**HOMICIDIO CULPOSO / PRESCRIPCIÓN / TÉRMINO LEGAL**

De acuerdo con lo reglado en el canon 83 CP, el plazo de prescripción para el delito de homicidio culposo, equivale a 108 meses de prisión, lo que quiere decir que si el hecho con connotación típica que al parecer se quería endilgar a los profesionales de la salud y personal asistencial de la Clínica Cruz Verde acaecido en abril 26 de 2011, dicho plazo finiquitó en abril 26 de 2020, ello en consecuencia, como lo sostuvo la funcionaria de primer nivel, de manera objetiva, conlleva a predicar que el Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, perdió la potestad punitiva, y por ende continuar con la actuación, comportaría, como así lo tiene decantado desde tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal, la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y defensa.

**PRESCRIPCIÓN / SERVIDOR PÚBLICO / AUMENTO DEL TÉRMINO / CLÍNICA CRUZ VERDE / ENTIDAD PRIVADA**

… el inciso 6° del artículo 83 C.P., relativo a la prescripción de la acción penal dispone: “Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.” (…) para efectos de la vinculación de los empleados o servidores públicos, debe obrar una relación legal o reglamentaria con el Estado, es decir, un acto administrativo de nombramiento y uno de posesión… la Clínica Cruz Verde de Pereira es una entidad de carácter privado, y en ese orden debe entenderse que todo el personal médico o auxiliar de enfermería que allí trabajaba lo era por medio de un contrato laboral, que no mediante una vinculación legal o reglamentaria…

**PRESCRIPCIÓN / AUMENTO DEL TÉRMINO / SUJETO DE ESPECIAL PROTECCIÓN / VÍCTIMA MENOR DE EDAD / NO APLICA**

Frente a lo segundo, esto es, el que se inaplique el plazo prescriptivo ante la vulneración de derechos de un sujeto con especial protección constitucional, debe decir el Tribunal, que ello tampoco es suficiente para acoger lo pretendido por el recurrente… por cuanto si bien es cierto, en la actualidad se encuentran en tensión tanto los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, reparación y garantía de no repetición, con ocasión del luctuoso hecho, como el de los indiciados a que se defina la investigación que se tramita en su contra, la mera circunstancia de que el afectado haya sido un menor de edad, y por consiguiente un sujeto de especial protección constitucional, no puede conllevar a que pese a encontrarse vencido el plazo con el que contaba el órgano persecutor para adelantar la acción penal…, la misma deba continuar, por cuanto ello quebrantaría el principio de legalidad y de contera el debido proceso que debe regir toda actuación penal.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**PEREIRA-RISARALDA**

**RAMA JUDICIAL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN PENAL**

Magistrado Ponente

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Pereira, tres (03) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

Acta de aprobación N° 1231

Segunda Instancia

Radicación: 66001600003520110162601

|  |  |
| --- | --- |
| Indiciados: | JFGV y otros |
| Cédulas de ciudadanía: |  |
| Delito: | Homicidio culposo |
| Víctima: | R.D.A.V., -de **13 años** para la fecha del hecho-. |
| Procedencia: | Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pereira (Rda.) |
| Asunto: | Decide apelación interpuesta por el apoderado de víctimas contra el auto proferido en julio 05 de 2023, por medio del cual se decretó la prescripción de la acción penal. SE CONFIRMA. |

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira pronuncia la decisión en los siguientes términos:

1.- hechos Y actuación procesal

1.1.- Los hechos materia del presente asunto, conforme los dio a conocer la delegada del ente acusador, tuvieron ocurrencia en **abril 26 de 2011**, cuando amén de los quebrantos de salud que padecía el menor de edad R.D.A.V., fue llevado para su atención en la Clínica Cruz Verde de esta capital, donde al parecer no se le prestó la atención médica requerida y cuando se pretendió remitir a la Clínica Los Rosales, entró en paro cardio respiratorio, procediéndose a realizar la reanimación pertinente, siendo remitido al referido centro clínico, donde llegó sin signos vitales, lo que motivó que fuera declarado muerto a las 23:05 horas.

