

**CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL**

**Estudio al Proyecto de Ley No. 202 de 2021 de la Cámara: “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley 1751 de 2015 con el fin de eliminar barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud, se fortalece el mecanismo de tutela en esta materia y se dictan otras disposiciones”**

Estudio al Proyecto de Ley No. 202 de 2021 de la Cámara: “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley 1751 de 2015 con el fin de eliminar barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud, se fortalece el mecanismo de tutela en esta materia y se dictan otras disposiciones”	
<b>Autores</b>	H. Senador María del Rosario Guerra, H. Senador Esperanza Andrade Serrano, H. Representante Juan Fernando Espinal Ramírez y H. Representante Hernán Humberto Garzón R.
<b>Fecha de Presentación</b>	9 de agosto de 2021
<b>Estado</b>	En trámite en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes.
<b>Referencia</b>	Concepto 09.2022

1

El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, en la sesión del 18 de febrero de 2022, analizó y discutió la versión actual del Proyecto “*Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley 1751 de 2015 con el fin de eliminar barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud, se fortalece el mecanismo de tutela en esta materia y se dictan otras disposiciones*” en torno a aquellas disposiciones y definiciones que tienen un impacto directo o indirecto en la política criminal del Estado colombiano.

**I. Objeto y contenido del Proyecto**

Conforme la exposición de motivos, el Proyecto de Ley tiene por objeto: “...*reglamentar las disposiciones de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 encaminadas a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, eliminar barreras administrativas y fortalecer los mecanismos de vigilancia y control...*”, para lo cual se introduce un nuevo tipo penal en el Código Penal colombiano consistente en la negativa, retraso u obstaculización de acceso a servicios de salud. Igualmente, se introduce un listado de agravantes para este delito.

El Proyecto de Ley contiene trece (13) artículos en su totalidad, pero en lo que resulta objeto del presente concepto consagra dos (2) disposiciones contenidas en un mismo artículo, así:

Artículo	Descripción
----------	-------------

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • [www.minjusticia.gov.co](http://www.minjusticia.gov.co)

Artículo 6	Adiciona dos artículos al Capítulo Séptimo del Título I del Libro Segundo del Código Penal: <ul style="list-style-type: none"><li>- <i>Artículo 131A. Negativa, retraso u obstaculización de acceso a servicios de salud</i></li><li>- <i>Artículo 131B. Circunstancias de agravación punitiva.</i></li></ul>
------------	---

Previo a realizar su pronunciamiento, el Consejo Superior de Política Criminal debe resaltar que las disposiciones normativas contenidas en el Proyecto de Ley bajo estudio ya han sido objeto de otros Proyectos de Ley dentro de los cuales se destacan: Proyecto de Ley 051 de 2015 y el Proyecto de Ley 023 de 2021. Estos, a su vez, han llevado a que este órgano colegiado haya emitido dos conceptos desfavorables respecto de la iniciativa legislativa.

Así, el Consejo Superior de Política Criminal advierte que una vez estudiado el Proyecto de Ley “*Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley 1751 de 2015 con el fin de eliminar barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud, se fortalece el mecanismo de tutela en esta materia y se dictan otras disposiciones.*”, emite concepto desfavorable a que se convierta en Ley de la República, así:

2

## II. Observaciones de carácter Político-Criminal al Proyecto de Ley bajo examen

### 1. La falta de justificación de las medidas penales que se pretenden adoptar.

En el caso del Proyecto de Ley que nos ocupa, una de las principales críticas que ha tenido sus múltiples versiones es que la creación de tipos penales no se encuentra debidamente justificada a la luz de una política criminal racional, basada en criterios empíricos y respetuosa de derechos fundamentales. Así, al valorar el Proyecto de Ley 051 de 2015 el Consejo Superior de Política Criminal dijo:

*“...no resultan plausibles los argumentos que sustentan la propuesta y que permitan suponer la necesidad de incluir una nueva conducta penal y circunstancia de agravación. De las cifras presentadas no se infiere que la reforma legal propuesta incida en los comportamientos sancionados y que su adopción resulta necesaria, proporcional, legítima y útil en el marco de los principios del derecho penal.”*

En este nuevo Proyecto, se sigue sin justificar por qué las medidas penales específicas, creadas a través de un nuevo tipo penal, que se pretenden introducir son las únicas y necesarias a través de las cuales se pretende modificar el comportamiento de actores del sistema de salud. Dicho sea de paso, se enfrentan en la legislación a otros tipos penales

que regulan y penan la misma situación como los de omisión de socorro y lesiones personales.

