CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley número 164 de 2019 del Senado *"Por medio de la cual se adiciona un artículo nuevo al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal".*

Proyecto de Ley número 164 de 2019 Senado "Por medio de la cual se adiciona un artículo nuevo al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal".	
Autores	H.S. Armando Benedetti V.
Fecha de Presentación	27 de agosto de 2019.
Estado	Pendiente rendir ponencia para segundo debate en senado
Referencia	Concepto No 09.2020

1. El Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal, discutió el proyecto de Ley 164 de 2019 del Senado *"Por medio del cual se adiciona un artículo nuevo al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal",* teniendo como base para el análisis el texto del proyecto que se encuentra publicado en la página web del Senado de la República.

I. Objeto y contenido del Proyecto de Ley.

2. El presente proyecto de ley tiene como objeto tipificar la omisión o denegación del servicio público de salud para quien lo requiera de manera inmediata por estar amenazada o en peligro inminente su salud o su vida.

3. Para su desarrollo, el proyecto consta de dos (2) artículos, incluido el de su vigencia. El primero crea el tipo penal 131 A, *omisión o denegación de urgencias en salud:*

> *"(...)* ***Artículo 131 A****. Omisión o denegación de urgencias en salud. El director, administrador, representante legal y funcionario de las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Nacional de Salud que, sin justa causa, omita, impida, retarde o niegue la prestación del servicio de salud a una persona cuya vida se encuentre en situación de inminente peligro, incurrirá en prisión de veinticuatro (24) a cuarenta y ocho (48) meses.*
>
> *Si como consecuencia de la anterior conducta, sobreviene la muerte, la pena de*

prisión se aumentará hasta en una cuarta parte. (...)"

II. Marco Constitucional.

4. En lo que se refiere a la Constitución Política deben subrayarse, principalmente, los artículos 5, 13, 16, 48 y 49, así:

> *"Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad."*
>
> *"Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica.*
>
> *El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.*
>
> *El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan."*
>
> *"Artículo 16. Todas las personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico."*
>
> *"Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante."*
>
> *"Artículo 49. La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así*

mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad."

III. Marco jurisprudencial.

5. La Corte Constitucional en varias ocasiones se ha referido al derecho a la salud como un derecho de carácter fundamental y autónomo; ha subrayado que se debe garantizar de manera oportuna, continua y eficiente, puesto que abarca esferas mentales y corporales de las personas, garantizándole al individuo una vida digna[1].

6. En lo que se refiere a las garantías que involucran especialmente el acceso al derecho a la salud en el ordenamiento colombiano, manifiesta la Corte que:

"(...) la disposición ordena el acceso con la oportunidad requerida, sin embargo, dicha atención también debe implicar, como mínimo, la atención de alta calidad que la circunstancia amerite, reconocimiento que debe tenerse en cuenta a objeto de evitar el riesgo de vulnerar el derecho fundamental con todas las consecuencias que ello acarrea.

La precisión referida es importante, pues este derecho se vulnera cuando en razón de la ineficiencia, desidia, impericia o negligencia; se descarta la prestación del servicio por vía de una valoración hecha por personal no calificado. Para esta Sala resulta inadmisible que, por voluntad de los funcionarios administrativos, el personal de seguridad o el grupo de auxiliares del centro hospitalario, cualificados para otras tareas, se determine qué constituye una urgencia. No se puede aceptar que se atendió al paciente y se cumplió con lo mandado en el enunciado legal, cuando personal no idóneo definió la suerte de la situación. (...)"[2]

7. Ahora bien, para el caso que nos ocupa, debemos precisar que la Corte Constitucional, mediante la Sentencia C- 302 de 2010 declaró inexequible el Decreto 126 de 2010, *"por el cual se dictan disposiciones en materia de inspección vigilancia y control de lucha contra la corrupción en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adoptan medidas disciplinarias, penales y se dictan otras disposiciones"* y, en el que se proponía en el Capítulo V, la modificación y adición del Código Penal, particularmente adicionando el artículo 131 A, que se refería a la: *"Omisión en la atención inicial de urgencias"*.