**1.2.-** La aludida investigación le fue asignada a la Fiscalía 1ª Seccional de esta capital, donde se adelantó la actuación pertinente, y en **octubre 23 de 2020**, se solicitó la preclusión, cuyo trámite le fue asignado al Juzgado Quinto Penal del Circuito de esta capital, habiéndose iniciado la sustentación respectiva en las calendas de junio 01 de 2023, así:

-. La delegada del ente acusador refirió que acudía a la causal de preclusión contemplada en el artículo 332 numeral 1° C.P.P., - imposibilidad de iniciar o continuar con el ejercicio de la acción penal-, en concordancia con el artículo 82 C.P., donde se establece la prescripción como causal de extinción de la acción penal. Para el efecto, señaló que los hechos dan cuenta que el menor R.A.D.V. falleció en **abril 26 de 2011**, y el punible de homicidio culposo contempla una pena de hasta **108 meses** de prisión, y a la fecha han transcurrido **145**, razón por la cual no puede proseguir con la investigación, al haberse superado el tiempo máximo fijado en la ley. Pidió en consecuencia se decrete la preclusión en favor de **JFGV y otros**.

-. El apoderado de víctimas dijo que en este caso no se convocó a la totalidad de los involucrados que laboraron en la clínica Cruz Verde para el día del hecho, y luego de hacer referencia de manera pormenorizada a los hechos relativos a la atención brindada al menor, considera acorde con los EMP que hubo una relación causal entre la muerte del paciente y la no sujeción a las normas de atención por parte de la Clínica, y por tal razón se le debían imputar cargos no solo a los ya mencionados, sino también a **MTPS y otros**, como coautores de homicidio culposo al haber faltado al deber objetivo de cuidado y haber impedido el resultado muerte que se ocasionó por negligencia.

-. Sin que el apoderado de víctimas culminara su intervención, la a-quo interpeló para que la Fiscalía aclarara si la investigación se surte solo frente a las personas que comparecen o hay otros que faltan por relacionar, ante lo cual la fiscal indicó que no fue quien elevó la solicitud de preclusión, y al revisar el expediente evidencia la existencia de una orden de trabajo donde se solicitó individualizar a **JHYC y otros**. Por tal razón la funcionaria, suspendió la audiencia para citar en debida forma a todos los interesados.

**1.3.-** La actuación se reanudó en **julio 05 de 2023**, con presencia de todos los intervinientes, y luego de que la juez contextualizara a quienes no comparecieron a la audiencia inicial, se procedió a continuar con el trámite de la diligencia, otorgándose nuevamente la palabra a los intervinientes, así:

-. Retoma su intervención el apoderado de víctimas, para sostener que se opone a lo solicitado por cuanto el afectado es un sujeto de protección especial, y conforme el inciso 6°, artículo 83 C.P., no ha ocurrido la prescripción, toda vez que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, y su deber es asegurar una prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional, como lo señala la Constitución Nacional, y los mismos podrán ser brindados por el Estado directa o indirectamente por comunidades organizadas o por particulares, quienes acuden como sus colaboradores, *por lo cual están incluidos en la excepción del inciso 6° del artículo 83 C.P.*; agrega, que los particulares vinculados a las EPS o IPS al ayudar al Estado con la prestación de un servicio público esencial, comprometen la responsabilidad Estatal, por lo que están inmersos en tal normativa, máxime que la muerte del menor se dio con ocasión de la labor que adelantaban, por lo que no solo el ente médico desatendió al pequeño sino que la Fiscalía ha incumplido con su deber de proteger a las víctimas y esa vulneración de derechos impide decretar la prescripción.

-. El apoderado de **NLG**, coadyuva lo pretendido por el ente acusador, y aduce que la atención en que participó su defendida fue en abril 26 de 2011 y ha pasado más del tiempo que estima la norma para que opere la prescripción, lo que amerita a la Fiscalía a solicitar la preclusión, por cuanto el homicidio culposo tiene una pena de 9 años y a la fecha han transcurrido 12 años desde el hecho y como lo ha dicho la jurisprudencia, la prescripción ocurre por el solo paso del tiempo, independientemente de lo expuesto por el apoderado de víctimas al referir que los médicos de manera transitoria ejercen función pública, lo cual no es de recibo, pues aunque la salud es un derecho, ello no implica que los particulares no brinden atención como tal, su defendida carece de contrato con el Estado y la atención en salud se dio en la entidad donde laboraba como empleada, y de aplicar lo pedido haría que se sometieran a un trato discriminatorio frente al que están inmersos los demás particulares que ejercen así su profesión.

