolladas por el Instituto de Seguros Sociales como empresa del Estado se hallaba la prestación del servicio de salud a sus afiliados, y que las labores que ALEXÁNDER CUETO NARVÁEZ ejecutaba hacían parte del conjunto de actividades que la entidad debía atender para el cumplimiento de los referidos fines, no dejan duda en cuanto a que el procesado cumplía funciones públicas, y que ostentaba, para efectos penales, la* condición de servidor público.”

7.9 Ahora bien, al examinar la documentación existente en la carpeta de la FGN, se observa lo siguiente:

7.9.1 La señora MJRM, rindió interrogatorio a indiciado el 1 de agosto de 2017[[7]](#footnote-7) donde expuso que para la fecha de los hechos laboraba en el Hospital San Jorge de Pereira, como enfermera.

7.9.2 El médico JAHB, en una diligencia similar, del 29 de agosto de 2017[[8]](#footnote-8), manifestó que el día de los hechos se encontraba prestando el primer turno en el Hospital San Jorge, que iba de las 7 a.m a las 7 p.m. y que con la radiografía que le exhibieron ordenó que se preparara la paciente para una cirugía; que luego la vio en el servicio de urgencias cuando estaba en reanimación cardiopulmonar y participó en ese procedimiento que resultó infructuoso ya que la niña falleció.

7.9.3 Por su parte, en el interrogatorio que rindió el 1 de agosto de 2017 el galeno CHFM[[9]](#footnote-9), manifestó que para la fecha de los hechos se desempeñaba como médico de urgencias en consultorio y trauma del Hospital San Jorge y que le prestó la atención inicial a la paciente dada la gravedad de su estado, por lo cual previa consulta con el Dr. HB se le programó una cirugía de inmediato, porque tenía un neumoperitoneo, siendo enterado posteriormente de que la menor había muerto por un paro cardiorrespiratorio.

7.9.4 En el interrogatorio que rindió el Dr. PHH[[10]](#footnote-10), este expuso que le prestó la atención inicial de urgencias a la menor JACT en el hospital del sector de Kennedy y que al observar su estado ordenó que fuera remitida a un centro con un nivel superior de atención de urgencias, como el Hospital San Jorge, en razón de los síntomas que presentaba la paciente`.

7.9.5 A su vez el Dr. FACC al ser interrogado el 31 de octubre de 2017[[11]](#footnote-11), y expuso que con base en la historia clínica que se le exhibió, el 12 de marzo de 2009 aparecía una atención a la menor JACT, quien tenía un “traje” de color verde que indicaba que la paciente se hallaba estable y que su atención podía esperar y que en razón del motivo de la consulta, se le dio salida, advirtiéndole a su acompañante que estuviera pendiente de su sintomatología para que la trajera nuevamente al servicio de urgencias.

7.10. Si bien es cierto que en la carpeta de la FGN no aparecen constancias sobre la forma de vinculación de los procesados con las ESE Hospital de Kennedy y San Jorge de esta ciudad para el día de los hechos, lo real es que en medio de las intervenciones relacionadas con el presente recurso, siempre se habló de que tenían la condición de contratistas de esas entidades y a su vez del contenido de las diligencias de interrogatorio a indiciado se desprende claramente que la enfermera y los médicos indiciados prestaban servicios a esas ESE el día que se presentó el evento que culminó con el fallecimiento de la menor JACT y que esas labores estaban relacionadas con la prestación de un servicio público esencial como la salud, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 2º de la Constitución de 1991 y en especial en el artículo 49 superior que dispone lo siguiente: *” La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado”,* lo cual resulta conforme con lo expuesto en CSJ SP 15530- 2015 (Rdo.44915) del 11 de noviembre de 2015, citada en el apartado 3.8.3 de esta decisión.

7.11 Igualmente debe indicarse que en la jurisprudencia puntual de la Corte Constitucional, sentencia T -171 de 2018, se hizo referencia a los precedentes con base en los cuales se definió la salud como un servicio público esencial, en los siguientes términos:

*“ ... Finalmente, la sentencia central en el reconocimiento del acceso a los servicios de salud como derecho fundamental autónomo fue la sentencia T-760 de 2008. En este pronunciamiento la Corte se apoyó en los desarrollos internacionales y en su jurisprudencia precedente para trascender la concepción meramente prestacional del derecho a la salud y elevarlo, en sintonía con el Estado Social de Derecho, al rango de fundamental. En ese sentido, sin desconocer su connotación como servicio público, la Corte avanzó en la protección de la salud por su importancia elemental para la garantía de los demás derechos.*