[1] Corte Constitucional, Sentencia T-001 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.
[2] Corte Constitucional, Sentencia C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

8. Se precisó en dicha decisión que:

> *(...) "Los tipos penales son descritos de manera abstracta y no satisfacen el juicio de necesidad. El derecho penal es la última ratio y, en el caso concreto, existen otros tipos penales que resultan idóneos para la finalidad de conjurar la crisis:*
>
> | | |
> |---|---|
> | *TIPO PENAL consagrado en el decreto 126 de 2010.* | *TIPO PENAL EXISTENTE EN EL CÓDIGO PENAL (LEY 599 DE 2000)* |
> | *Omisión en la atención inicial de urgencias.* | *Omisión de socorro (art. 131) y Omisión impropia (art. 25).* |
>
> *(...)*
>
> *La Corte Constitucional mediante sentencia C-252 del 16 de abril de 2010, declaró integralmente inexequible el Decreto 4975 de 2009, por el cual el Presidente de la República declaró un "Estado de emergencia Social", por un periodo de 30 días. Dicha declaración tiene efectos inmediatos y hacia el futuro, con excepción de aquellas normas que establecen fuentes tributarias de financiación orientadas exclusivamente al goce efectivo del derecho a la salud, en cuyo caso el efecto de inexequibilidad fue expresamente diferido.*
>
> *Así las cosas, el Decreto Legislativo 126 de enero 21 de 2010 resulta inexequible por consecuencia sin diferimiento alguno, en la medida que este Decreto no guarda relación con aquellas materias para las cuales el efecto de la inexequibilidad del Decreto 4975 de 2009 fue expresamente diferido. En efecto, el decreto que declaró el estado de emergencia social es el instrumento a través del cual el Presidente de la República se reviste de facultades de excepción, incluidas las de legislar a través de decretos con fuerza de ley, de manera que una vez excluido del ordenamiento, mediante sentencia de inexequibilidad la norma de auto habilitación, los decretos legislativos dictados a su amparo corren igual suerte. (...)"*[3]

IV. Marco legal en sentido estricto, análisis y observaciones político criminales al Proyecto de Ley.

9. La exposición de motivos justifica la creación del artículo 131 A "*Omisión o denegación de urgencias en salud",* especialmente, haciendo referencia a la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que se encarga de reglamentar el derecho fundamental a la salud, derecho que había sido reconocido como tal, por la Corte Constitucional, ordenando al Congreso la creación de leyes que sancionen la negación de servicios de salud y, haciendo hincapié en que la salud es un servicio público esencial y derecho fundamental; sin embargo, carece de la justificación empírica y jurídica

[3] Corte Constitucional, Sentencia C-203 de 2010, M.P Juan Carlos Henao Pérez.

frente a la necesidad de crear un tipo penal, encaminado a enfrentar una problemática social, frente a la cual ya existen disposiciones en el ordenamiento colombiano.

10. Es claro que, al tratarse de derechos fundamentales como la vida y la salud; y, bienes jurídicos, tales como la vida y la integridad personal, indudablemente el deber de solidaridad, toma mayor relevancia, toda vez que la evitación de un daño resulta realmente significativa para protección del conglomerado social.

11. Ahora, si bien es cierto que la salud es un derecho fundamental, no se debe obviar que el Derecho Penal debe activarse una vez se hayan agotado todos los otros medios disuasivos y preventivos existentes, toda vez que es la *última ratio*; luego, entonces, se debe propender por buscar soluciones más efectivas para enfrentar las problemáticas sociales, como la que aquí se sustenta.

12. Cuando la eventual sanción prevista en otras esferas del derecho y del ordenamiento no resulta suficiente para el legislador debido a la mayor lesividad de las consecuencias del hecho, al mayor reproche de la sociedad y a la naturaleza e importancia del bien jurídico afectado, entre otras tantas motivaciones, se podrá iniciar el proceso de criminalización.

13. Las conductas que se castigan penalmente corresponden al poder punitivo que ostenta el Estado y representan la libertad y autonomía de configuración legislativa propia del mismo. Allí el legislador determina que un bien jurídico es lesionado por cierta conducta que amerita la construcción de una descripción típica que sea susceptible de producir responsabilidad en el ordenamiento penal.

14. El ejercicio del *ius puniendi* supone una adecuación de la potestad del legislador con los principios, valores y derechos consagrados en la Carta Magna y, con los límites consagrados en la Parte General del Código Penal (Ley 599 de 2000), Título I, tales como, principio a la dignidad de la persona humana; principio de la igualdad material ante la ley; principio de la proporcionalidad; principio de la teleología de las sanciones penales, principio del acto; principio de lesividad; principio de culpabilidad, tal y como lo han sostenido las Altas Cortes y la doctrina[4].