-. El apoderado de **JFTG y otros**, igualmente coadyuva lo dicho por la delegada del fiscal y su colega de la defensa, ya que los hechos sucedieron en abril de 2011, y han transcurrido más de 12 años desde que inició el proceso penal y por ende continuar con el mismo desconoce el debido proceso y el derecho al buen nombre de sus representados al no adoptarse decisión en un tiempo razonable, por lo cual la prescripción debe interpretarse de manera exegética y como mecanismo de seguridad jurídica que tiene todo procesado a que se le defina su situación jurídica, como lo tiene sentado la jurisprudencia constitucional -Sentencia SU433/2020 y C-176 de 1994-, al ser la prescripción una sanción por la inoperancia de la Fiscalía. La pena para el homicidio culposo es de 9 años, que ya transcurrieron, por lo cual la prescripción es la sanción a aplicar.

-. Con antelación a que la a-quo emitiera decisión, pide al apoderado de víctimas y Fiscalía aclaren cuál es el tipo de vinculación de los indiciados con la Clínica Cruz Verde y si esta entidad es de carácter privado o público, ante lo cual la fiscal el caso aduce carecer de tal información, pero el letrado señala que dicho centro médico es de carácter privado, pero presta un servicio público.

1.4.- La funcionaria de primer nivel, luego de escuchados los argumentos decreta la prescripción de la acción penal por haber operado el fenómeno prescriptivo, ordena el archivo de la actuación y dispone compulsar copias a Fiscalía y Comisión Seccional de Disciplina Judicial para determinar lo pertinente, y para ello esgrimió:

El homicidio culposo tiene una pena de 108 meses de prisión, y de atenerse de manera objetiva al tiempo transcurrido, como los hechos sucedieron en abril de 2011, dicho lapso se cumplió en abril 26 de 2020; no obstante dada la postura del apoderado de los afectados, quien considera que los médicos deben tenerse como particulares que prestan un servicio público por lo cual se incrementa la prescripción de la pena, sostiene que existe un principio de legalidad, un debido proceso y un plazo razonable, por lo que el legislador estableció la prescripción de la acción penal como sanción al Estado por su inactividad, y por ende los ahora investigados, al margen de que pudieran o no haber cometido algún error, requieren que se resuelva cualquier manto de duda frente a la situación, y ese plazo razonable, a la luz del art. 83 C.P., era de 9 años y de decirse que debe ampliarse el plazo por detentar la condición de servidores públicos al brindar servicios de salud, sería una interpretación más gravosa para sus intereses, lo que afectaría el debido proceso.

Como lo sostuvo el apoderado de víctimas, se trató de una clínica privada, y por ende quienes allí laboran, se vinculan por una contratación privada, y el alcance que pretende dar la defensa, al parecer es a uno de los aspectos a que apunta la reforma a la salud, pero ello es un escenario futuro, por lo cual en principio no le parece descabellada la postura defensiva, pero en curso del proceso penal y al efectuar una ponderación de derechos, si bien existe unos afectados que reclaman justicia, también hay unos investigados que requieren que se resuelva su situación y por ende, en atención a los derechos al debido proceso, buen nombre, plazo razonable y principio de legalidad no es posible atender lo pedido por el apoderado de víctimas.

Aunque acá ocurrió una circunstancia lamentable, por las fallas del ente persecutor, ello no puede ser excusa para ir en detrimento de los derechos de los ciudadanos y hacer interpretaciones restrictivas de sus derechos, al ser claro que ya transcurrieron más de 9 años sin imputarse cargos, por lo cual no puede proseguirse la investigación, al haber operado la prescripción. Dispuso en consecuencia, compulsar copias tanto a Fiscalía como a la Comisión Seccional de Disciplina Judicial para que se determinen las posibles negligencias en que se pudo incurrir a lo largo de este trámite.

1.5.-Únicamente el apoderado de víctimas impugnó la decisión, motivo por el cual el recurso fue concedido en el efecto suspensivo, y se dispuso la remisión de los registros ante esta Sala con el fin de desatar la alzada.

2.- Debate

**2.1.-** Apoderado de víctimas **-**recurrente**-**

Insiste en lo ya referido y enfatiza que las EPS están bajo vigilancia y control del Ministerio de Salud, por intermedio de la Superintendencia, y aunque son particulares, lo cual no niega, ayudan en la prestación de un servicio que está en cabeza del Estado, a cambio de una contraprestación económica. El personal vinculado a las EPS e IPS como colaboradores de Estado al brindar un servicio público, comprometen no solo la entidad Estatal, sino que ello los ubica como particulares que ejercen tal actividad, y por ende se incrementa el término prescriptivo a que alude el inciso 6° artículo 83 C.P., ya que la muerte del pequeño se dio con ocasión de una asistencia médica que en principio le corresponde atender al Estado, conforme el canon 49 Superior, y por consiguiente en este caso no se ha vencido el plazo razonable al que se acude para beneficiar la negligencia institucional y sistemática de la Fiscalía.

Estima que la prescripción tampoco beneficia a los procesados, quienes también tienen derecho a la verdad para saberse si incurrieron o no en negligencia médica y la prescripción cierra el velo de la justicia y queda el manto de la duda; así mismo, existe vulneración a los derechos a la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición dada la inactividad de la Fiscalía, al ser el titular de la acción penal quien debió velar por iguales derechos fundamentales que se quebrantaron a las víctimas lo que impide la prescripción y ante la tensión obrante entre dos titulares de derechos fundamentales -afectados e investigados-, por ser el afectado un menor de edad, que merece especial protección constitucional, la interpretación debió inclinarse a su favor para reconocer que la inactividad de la Fiscalía vulneró sus derechos lo que impide declarar la prescripción, en tanto con ello se castiga a la víctima del delito e incentiva la impunidad.

**2.2.-** Fiscal **-**norecurrente**-**

Es cierto, de acuerdo a lo planteado por el recurrente, que se ha presentado una circunstancia adversa para los intereses de la víctima, pero con lo argumentado por la juez, defensa y Fiscalía que allegó información relativa al fenómeno de la prescripción, pese a que el afectado es un menor de edad, será el juez de segunda instancia quien dirima la situación, y la Fiscalía acatará la misma.

**2.3.-** Apoderado de **JFTG y otros** -no recurrentes-.

Deja en claro que no se debate si hubo o no responsabilidad de sus prohijados, y aduce que no se puede cambiar la naturaleza jurídica de una empresa por el fuero íntimo, y acá se indicó que la Cruz Verde es una Clínica privada y por ende el estado procesal donde nos encontramos es para determinar si existió o no la prescripción, aunado a que la ley contempla de manera taxativa los casos donde hay sujetos de especial protección, lo que no contempla el tipo penal que se les atribuyó a sus defendidos, por lo cual se opone a lo pedido por lo ya mencionado, en tanto no hay duda alguna que Cruz Verde es una entidad privada.

**2.4.-** Apoderado de **NLG -**norecurrente**-**

Conforme lo pretendido por el abogado de víctimas, estima que debe diferenciarse lo atinente a función pública y servicio público, pues si bien es cierto la salud es un servicio público, no por ello los particulares que lo prestan se vuelven automáticamente servidores públicos, porque no ejercen una función pública, por lo cual la tesis del recurrente no puede aplicarse, aunado a que también están en juego los derechos de los indiciados, quienes se reputan inocentes, investigados por un delito culposo, esto es, de entrada no hay intención de generar daño, solo participaron en una atención para tratar de mejorar las condiciones graves de salud. Pide se confirme lo decidido por cuanto ya se presentó el fenómeno prescriptivo.

3.- Para resolver, se considera

**3.1.- Competencia**

La tiene esta Colegiatura de conformidad con los factores objetivo, territorial y funcional a voces de los artículos 20, 34.1 y 179 de la Ley 906 de 2004, al haber sido oportunamente interpuesta y sustentada una apelación contra providencia susceptible de ese recurso y por un interviniente habilitado para hacerlo, en nuestro caso el apoderado de víctimas.

**3.2.-** **Problema jurídico planteado**

Se contrae básicamente a establecer si en este asunto se presentó el fenómeno de la prescripción de la acción penal, como así lo dispuso la funcionaria de primer nivel, o si, por el contrario, como lo considera el apoderado de víctimas recurrente, ello no ha tenido ocurrencia, por cuanto en su sentir los indiciados deben tenerse como servidores públicos, dado que colaboran con la prestación del servicio público de salud.