Así, no se considera que se haya cumplido la carga que se requiere para la justificación de crear un tipo penal autónomo a la luz de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y *ultima ratio* del derecho penal según los cuales la intervención penal solo está justificada para las ofensas más lesivas de ciertos bienes jurídicos, más no todos estos indiscriminadamente y solo cuando todo el resto de formas de regulación del comportamiento han fallado.

## **2. El tipo penal propuesto adelanta innecesariamente las barreras de protección del derecho penal y su pena es desproporcionada.**

La regulación del tipo penal de negativa, retraso u obstaculización de acceso a servicios de salud conserva la redacción que se había propuesto en el Proyecto de Ley 023 de 2021 con la diferencia que se agrega explícitamente que puede ser cometido por acción o por omisión y se aumenta su pena. Ya en la ocasión anterior el Consejo Superior de Política Criminal consideró que este tipo penal, establecido como de peligro y como una forma especial de omisión de socorro, pretende penar a la persona que niega, retrasa u obstaculiza el acceso a un servicio de salud. Es de anotar que el tipo penal no requiere un efectivo peligro para la salud o vida del sujeto pasivo, sino que por sola esta conducta se activa el derecho penal, y la persona se hace acreedora a una pena de 48 a 96 meses de prisión.

Sin perjuicio de que este tipo de comportamientos ya están regulados en los delitos de lesiones personales, homicidio y omisión de socorro, se considera sobredimensionado que se constituya un delito de peligro abstracto cuya configuración esté dada solo por la negación de un servicio de salud, sin consideraciones adicionales en torno a la lesividad del comportamiento del agente, criterio que precisamente ha servido históricamente para diferenciar las infracciones administrativas de las penales. A lo anterior debe aunarse lo desproporcionado de la pena propuesta, la cual por mucho excede de la propuesta para la omisión de socorro e incluso es más grave que algunas formas de lesiones personales, que representan instancias de peligro concreto y de materialización de una lesión del bien jurídico respectivamente.

En este sentido, desde el punto de vista de la dogmática penal, los tipos penales de peligro, cuando por alguna razón protegen bienes jurídicos individuales (ya que por regla general están creados para bienes jurídicos colectivos o supraindividuales) deben tener una pena menor, ya que están alejados del escenario de materialización de una lesión al bien jurídico. Contrario a lo anterior, en el tipo penal propuesto, la creación de un peligro a la salud por la negativa de la atención tiene una pena mayor que la efectiva lesión del bien jurídico a través de una lesión personal omisiva. Dicho de otra manera, en el Proyecto de Ley propuesto resultaría más benévolo lesionar a una persona que cometer una conducta que puede potencialmente lesionarla, situación contraria a los postulados del derecho penal.

## **3. La posible violación de la garantía del *non bis in ídem* con la redacción actual del tipo penal.**

Bogotá D.C., Colombia

Calle 53 No. 13 - 27 • Teléfono (57) (1) 444 3100 • [www.minjusticia.gov.co](http://www.minjusticia.gov.co)

El tipo penal resalta que tiene aplicación: “*sin perjuicio de la pena que le corresponda por los demás delitos que se ocasionen con esta conducta*” por lo que pretende que su aplicación sea conjunta con otros tipos penales como el homicidio o las lesiones personales, cuando estos resulten de la omisión del sujeto activo. Esta formulación excede la regulación que existe en Colombia para los concursos aparentes, que a través de criterios como la subsidiariedad, la alternatividad, la consunción y especialidad. Así, si un tipo penal recoge todos los elementos de otro tipo penal, pero le agrega elementos que lo hacen encajar mejor en la descripción se preferirá este por sobre el tipo que encaja de manera más vaga.

Del mismo modo, si se percibe que para la comisión de un tipo penal es necesaria la comisión de otro (bien sea por razones materiales o jurídicas) o que el injusto causado por uno es suficiente para consumir el injusto del otro, que termina siendo menor, solo aplicará uno de ellos. Contrario a lo anterior, el tipo penal pretende la aplicación de los dos tipos penales a pesar de concurrir las circunstancias antes descritas, en lo que sería una afectación a la garantía del *non bis in ídem*, que protege no solo de ser juzgado dos veces sino de ser condenado por concursos aparentes.