* + 1. *La mencionada sentencia señaló que todo derecho fundamental tiene necesariamente una faceta prestacional. El derecho a la salud, por ejemplo, se materializa con la prestación integral de los servicios y tecnologías que se requieran para garantizar la vida y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En ese orden de ideas, esta Corporación indicó que “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”[[12]](#footnote-12).*

*(...) Ley 1751 de 2015 – Ley Estatutaria de Salud*

* + 1. *La categorización de la salud como derecho fundamental autónomo fue finalmente consagrada por el legislador en la Ley 1751 de 2015. Los desarrollos de la jurisprudencia constitucional en torno a la naturaleza y alcance de este derecho, fueron su principal sustento jurídico[[13]](#footnote-13) y sirvieron para establecer normativamente la obligación del Estado de adoptar todas las medidas necesarias para brindar a las personas acceso integral al servicio de salud; derecho que, de encontrarse de alguna manera amenazado, puede ser protegido por vía de acción de tutela.[[14]](#footnote-14)*
		2. *Los artículos 1 y 2 de la ley estatutaria establecieron la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y reconocieron, explícitamente, su doble connotación: primero (i) como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud; segundo, (ii) como servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la indelegable responsabilidad del Estado.[[15]](#footnote-15)* ( Subrayas ex – texto )
		3. *Por su parte, el artículo 6 de la mencionada ley es el que mejor determina y estructura jurídicamente el contenido del derecho fundamental a la salud. En él se condensan las características que debe cumplir –tomadas de la Observación General No. 14 del CDESC–, así como los principios que estructuran su prestación como servicio público. Este artículo puntualiza los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud y agrega que éstos deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.* ( subrayas ex texto)

7.12 A su vez en CSJ SP del 18 de junio de 2014, radicado 41406 se dijo lo siguiente:

*“En conclusión, sólo en la medida en que el Estado a través de un contrato asigne a un particular el cumplimiento de una función pública en estricto sentido, reiterase, entendiendo por ésta toda actividad dirigida a cumplir unos de los fines propios o inherentes al Estado, ese particular se transforma en servidor público y asume correlativamente las responsabilidades públicas inherentes, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador”*

7.13 Las consideraciones anteriores llevan a concluir que al no haberse desvirtuado la condición de servidora pública o de contratista del Estado de la señora MJRM, quien dijo laborar como enfermera coordinadora del Hospital San Jorge y de contratistas de la citada ESE y del Hospital de Kennedy, de los médicos investigados y por estar encargados de prestar un servicio público esencial como la salud, que implica el ejercicio de una función pública, no quedaba claramente establecida en este caso la causal invocada inicialmente por el delegado de la FGN, para solicitar la preclusión de la investigación por prescripción de la acción penal, ya que en los términos del artículo 20, inciso 2º del CP la prestación del servicio público de la salud conlleva el ejercicio de un servicio público, por lo cual resulta consistente el argumento del recurrente, en el sentido de que en este caso operaba la extensión en una tercera parte del término de prescripción de la acción penal, conforme a la redacción original del artículo 83 del estatuto punitivo, por lo cual al poderse continuar con el ejercicio del *ius puniendi,* la FGN podrá establecer la forma de vinculación de los indiciados con las ESE antes mencionadas, para verificar entre otras cosas, si su situación se adecua a lo previsto en el citado inciso 2º del artículo 20 del CP.

7.14 En ese sentido y en lo relativo a la demostración de las causales de preclusión se cita lo manifestado en CSJ SP del 22 de junio radicado 44960 donde se dijo lo siguiente:

*(...) “El efecto que produce el auto mediante el cual se declara la preclusión de la investigación, es la cesación de la persecución penal, con efectos de cosa juzgada, razón por la cual, se exige que la causal que la funda se encuentre demostrada con un grado de conocimiento que supere cualquier duda razonable. A contrario sensu, corresponde a la Fiscalía continuar con el trámite como lo impone el artículo 250 de la Constitución Política, modificado por el Acto Legislativo Nº 003 de 2002....”*

7.15 Por lo cual, con respecto a la prescripción, bien se puede traer a colación lo explicado por la Corte Suprema de Justicia, en SP159-2014 (Rdo.37163) del 22 de enero de 2014:

*“Y, si bien en otras providencias la Corte trató al agente retenedor como mero particular, en el fallo del 27 de julio de 2011, puntualizó que en tales decisiones “se omitió expresar que si bien el agente retenedor o recaudador es un particular, a éste la ley le ha conferido la realización de manera transitoria de una función pública, por cuya razón, como lo señaló la sentencia C-563 de 1998 y lo ha sostenido también esta Corporación, en ese caso ‘asume las consiguientes responsabilidades públicas, con todas las consecuencias que ella conlleva, en los aspectos civiles y penales, e incluso disciplinarios, según lo disponga el legislador’. Una de esas consecuencias es, desde luego, el aumento del término de prescripción en una tercera parte cuando se actúa en condición de servidor público, conforme lo tiene previsto el inciso quinto del artículo 83 del Código Penal de 2000.”*

*En las condiciones anotadas, resta analizar si el fenómeno prescriptivo afectó la acción penal en el asunto sometido a revisión.*

*El artículo 83 del Código Penal (L. 599/00) establece que en la fase de instrucción, según interesa a los fines de la presente decisión, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, pero en ningún caso será inferior a 5 años ni superior a 20, y si se trata de conductas punibles ejecutadas por los servidores públicos en ejercicio de sus funciones, de su cargo o con ocasión de ellos, el término se aumenta en una tercera parte, de manera que en relación con ellos el lapso prescriptivo nunca será inferior a seis años y ocho meses.”*

7.16 En ese orden de ideas se debe entender que en el caso *sub examen,* el término de prescripción de la acción penal se incrementa en una tercera parte, es decir de 108 meses (9 años) a 144 meses (12 años); en atención a lo dispuesto en el artículo 83 original de la Ley 906 de 2004 (sin tener en cuenta la modificación de la Ley 1474 de 2011 que extendió ese término de prescripción a la mitad, por cuanto dicha norma fue expedida el 12 de julio de 2011).

7.17 Por lo anteriormente expuesto, se revocará la decisión recurrida por no haberse configurado el fenómeno de la prescripción de la acción penal, en que se basó la solicitud de preclusión presentada por el delegado de la FGN, que fue decretada por la juez de primer grado.

DECISIÓN

En consecuencia la Sala Penal del Tribunal Superior de Pereira,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión del 18 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira (Risaralda) que decretó la preclusión de la investigación que se adelantaba contra los ciudadanos MJRM y otros, por el delito de homicidio culposo.

SEGUNDO: La presente decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado.

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado

1. Conforme se expusieron en la providencia del 18 de junio de 2018 del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Conocimiento de Pereira (folio 35 del cuaderno de conocimiento). [↑](#footnote-ref-1)
2. Folios 40 a 46 [↑](#footnote-ref-2)
3. Artículo 34. De los tribunales superiores de distrito.“Las salas penales de los tribunales superiores de distrito judicial conocen: 1. De los recursos de apelación contra los autos y sentencias que en primera instancia profieran los jueces del circuito y de las sentencias proferidas por los municipales del mismo distrito”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Corte Suprema de Justicia. Rad. 27477 del 06 de marzo de 2008. [↑](#footnote-ref-4)
5. Radicación 19562. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Suprema de Justicia. Rad. 31986 del 24 de agosto de 2010, ratificando criterio de las decisiones dentro de los radicados 21926, 27477 y 23288 del 3 de enero, 6 de marzo y 23 de abril de 2008, 28586 y 29791 del 1 de abril y 7 de octubre de 2009. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 73 a 74 Carpeta FGN [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 77 a 79 Carpeta FGN. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 81 a 83 Carpeta FGN. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 85 a 86 Carpeta FGN [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 91 a 92 Carpeta FGN caroeta [↑](#footnote-ref-11)
12. Corte Constitucional, sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda. [↑](#footnote-ref-12)
13. La exposición de motivos señala expresamente: “2. Fundamentos jurídicos. Esta ley tiene sustento en distintas disposiciones constitucionales, tales como: (…) la célebre sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008 y la sentencia T-853 de 2003”. Gaceta del Congreso de la República No. 116 de 2013, pp. 5 y 6. [↑](#footnote-ref-13)
14. Corte Constitucional, sentencia T-062 de 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza. [↑](#footnote-ref-14)
15. El artículo 1 de la ley en cita establece que: “La presente ley tiene por objeto garantizar el derecho fundamental a la salud, regularlo y establecer sus mecanismos de protección”. Por su parte, el artículo 2 dispone: “El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. // Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado”. [↑](#footnote-ref-15)