**3.3.- Solución a la controversia**

Como se dijera con antelación, el asunto objeto de análisis por parte de la Sala debe establecerse si en efecto operó el fenómeno de la prescripción de la acción, como así lo dispuso la funcionaria de primer nivel, en consenso con los apoderados de los indiciados, o si, como así lo pregona el apoderado de víctimas, dada la calidad de los mismos, estos es, por laborar en los servicios de salud a los que acudió el menor fallecido, como servicio público esencial, se debe tener en cuenta lo reglado en el inciso 6° del artículo 83 C.P., que dispone el incremento del término prescriptivo en la mitad.

Con el fin de dilucidar lo pertinente, debe la Sala partir por decir que los hechos materia de la presente indagación tuvieron ocurrencia en abril 26 de 2011, cuando luego de que el menor R.D.A.V., fuera llevado a la Clínica Cruz Verde de esta capital, donde parecer no se le brindó la atención médica requerida, lo que a la postre conllevó a que, en esa misma ocasión, cuando era trasladado a otro centro médico, se originó su fallecimiento.

De acuerdo con lo reglado en el canon 83 CP, el plazo de prescripción para el delito de homicidio culposo, equivale a 108 meses de prisión, lo que quiere decir que si el hecho con connotación típica que al parecer se quería endilgar a los profesionales de la salud y personal asistencial de la Clínica Cruz Verde acaecido en abril 26 de 2011, dicho plazo finiquitó en abril 26 de 2020, ello en consecuencia, como lo sostuvo la funcionaria de primer nivel, de manera objetiva, conlleva a predicar que el Estado, en cabeza de la Fiscalía General de la Nación, perdió la potestad punitiva, y por ende continuar con la actuación, comportaría, como así lo tiene decantado desde tiempo atrás la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal[[1]](#footnote-1), la vulneración del derecho fundamental al debido proceso y defensa. Al respecto se ha dicho:

“[…] **adelantar el juzgamiento de un ciudadano luego de que el Estado ha perdido por extinción de la acción la potestad sancionatoria frente a un conducta típica, constituye transgresión de las garantías constitucionales sobre legalidad del juicio, con violación del debido proceso y del derecho de defensa**, pues ocurrido ese fenómeno por el transcurso ininterrumpido del término señalado por la ley para su configuración, el funcionario está en la obligación de declarar la prescripción, de la cual deriva para la persona imputada el reconocimiento de su presunción de inocencia”.

De más reciente data[[2]](#footnote-2) y en punto de la naturaleza de la prescripción de la acción penal, la Corte constitucional, indicó:

“La Sala Plena recordó que la jurisprudencia constitucional ha establecido que la figura de la prescripción tiene dos finalidades. Por una parte, opera como un castigo para el Estado «por haber dejado vencer el plazo señalado por el [L]egislador para el ejercicio de la acción ­[…] sin haber adelantado las gestiones necesarias tendientes a determinar la responsabilidad del infractor de la ley». Por otra parte, reiteró que la prescripción de la acción penal también opera como una prerrogativa en favor del procesado que, a su vez, garantiza el principio de la seguridad jurídica[[3]](#footnote-3)”.

En este caso, como se sabe, el ente acusador no formuló cargos contra los indiciados, por lo cual dicho término prescriptivo no sufrió la interrupción a que alude el canon 292 C.P.P. De ahí entonces que, se itera, de manera simplemente objetiva, en este caso en particular, sí operó la prescripción de la acción penal, como una de las causales contempladas en el canon 77 C.P.P., para disponer la extinción de la acción penal.

Ahora bien, el apoderado de víctimas, en su disenso frente a la determinación adoptada por la a-quo, consideró que la Sala debe ingresar en el estudio de dos aspectos esenciales a saber: **(i)** si el plazo prescriptivo debía incrementarse conforme lo señala el inciso 6°, artículo 83 C.P., por cuanto en su sentir, los médicos y personal asistencial, dado el servicio público que prestan, deben reputarse como servidores públicos; y **(ii)** si se debe inaplicar el término prescriptivo ante la vulneración de derechos de un sujeto con especial protección constitucional.

En ese orden, la Sala abordará los referidos asuntos, con miras a darle claridad a la defensa, en el sentido que pese a la loable actividad que desempeña en procura de salvaguardar los intereses de la familia del menor fallecido, cuyo dolor no es fácil de mitigar, y cuya pérdida por supuesto lamenta igualmente la Corporación, pero no por ello le asiste razón en sus planteamientos defensivos.

Debemos empezar por decir que el inciso 6° del artículo 83 C.P., relativo a la prescripción de la acción penal dispone: “**Al servidor público que en ejercicio de las funciones de su cargo o con ocasión de ellas realice una conducta punible o participe en ella, el término de prescripción se aumentará en la mitad**. Lo anterior se aplicará también en relación con los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria y de quienes obren como agentes retenedores o recaudadores.” -negrillas de la Sala-.

La Carta Magna, en su artículo 123, dispone:

“Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios.

Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento.

**La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio**.”

De igual manera, el artículo 20 C.P., dispone:

“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**, 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 los recursos de que trata el artículo [338](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991_pr011.html#338) de la Constitución Política.”

Como bien se sabe, para efectos de la vinculación de los empleados o servidores públicos, debe obrar una relación legal o reglamentaria con el Estado[[4]](#footnote-4), es decir, un acto administrativo de nombramiento y uno de posesión. A ese respecto el Consejo de Estado[[5]](#footnote-5) ha expresado:

“[…] Un empleado público es la persona nombrada para ejercer un empleo y que ha tomado posesión del mismo. Los elementos que deben concurrir para que se admita que una persona desempeña un empleo público y pueda obtener los derechos que de ellos se derivan, son, en principio, la existencia del empleo en la planta de personal de la entidad, la determinación de las funciones propias del cargo y la existencia de la provisión de los recursos en el presupuesto para el pago de la labor (artículo 122 de la C.P.). **Entonces, para que una persona natural desempeñe un empleo público se requiere que su ingreso se realice por medio de una designación válida, nombramiento o elección según el caso, seguida de la posesión para poder ejercer las funciones del empleo. Es decir que la persona nombrada y posesionada es la que se encuentra investida de las facultades, cumple con sus obligaciones y presta el servicio correspondiente** […]”. -negrillas de la Sala-.

Al traer la normativa y jurisprudencia referenciada al caso objeto de estudio, y con miras a establecer cuál es el tipo de vinculación del personal asistencial, se debe determinar el tipo de entidad para la cual labora dicho personal, en tanto las IPS -Instituciones Prestadoras de Salud-, pueden ser tanto de carácter público -Empresas Sociales del Estado, en su mayoría hospitales- como privado -como lo sería cualquier clínica particular-, y ello tiene su importancia precisamente para establecer si sus empleados, tienen la calidad o no de servidor público.

En este caso en particular, y como bien lo indicó el apoderado de víctimas, la Clínica Cruz Verde de Pereira es una entidad de carácter privado, y en ese orden debe entenderse que todo el personal médico o auxiliar de enfermería que allí trabajaba lo era por medio de un contrato laboral, que no mediante una vinculación legal o reglamentaria, en tanto esta, como viene de verse, deviene cuanto se trata de entidades estatales, calidad que no ostenta dicho centro médico.

De allí, que no puede sostenerse, como lo pretende hacer ver el acucioso apoderado de víctimas, que los médicos y auxiliares de enfermería que fueron vinculados a esta investigación en calidad de indiciados, ostenten la condición de servidores públicos, toda vez que la prestación de sus servicios profesionales en la Clínica Cruz Verde donde se presentó el infortunado deceso del menor R.D.A.V., se dio, se itera, por un contrato de trabajo mas no por una vinculación legal o reglamentaria con el Estado.

Aunado a lo anterior, debe decirse también que no puede confundirse la noción de servidor público con la de función pública, mismas que como lo ha dicho la Corte Constitucional son diferentes. Al respecto en sentencia C-037 de 2003, se precisó: “la Constitución distingue claramente los conceptos de función pública y de servicio público y les asigna contenidos y ámbitos normativos diferentes que impiden asimilar dichas nociones, lo que implica específicamente que no se pueda confundir el ejercicio de función pública, con la prestación de servicios públicos […]. **El servicio público se manifiesta esencialmente en prestaciones a los particulares. La función pública se manifiesta, a través de otros mecanismos que requieren de las potestades públicas y que significan, en general, ejercicio de la autoridad inherente del Estado**". De igual manera, en sentencia C-185 de 8 de mayo de 2019, donde se reiteró tal postura, se plasmó: “Al tratarse de un servicio público no cabe su asimilación con el concepto de función pública, pues no solo formalmente la Constitución los distingue y los somete a un régimen jurídico distinto, […] sino que, materialmente, cuando se trata de un servicio público, […] el propio Texto Superior permite su prestación directa por particulares (CP, art. 365), sin que por ello se entienda que las personas que concurren a su ejecución adquieren la condición de funcionarios públicos o se les otorga autoridad alguna para ejercer potestades públicas".

Es cierto a no dudarlo, que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, pero el hecho de que para su prestación intervengan operadores privados, ello *per se*, no implica que el personal asistencial que labore para las diversas IPS -como podría serlo la Clínica Cruz Verde- puedan ostentar la condición de servidores públicos, como así lo sostiene el abogado de víctimas, máxime cuando se sabe que para la contratación de los profesionales en salud o personal auxiliar, por entidades privadas e incluso públicas, ya no se acude a la contratación directa sino a la tercerización o externalización para la atención de los servicios en salud, situación laboral esta que, como bien lo sostuvo la funcionaria de primer nivel, pretende ser modificada por el ejecutivo con la reforma que se encuentra en estudio por parte del Congreso, donde se considerarían a muchos de ellos como servidores públicos, aunque ello, a la hora de ahora, solo se trata de una expectativa.

Por lo sostenido, estima la Sala, en contravía de la postura esgrimida por el apoderado de víctimas, que los acá indiciados no pueden ser considerados como servidores públicos, no solo por cuanto carecen de una vinculación legal o reglamentaria con el Estado, sino porque además, la Clínica para la cual laboraban el día del infortunado suceso, es de carácter privado y por consiguiente su relación con la misma se dio, a no dudarlo, por la vía de un contrato de trabajo, además que el mero hecho de prestarse allí un servicio público esencial, como es el de la salud, ello no amerita otorgar a los investigados la calidad de servidores públicos.

De obrarse en la dirección que solicita el recurrente, no sería más que ingresar en una interpretación *in malam parte*, a todas luces perjudicial para los intereses de los acá indiciados, lo que por supuesto no puede acompañar la Corporación. En ese orden para la Sala, contrario a lo reclamado por el abogado recurrente, en este caso el término prescriptivo de la acción penal, no era otro diferente al máximo de la pena a que alude el canon 109 C.P., sin el incremento a que se circunscribe el inciso 6° del canon 83 C.P., el cual ya se superó.

Frente a lo segundo, esto es, el que se inaplique el plazo prescriptivo ante la vulneración de derechos de un sujeto con especial protección constitucional, debe decir el Tribunal, que ello tampoco es suficiente para acoger lo pretendido por el recurrente.

Lo anterior lo decimos por cuanto si bien es cierto, en la actualidad se encuentran en tensión tanto los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, reparación y garantía de no repetición, con ocasión del luctuoso hecho, como el de los indiciados a que se defina la investigación que se tramita en su contra, la mera circunstancia de que el afectado haya sido un menor de edad, y por consiguiente un sujeto de especial protección constitucional, no puede conllevar a que pese a encontrarse vencido el plazo con el que contaba el órgano persecutor para adelantar la acción penal -como se sostuvo con antelación-, la misma deba continuar, por cuanto ello quebrantaría el principio de legalidad y de contera el debido proceso que debe regir toda actuación penal.

Y es que acá, salvo que los investigados decidieran de manera voluntaria, renunciar a la prescripción de la acción penal, lo que no ha sucedido, el trámite no puede proseguirse, precisamente por cuanto se ha superado el término de ley con el que la Fiscalía contaba para ello. Es indudable, que la omisión en que se incurrió por parte de los diversos delegados que tuvieron bajo su dirección este diligenciamiento, fue la que llevó a la pérdida del ejercicio del poder punitivo el Estado, situación que en efecto atenta contra los derechos de la víctima; pero el que ello sea así, lo cual en momento alguno pone en tela de juicio la Sala, puede servir de soporte para que se disponga mantener vigente una indagación, cuando con creces se han superado los plazos razonables para que la Fiscalía adoptara decisiones de fondo en dicho asunto, ya fuera imputar cargos a los presuntos responsables de la ilicitud, disponer el archivo (artículo 79 C.P.P.), o en su defecto pedir la preclusión por causal diferente a la que ahora nos convoca, nada de lo cual efectuó.

La Corte Constitucional, ha sostenido que la prescripción de la acción penal, como una de las causales de extinción de la pretensión punitiva del Estado, libera al ciudadano de la incertidumbre que supone la existencia de un proceso penal en su contra[[6]](#footnote-6); y de igual manera ha sido enfática en señalar que el Estado, a cargo de la Fiscalía General de la Nación, se encuentra en la obligación de investigar dentro de un determinado tiempo la presunta comisión de los hechos que tengan connotación delictiva, como parte integrante de los principios que conforman un Estado Social de Derecho, que vela por la dignidad de la persona y el respeto efectivo de los derechos humanos, en la medida en que “[n]i el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad”[[7]](#footnote-7).

Y en el caso en ciernes, no queda más a la Sala que lamentar que, ya sea por desidia, falta de interés, exceso de trabajo, congestión, cambio permanente de los servidores de la Fiscalía, en este asunto indudablemente operó el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal, y pese a que a la hora de ahora, el acucioso apoderado que defiende los intereses de las víctimas invoca una interpretación con la que quiere que se privilegie el interés superior del menor, con miras a que se continué con el ejercicio de la acción penal, al haberse superado los 09 años que como pena máxima contempla el delito de homicidio culposo, la Sala no puede acceder a tal pretensión, por cuanto la normativa atinente a la prescripción de la acción penal hace parte del debido proceso, y por lo mismo su interpretación debe ser exegética y restrictiva, con miras a garantizar el aludido derecho fundamental constitucional.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira (Rda.), en Sala de Decisión Penal, **CONFIRMA** el auto de **julio 05 de 2023** por medio del cual el Juzgado Quinto Penal del Circuito de Dosquebradas (Rda.) decretó la prescripción de la acción penal, de la indagación que por la muerte del menor R.D.A.V. adelantó la Fiscalía Primera Seccional de Pereira (Rda.), en contra de los ciudadanos **JFTG y otros**.

En atención a lo dispuesto por el Consejo Superior de la Judicatura en el artículo 4º del Acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 y en la Circular CSJRIC20-75 expedida por el Consejo Seccional de la Judicatura de Risaralda, no se realizará audiencia de lectura de decisión, y por ende esta providencia se comunicará por la Secretaría de la Sala vía correo electrónico a las partes e intervinientes, determinación contra la cual no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**CARLOS ALBERTO PAZ ZÚÑIGA**

Magistrado

**JULIÁN RIVERA LOAIZA**

Magistrado

**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado

1. CSJ SP, 13 oct. 1994, rad. 8690, reiterado en CSJ SP, 11 mar. 2015, rad. 45338. [↑](#footnote-ref-1)
2. C.C. Sentencia SU-214 de 2023. [↑](#footnote-ref-2)
3. «[…] la prescripción de la acción que se sigue en contra de una persona la ‘libera (…) de la incertidumbre que supone la existencia de un proceso (…) en su contra’; esto, habida cuenta de que nadie ‘puede quedar sujeto perennemente a la imputación que se ha proferido en su contra’. Además, la prescripción de la acción sancionatoria defiende la seguridad jurídica pues ‘ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad’». Sentencia SU-126 de 2021, f. j. 34. [↑](#footnote-ref-3)
4. El Decreto 1083 de 2015, “por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del sector de Función Pública” en su artículo 2.2.30.1.1, relativo a los Tipos de vinculación a la administración pública, señala” Los empleados públicos están vinculados a la administración pública nacional por una relación legal y reglamentaria y los trabajadores oficiales por un contrato de trabajo./ En todos los casos en que el empleado se halle vinculado a la entidad empleadora por una relación legal y reglamentaria, se denomina empleado público. En caso contrario, tendrá la calidad de trabajador oficial, vinculado por una relación de carácter contractual laboral.” [↑](#footnote-ref-4)
5. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Luis Rafael Vergara Quintero. Número interno: 1943-12, sentencia de febrero 13 de 2014 Actor: Bertulio de Jesús Pavas Patiño, demandado: Municipio de la Ceja del Tambo – Antioquia [↑](#footnote-ref-5)
6. En la sentencia C-240 de 1994 se estableció que “[l]a prescripción, en cambio, es la cesación de la potestad punitiva del Estado después de transcurrido el periodo de tiempo fijado por la ley. La prescripción opera tanto para la acción como para la pena”. En efecto, con sustento en otra definición, consideró la Corte que “[l]a prescripción de la pena es la liberación de cumplir la condena impuesta tras cierto lapso en irregular libertad o sin aplicación de la medida restrictiva de otro derecho”. [↑](#footnote-ref-6)
7. Corte Constitucional, sentencia C-176/1994. [↑](#footnote-ref-7)