### III. Observaciones en materia Constitucional y legal

- **Sobre la posible violación a la prohibición de exceso**

En el salvamento de voto de la sentencia C-233 de 2019 se establece que:

*Por ejemplo, en la sentencia C-539 de 2016, en que se demandó el artículo 104ª del Código Penal (Delito de feminicidio), sostuvo que, aunque no existen parámetros constitucionales específicos, el legislador sí se encuentra obligado a criminalizar ciertas conductas pero que, además, le está proscrito castigar penalmente otras; es decir cuenta con dos ‘márgenes’ de maniobra.*

*Adicionalmente, sostuvo que al Congreso le está prohibido establecer ciertas penas; crear delitos ‘con infracción de la prohibición de exceso’ y, finalmente, estructurar conductas típicas en contravía del non bis in ídem y alguna de las manifestaciones del principio de legalidad. En armonía con este último parámetro, señaló que los tipos penales deben estar redactados de forma ‘clara, precisa e inequívoca’.*

Bajo este panorama en el asunto que nos convoca, la creación de un tipo penal de peligro abstracto, que protege un bien jurídico individual y personal, y que tiene una pena mayor incluso que el de las lesiones personales con deformidad permanente, puede llegar a considerarse una violación a la prohibición de exceso del Estado colombiano, que está atada en materia penal a la proporcionalidad de las penas y a la antijuridicidad material como elemento dogmático del delito.

En este mismo sentido, el hecho de que la versión agravada del delito impida por el monto de la pena acceder a ciertos subrogados penales como la suspensión condicional de la pena, aún cuando los delitos de lesiones personales y omisión de socorro no lo hagan, también puede implicar cuestionamientos constitucionales de cara a lo resaltado por el salvamento de voto antes citado.

#### IV. Observaciones en materia de técnica legislativa

##### 1. La antinomia en torno a los delitos querellables

En el Proyecto de Ley se establece un nuevo delito que tiene como pena principal la prisión, que además no se encuentra en el listado contenido en el artículo 74 del Código de Procedimiento Penal, por lo que este tipo penal novedoso no sería querellable y sería investigable de oficio. Esto contrasta abiertamente con los tipos de lesiones personales y omisión de socorro que, por lo menos en sus versiones menos gravosas, son querellables, por lo que admiten el desistimiento de la querrela y la conciliación. En este sentido, se produciría la antinomia según la cual el tipo penal de peligro no requiere de una querrela, pero la consumación el peligro si la requiere. Igualmente permitiría terminar la consumación del peligro por conciliación, pero la mera creación de este peligro no podría terminar de esta manera.

##### 2. La cláusula de omisión propia

En virtud del artículo 25 del Código Penal, para los delitos que atentan contra la vida e integridad persona, se admite la omisión como modalidad de comisión de la conducta. Esta disposición, conocida como la cláusula de conversión, regula la creación de posiciones de garante y sus consecuencias en el derecho penal colombiano y hace innecesario que en los tipos que protegen estos bienes jurídicos se diga explícitamente que se pueden cometer por omisión. Por lo anterior, se considera que agregar que el tipo penal nuevo puede ser cometido por acción u omisión no se requiere a la luz del ordenamiento penal colombiano que actualmente rige.

#### V. Conclusión

El Consejo Superior de Política Criminal<sup>1</sup>, teniendo en cuenta que se trata de un Proyecto de Ley que establece una serie de prohibiciones no justificadas desproporcionadas emite, en cuanto a lo que se refiere a los artículos materia de su competencia, concepto **Desfavorable** al Proyecto de Ley No. 202 de 2021, “Por medio del cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley 1751 de 2015 con el fin de eliminar barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud, se fortalece el mecanismo de tutela en esta materia y se dictan otras disposiciones.”.

<sup>1</sup> Decreto 2055 de 2014, artículo 3. Funciones del Consejo Superior de Política Criminal: “Emitir concepto previo, no vinculante, sobre todos los proyectos de ley y de acto legislativo, que se encuentran en etapa de diseño, y antes de su trámite en el Congreso de la República, que incidan en la política criminal y en el funcionamiento del Sistema de Justicia Penal.”

**CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL**



**MIGUEL ÁNGEL GONZÁLEZ CHÁVES**  
**Director de Política Criminal y Penitenciaria**  
**Secretaría Técnica Consejo Superior de Política Criminal**

Elaboró: Javier Benavidez, Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria - Secretaría Técnica CSPC  
Revisó: Dirección de Política Criminal y Penitenciaria  
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal  
Fecha de aprobación: 24 de junio de 2022