15. Además, es necesario mencionar que Proyectos de Ley con textos prácticamente iguales han sido examinados por este Consejo; en efecto, este órgano colegiado se

[4] Véase, Velásquez Fernando. (2009) Derecho Penal Parte General, COMLIBROS Y CIA. LTDA. 4° ed. págs. 62 a 130.

pronunció frente a los Proyectos de Ley 051 de 2015, 037 de 2015[5], 082 de 2017[6] y 024 de 2018, emitiendo conceptos desfavorables, por considerar que la reforma legal propuesta no resulta útil, en el marco de los principios generales y rectores que gobierna la intervención del Derecho Penal.

16. El Consejo Superior de Política Criminal, ha sido enfático en señalar que la política criminal debe excluir las manifestaciones de un derecho penal meramente simbólico. Por lo anterior, las medidas que afecten derechos fundamentales, cuyo objetivo sea exclusivamente enviar un mensaje a la sociedad, no deben ser adoptadas por un Estado Social y Democrático de Derecho.

17. Sumado a lo anterior, debe manifestarse que el Código Penal contempla, en su Parte especial, el delito de "*omisión de socorro*" en el artículo 131, que cumple con la función de protección del bien jurídico que se pretende tutelar con el tipo penal propuesto por la presente iniciativa denominado "omisión o denegación de urgencias en salud".

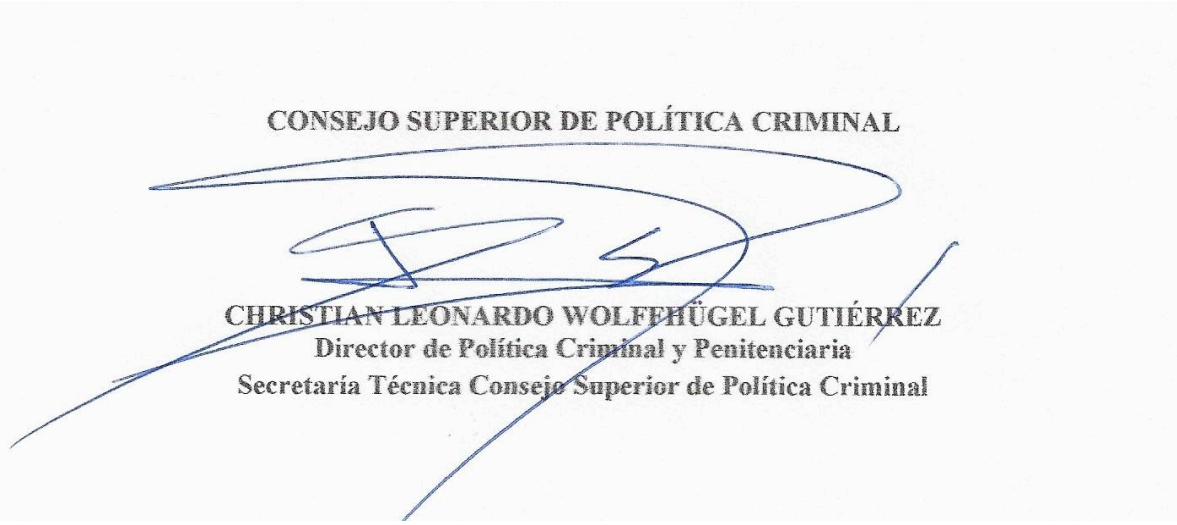
18. Otra razón, y no menos importante, es precisamente que iniciativas semejantes han sido archivadas, poniendo de presente la sentencia C- 302 de 2010 de la Corte Constitucional, la cual declaró inexequible el Decreto 126 de 2010, que contemplaba la creación del tipo penal *"Omisión en la atención inicial de urgencias"*.

V. Conclusión.

19. Por lo expuesto, el Consejo Superior de Política Criminal, en cumplimiento de las funciones designadas en el Decreto 2055 de 2015, emite concepto desfavorable frente a este Proyecto y reitera los argumentos esgrimidos en los conceptos precedentes a los proyectos precitados.

[5]http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2015/10%20CSPC%20PL%20051%20de%202015%20Senado%20y%20%20037%20de%202015%20Ca%CC%81mara%20(Denegacion%20Emergencias%20en%20Salud).pdf

[6]http://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/ConceptosCSPC/2017/24%20CSPC%20PL%20082%20de%202017%20Senado_Denegacion%20Emergencias%20en%20Salud).pdf



Elaboró: Katalina Gaitán Torres - Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria - Secretaría Técnica CSPC
Revisó: Christian Wolffhügel Gutiérrez – Director de Política Criminal y Penitenciaria
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal