

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 082 de 2017 Senado “por medio de la cual se hace una adición al código Penal; se crea el tipo penal “omisión ó denegación de Urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones”

Proyecto de ley 082 de 2017 Senado “por medio de la cual se hace una adición al código Penal; se crea el tipo penal “omisión ó denegación de Urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones”	
Autor	H.S. Guillermo Antonio Santos Marín
Fecha de Radicación	15 de agosto de 2017
Estado Actual	Pendiente de enviar a Comisión
Referencia	Concepto 24.2017

El día miércoles 16 de agosto de 2017 en sesión ordinaria del Comité Técnico del Consejo Superior de Política Criminal se acordó **reiterar** los conceptos aprobados por parte del Consejo Superior de Política Criminal respecto a aquellos proyectos de ley radicados en una nueva legislatura, cuyo contenido tenga idéntica redacción a propuestas legislativas contenidas en textos radicados previamente, y que por disposiciones de la ley 5ª de 1992 se hayan archivado o retirado.

Así, el concepto emitido previamente hará parte integral del concepto sobre el nuevo texto radicado.

En consecuencia, el Consejo Superior de Política Criminal a continuación integra el concepto 08.2015 –el cual examinó los proyectos de ley 037 de 2015 Cámara y 051 de 2015 Senado-, al presente concepto sobre el proyecto de Ley 82 de 2017 Senado “por medio de la cual se hace una adición al código Penal; se crea el tipo penal “omisión ó denegación de Urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones”.

En el cuadro que viene a continuación se puede apreciar la completa coincidencia entre las dos propuestas legislativas, la archivada y la que se encuentra en curso en la actualidad:

PL037/15 C	PL 082/17S
“por medio de la cual se hace una adición al código Penal; se crea el tipo penal “omisión ó denegación de Urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones”	“por medio de la cual se hace una adición al código Penal; se crea el tipo penal “omisión ó denegación de Urgencias en salud” y se dictan otras disposiciones”
Artículo 1º. El Libro Segundo. Parte especial de los delitos en particular, Título I. De los delitos contra la vida e integridad personal. Capítulo VII. De la Omisión de Socorro del Código Penal; se adicionará y quedará así: Artículo 131 A. Omisión o Denegación de Urgencias en Salud. El que teniendo la obligación de prestar el servicio de salud en centro médico autorizado en entidad pública, mixta o privada, que omite, impida, dilate, retarde o niegue su prestación a una persona cuya	Artículo 1º. El Libro Segundo. Parte especial de los delitos en particular, Título I de los delitos contra la vida e integridad personal. Capítulo VII de la Omisión de Socorro del Código Penal; se adicionará y quedará así: Artículo 131 A. Omisión ó Denegación de Urgencias en Salud. El que teniendo la obligación de prestar el servicio de salud en centro médico habilitado en entidad pública, mixta o privada, que; omite, impida, dilate, retarde o niegue su prestación a una persona cuya

vida se encuentre en estado de evidente e inminente peligro, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Si como consecuencia de la anterior conducta, sobreviene la muerte, la pena de prisión se aumentará hasta en una cuarta parte. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud o directivo del centro médico; se impondrán sanciones subsidiarias de inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el tiempo de la pena principal o cancelación definitiva de su tarjeta profesional, previo proceso por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica, además, de las sanciones fiscales y disciplinarias.

Parágrafo. Para efectos de la presente Ley, se entiende por estado de urgencia, toda patología que requiera diagnóstico, tratamiento, procedimiento e intervenciones médicas inmediatas, para la estabilización de los signos vitales de la persona que requiera esta atención, a fin de garantizar su ciclo de vida y permitir el goce del derecho fundamental a la salud.

Artículo 2º. Vigencia. Esta Ley entrará a regir a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias..

vida se encuentre en estado de evidente e inminente peligro, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años.

Si como consecuencia de la anterior conducta, sobreviene la muerte, la pena de prisión se aumentará hasta en una cuarta parte. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud ó directivo del centro médico; se impondrán sanciones subsidiarias de inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el tiempo de la pena principal o cancelación definitiva de su tarjeta profesional, previo proceso por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica, además, de las sanciones fiscales y disciplinarias.

PARÁGRAFO: Para efectos de la presente Ley, se entiende por estado de urgencia, toda patología que requiera diagnóstico, tratamiento, procedimiento e intervenciones médicas inmediatas, para la estabilización de los signos vitales de la persona que requiera esta atención, a fin de garantizar su ciclo vida y permitir el goce del derecho fundamental a la salud.

Artículo 2º. Vigencia. Esta Ley entrará a regir a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.

Siendo ello así, en esta oportunidad el Consejo Superior de Política Criminal reitera todos los argumentos y conclusiones que presentó al Congreso de la República en el concepto número 08.2015, que acompaña al presente documento como anexo.

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Gloria Marcela Abadía Cubillos

Directora de Política Criminal y Penitenciaria

Secretaria Técnica del Consejo Superior de Política Criminal

Elaboró: Dirección de Política de Criminal y Penitenciaria-Secretaría Técnica CSPC
Aprobó: Consejo Superior de Política Criminal
Anexo: Concepto 08.2015

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara “por medio de la cual se hace una adición al código penal; se crea el tipo penal “omisión ó denegación de urgencias en salud y se dictan otras disposiciones”

Estudio del Consejo Superior de Política Criminal al Proyecto de Ley 051 de 2015 Senado “Por medio del cual se adiciona un artículo nuevo al capítulo VII del Título I del libro Segundo del Código Penal”.

Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara Proyecto de Ley 051 de 2015 Senado	
Autor (es)	H.S. Guillermo Antonio Santos Marin H.S: Armando Benedetti Villaneda
Fecha de Radicación	Julio 28 de 2015 Agosto 12 de 2015
Estado Actual	<u>Pendiente Discusión Ponencias para primer debate</u>
Referencia	Concepto 08.2015

El estudio de este Proyecto de Ley se realizó con base en los textos publicados en la **Gacetas No. 547 de 2015 para el proyecto radicado en Cámara y en la Gaceta No. N° 599 de 2015 Para el proyecto radicado en Senado**. Luego del análisis del articulado, el Consejo se ocupó de debatir algunos de los puntos centrales de la iniciativa, considerando necesario revisar los siguientes aspectos que se estiman de importancia al momento de pronunciarse sobre el Proyecto de Ley.

1. Objeto del Proyecto

Ambos proyectos -y esta es la razón principal por la cual el Consejo Superior considera necesario emitir un solo concepto para ambas iniciativas- tienen como objeto crear un nuevo tipo penal (artículo 131A del Código Penal) relativo a la omisión o denegación de urgencias en salud.

2. Contenido del proyecto de ley

Ambos textos en discusión contienen dos artículos distribuidos así; el primero se concentra en la introducción y definición de un nuevo tipo al Código Penal, el artículo 131A. “*Omisión y Denegación de urgencias en salud*”, y su ubicación dentro del

Título I del bien jurídico de la vida e integridad personal. El segundo artículo señala su vigencia en los términos ordinarios de ley.

Aquí cabe hacer la aclaración en lo que diferencia a estas iniciativas en razón de su articulado. La tabla a continuación expone la introducción del tipo penal en los siguientes términos:

Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara Radicado el 28 de Julio de 2015 H.S. Guillermo Antonio Santos Marín	Proyecto de Ley 051 de 2015 Senado Radicado el 12 de agosto de 2015 H.S: Armando Benedetti Villaneda
Artículo 1º. El Libro Segundo. Parte especial de los delitos en particular, Título I. De los delitos contra la vida e integridad personal. Capítulo VII. De la Omisión de Socorro del Código Penal; se adicionará y quedará así: Artículo 131 A. Omisión o Denegación de Urgencias en Salud. El que teniendo la obligación de prestar el servicio de salud en centro médico autorizado en entidad pública, mixta o privada, que omita, impida, dilate, retarde o niegue su prestación a una persona cuya vida se encuentre en estado de evidente e inminente peligro, incurrirá en prisión de tres (3) a cinco (5) años. Si como consecuencia de la anterior conducta, sobreviene la muerte, la pena de prisión se aumentará hasta en una cuarta parte. Si la conducta fuere realizada por un profesional de la salud o directivo del centro médico; se impondrán sanciones subsidiarias de inhabilidad para el ejercicio de la profesión por el tiempo de la pena principal o cancelación definitiva de su tarjeta profesional, previo proceso por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica, además, de las sanciones fiscales y disciplinarias. Parágrafo. Para efectos de la presente Ley, se entiende por estado de urgencia, toda patología que requiera diagnóstico, tratamiento, procedimiento	Artículo 1º. Adiciones al capítulo VII del Título I del libro Segundo del Código Penal, el siguiente artículo: Artículo 131 A. Omisión o denegación de urgencias en salud. El representante legal o empleado de una entidad vigilada por la Superintendencia 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 estado de inminente peligro, incurrirá en prisión de cuatro (4) a seis (6) años e inhabilitación para el ejercicio de la profesión por el mismo término. Si como consecuencia de la anterior conducta, sobreviene la muerte, la pena de prisión se aumentará hasta en una cuarta parte.

e intervenciones médicas inmediatas, para la estabilización de los signos vitales de la persona que requiera esta atención, a fin de garantizar su ciclo de vida y permitir el goce del derecho fundamental a la salud.	
---	--

A manera de análisis, la primera diferencia que se extrae de los articulados es la pena impuesta por el legislador que permitiría a primeras luces la excarcelación con una mayor restricción por parte de la iniciativa radicada en el Senado de la Republica. Ambas propuestas, contemplan el aumento de la pena hasta en una cuarta parte, en caso de que como consecuencia de la anterior conducta, sobreviniese la muerte.

Si bien se establece de manera diferente, ambas iniciativas presentan como pena accesoria la inhabilidad para el ejercicio de la profesión por el mismo término o en el caso de la iniciativa de Cámara, la cancelación definitiva de su tarjeta profesional, previo proceso por parte del Tribunal Nacional de Ética Médica.

La diferencia esencial entre ambas iniciativas, radica en la definición que hace la propuesta 037 de 2015 Cámara en la definición de **“estado de emergencia”** como *“toda patología que requiera diagnóstico, tratamiento, procedimiento e intervenciones médicas inmediatas, para la estabilización de los signos vitales de la persona que requiera esta atención, a fin de garantizar su ciclo de vida y permitir el goce del derecho fundamental a la salud.”*

3. Argumentos que presentan los autores en la exposición de motivos para la adopción de medidas penales especiales en relación con la omisión de prestar los servicios de salud.

Los proyectos en estudio justifican la necesidad de introducir esta medida en la legislación penal colombiana teniendo en cuenta *“la necesidad social, de prevenir y penalizar la omisión, la indiferencia, la desidia, la indolencia y la desatención por la salud, por parte de algunos trabajadores de entidades prestadoras de servicios en salud, que actuando premeditadamente y sin tener como prioridad el respeto que debe merecer la vida de las personas que requieren de su pronta atención y que en razón de sus actuaciones negligentes u omisivas, patrocinan tal como lo señalan los autores de la iniciativa el famoso **paseo de la muerte**.”*¹

De igual manera argumentan los autores, lo imperativo que resulta no permitir la impunidad frente a la negligencia, omisión y/o negación en el servicio de salud a las familias colombianas especialmente aquellas de escasos recursos, la población

¹ Exposición de Motivos. Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara. Gaceta 547 de 2015. Congreso de la Republica.

desplazada y la indígena quienes más sufren de la desatención por parte de las **entidades prestadoras del servicio de salud**.²

Se destaca, en el proceso de análisis simultáneo de estas dos iniciativas, la referencia que hace el Proyecto de Ley 051 de 2015 Senado del Senador Armando Benedetti a los múltiples intentos que ha tenido su homólogo, el autor del Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara, el Senador Guillermo Antonio Santos Marín, quien ya ha presentado a consideración del Congreso de la República dicho texto sin que este haya tenido un trámite exitoso.³

Igualmente, se argumenta la creación de este tipo penal en el mandato legal establecido por la Ley Estatutaria de Salud, ley 1751 de 2015, dentro de la cual se faculta al Congreso de la República para que determine las sanciones penales y disciplinarias por la negación en la prestación del Servicio Público de Salud.

En efecto, su artículo 14 establece lo siguiente:

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirán ningún tipo de autorización administrativa entre el prestador de servicios y la entidad que cumpla la función de gestión de servicios de salud cuando se trate de atención de urgencia. El Gobierno Nacional definirán los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

Parágrafo 1: En los casos de negación de los servicios que comprenden el derecho fundamental a la salud con independencia a sus circunstancias, **el Congreso de la República definirá mediante ley las sanciones penales y disciplinarias tanto de los Representantes Legales de las entidades a cargo de la prestación del servicio como de las demás personas que contribuyeron a la misma**. (Subrayado y negrilla fuera del texto).

El argumento central de ambas iniciativas radica en la comprensión de la omisión como la acción de no prestar el auxilio que el ordenamiento esperaba. En ese sentido, los autores refieren a dos tipos: propia e impropia, en la que enmarcan en la omisión impropia, la posición de garante como una persona determinada que está comprometida a velar y proteger a una persona. Si el autor de la “omisión” se encuentra en posición de garantía específica podría incurrir en delito de homicidio o lesiones personales en la modalidad de comisión por omisión, conforme a la estructuración normativa del artículo 25 del nuevo Código Penal.

Para los autores, hace falta mayor regulación frente a las demás omisiones en las que incurra un sujeto determinado que bajo el ordenamiento jurídico tiene la posición de garante, concentrándose en la conducta de negación del servicio pues

² Ibid.

³ Exposición de Motivos. Proyecto de Ley 051 de 2015 Senado. Gaceta 599 de 2015. Congreso de la República.

las demás conductas ya se encuentran enmarcadas dentro de la omisión de socorro.

Insisten los autores que el delito de omisión de socorro no es suficiente para endilgar responsabilidad a título de garante cuando se ha omitido una acción que ha puesto en riesgo los bienes jurídicos a los que estaba obligado a amparar. Es necesario, por tanto, crear normas taxativas pues la ausencia de reglamentación deja a interpretación del juez, que en muchos casos resulta desafortunada, el castigo por la conducta de omisión de socorro. Aducen, en ese sentido, la creación de un nuevo tipo penal que consagre el deber legal que puede ser fuente de la omisión, en consonancia con lo que establece el artículo 10 del código penal.

Finalmente, ambas iniciativas acuden a referencias de registros noticiosos y periodísticos de múltiples casos en donde los pacientes hicieron varios recorridos por diferentes entidades prestadoras de salud y centros hospitalarios sin que fueran atendidos y en consecuencia murieron.

4. Consideraciones y observaciones del Consejo Superior de Política Criminal

A continuación se expondrán los puntos centrales que se desarrollan en el articulado y los argumentos de su exposición de motivos, para luego desarrollar las razones de naturaleza dogmático penal y de política criminal que sustentan por las cuales se considera inadecuado e inconveniente el presente proyecto de ley.

4.1. Del derecho penal como *ultima ratio*

Como se ha sido reiterado de este Consejo, las medidas adoptadas en materia de política criminal, como política pública, deben propender por ser coherentes, fundamentadas empíricamente y evaluadas sistemáticamente, tal como lo planteó la Comisión Asesora para la Política Criminal⁴. Como una política respetuosa de los derechos fundamentales de las víctimas y los perpetradores debe procurar garantizar los fines restauradores y resocializadores de la pena privativa de la libertad como consecuencia jurídica frente a una conducta punible.

Bajo esta perspectiva, dichas medidas no pueden ser resultar en simples medidas simbólicas y reactivas, y pretender con ellas atender una problemática que se encuentra arraigada a relaciones sociales y significantes culturales. Resulta importante contemplar la adopción de medidas de política criminal que no se restrinjan al ámbito penal, sin excluir con esto la sanción que, en los ámbitos de

⁴ Informe final de la Comisión Asesora para el Diseño de la Política Criminal, marzo de 2012, págs. 98-99.

lesividad que corresponda, resulte viable imponer frente a las conductas que así lo ameriten.

En ese sentido, extraña al Consejo Superior de Política Criminal que el legislador tenga claridad sobre la subsidiariedad del Derecho penal⁵, argumentado que *<<si bien constitucional y legalmente la salud es un derecho fundamental, [...] no debemos pasar por alto que la función penal y moderadora del Estado, debe activarse una vez se hayan agotado todos los medios de disuasión y prevención con que cuenta; lo que explica el carácter del derecho penal como de ultima ratio, es decir que antes de reprochar penalmente una conducta, de activar el ius puniendi, el Estado y la sociedad deben propender por buscar las soluciones más efectivas para enfrentar los problemas sociales.>>*⁶, y aun así, pretenda dar respuesta al fenómeno planteado en el proyecto de ley, con la creación de conductas que ya se encuentran descritas en la legislación penal.

4.2. Disposiciones del Código Penal (Ley 599 de 2000) que en lo sustancial recogen la iniciativa legislativa

Si bien podría pensarse que el artículo 131-A propuesto en el proyecto de ley de la referencia es una herramienta que adelanta la barrera de protección penal para prevenir la consolidación de situaciones de riesgo concreto para la vida y la integridad personal de los usuarios del sistema general de seguridad social en salud, resulta claro que el mismo dista de ser una medida idónea, no sólo porque existen medidas administrativas que sancionan este tipo de conductas sino porque ya existe en el Código Penal el delito de *Omisión de socorro* consagrado en el artículo 131 de la siguiente forma:

“El que omitiere, sin justa causa, auxiliar a una persona cuya vida o salud se encontrare en grave peligro, incurrirá en prisión de dos (2) a cuatro (4) años”

⁵ La exposición de motivos, hace igual referencia al Concepto número 4027 del 7 febrero de 2006 del Ministerio Público con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1°, 2° y 14 de la Ley 890 de 2004, “por la cual se modifica y adiciona el Código Penal” en los siguientes términos:

“Estos elementos explican por qué el Estado debe preferir, en tanto que sea posible, la utilización de todos sus elementos de gestión, de prevención, de disuasión, atención y solución de conflictos, antes de recurrir al “*ius puniendi*”. Adicionalmente, cuando tenga que recurrir a él, debe preferir los mecanismos de sanción de las conductas, diferentes a aquellas propias del derecho penal, acudiendo a este solamente cuando se encuentre realmente justificado a la luz de los fines del Estado. Y ello es así, porque la sanción penal es el más fuerte reproche social y jurídico y conlleva la mayor invasión del Estado y las mayores restricciones de los derechos y libertades personales, todo lo anterior explica su carácter de última ratio”

⁶ Exposición de Motivos. Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara. Gaceta 547 de 2015. Congreso de la República.

Teniendo en cuenta que el sujeto activo de este delito es indeterminado y se trata de un delito de omisión propia, en él incurre quien incumple el mandato contenido en la norma, según el cual el actor debe desplegar un acto idóneo para extinguir o disminuir el peligro que se cierne para la víctima siempre que se encuentre en capacidad de hacerlo. Es decir, con el cumplimiento del deber se impide la concreción de la conducta punible. En este sentido, el profesional de la salud o quien esté en capacidad de *“tomar la decisión de la prestación del servicio público esencial de salud de conformidad con los estatutos o manuales de funciones en una entidad pública, mixta o privada encargada de esta asistencia”* no puede negarse a prestar el servicio a una persona cuya vida o salud se encuentre en grave peligro, so pena de incurrir en el delito de *omisión de socorro*.

Con respecto al agravante propuesto por el segundo inciso de este artículo, según el cual se agrava la sanción cuando, como consecuencia de la denegación del servicio sobreviniere la muerte del paciente, esta figura también se encuentra prevista por el Código Penal a través de la figura de la comisión por omisión o también llamada omisión impropia consagrada en el primer inciso del artículo 25 del Código Penal.

Ahora bien, si como consecuencia de la denegación del servicio sobreviniere la muerte del paciente se estará frente a un homicidio doloso en comisión por omisión, pues el profesional de la salud tiene la obligación legal de actuar y no lo hace, pudiendo y debiendo hacerlo. En consecuencia, tampoco resulta necesaria la tipificación adicional de esta conducta en tanto ya se encuentra prevista en la legislación penal.

En este sentido, corresponderá al operador judicial, en cada caso determinado, establecer si la conducta acaecida en la omisión de prestar los servicios de salud, concentrándose en la conducta de negación del servicio encuadra o no en el concepto de las conductas descritas anteriormente.

No resulta acertado señalar que exista un vacío normativo dentro de la legislación penal para dar respuesta a estas conductas descritas en la exposición de motivos. Las eventuales discrepancias de tipo jurisprudencial y judicial en torno a lo que constituye o no la posición de garantía en una comisión por omisión, para el caso determinado de los prestadores de salud no se erigen ellas mismas en vacíos normativos que hagan necesaria una nueva descripción típica.

4.3. La falta de razonabilidad y fundamentación de la iniciativa legislativa

Conforme ha dicho la Corte Constitucional, «[l]a libertad de configuración normativa del legislador pese a ser amplia, se subordina a la razonabilidad y proporcionalidad objetivas de las decisiones que adopte, pues de lo contrario puede vulnerar los

derechos fundamentales»⁷. Al margen de que el objetivo fundamental de la configuración normativa en esta materia sea la represión del delito, no se sigue de ello la consagración populista e irrazonable de conductas que no sólo puedan vulnerar principios de estirpe constitucional, como el del *non bis idem*, sino en las que tampoco se evidencie la consolidación de una política criminal sólida y sustancial.

El argumento de la creciente presentación del fenómeno de casos relacionados con el *paseo de la muerte*, no constituye *per se* argumento suficiente para la consagración de un nuevo tipo penal. ¿No se remite este fenómeno a un problema estructural en la administración de los servicios de urgencias que tienen las entidades prestadoras de salud? En ese sentido, hay un problema en cuanto al sujeto activo de la conducta al hablar del “representante legal” o “empleado” pues la vinculación del representante legal puede ser inapropiada.

A lo anterior habría que añadir que es un tipo penal que solamente se aplicará a los mandos bajos, pero no será posible sancionar a los directivos. En ese sentido, la forma en que está redactado no permite una estrategia de investigación criminal adecuada para lograr el objetivo que busca el proyecto de Ley.

4.4. Del impacto fiscal del proyecto de ley

Desde un punto de vista más amplio, que puede considerarse como una recomendación de este Consejo dirigida a la elaboración de todos los proyectos de ley involucrados con la política criminal, es importante traer de presente dos argumentos relacionados con la importancia de respaldar las iniciativas en análisis y estudios con fundamento técnico, los cuales tienen que ver con las recomendaciones hechas por la *Comisión Asesora de Política Criminal* en el 2012, y con la Ley 1147 del 2000 relacionada con la modernización de los procedimientos legislativos en el país.

De un lado, la Comisión Asesora en su oportunidad recalcó cómo uno de los rasgos distintivos de la irracionalidad de la política criminal en Colombia era la ausencia de análisis previos al momento de tomar decisiones tanto gubernamentales como legislativas, que consideraran, por ejemplo, “la coherencia del sistema penal al momento de creación de nuevas normas penales, o ya sea a nivel empírico sobre la carga de trabajo de los operadores de justicia, o sobre el sistema carcelario y penitenciario, o sobre la evolución misma de los fenómenos criminales”⁸.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-013 de 1997.

⁸ Comisión Asesora de Política Criminal. *Diagnóstico y propuesta de lineamientos de política criminal para el Estado colombiano*. Junio de 2012, p. 28

Por esta razón, al momento de formular las recomendaciones, la Comisión señaló la necesidad de respaldar cada iniciativa desde varios puntos de vista, dentro de los que cabe resaltar la fundamentación empírica de la decisión y la evaluación de impacto de la misma, considerando especialmente su impacto fiscal, su impacto sobre el problema objeto de intervención y su impacto en los diferentes sectores del sistema penal, como el sistema de persecución y enjuiciamiento criminal y el sistema penitenciario y carcelario.

En palabras de la Comisión, “se deben adelantar obligatoriamente estudios de impacto fiscal, para evitar que se aprueben normas sin presupuesto, para lo cual contará con el apoyo del Departamento Nacional de Planeación. No deben aprobarse reformas legislativas sin estos dos conceptos”; además, toda decisión de política criminal “debe estar fundamentada empíricamente, de suerte que toda reforma penal, para ser aprobada, debería contar con una clara justificación de su necesidad; (...) igualmente debe evaluarse previamente el potencial impacto de las medidas penales tanto sobre el sistema normativo, como sobre los operadores de justicia y el sistema carcelario; (...) se debe hacer un seguimiento a las reformas penales, para evaluar su impacto”⁹.

De otra parte, con el propósito de fortalecer y modernizar los procesos legislativos en el Congreso de la República, se creó la Ley 1147 de 2007, *por la cual se adiciona la Ley 5 de 1992 y se crean la Comisión Especial de Modernización y las Unidades Coordinadoras de Asistencia Técnica Legislativa y de Atención Ciudadana*. En relación con la Unidad Coordinadora a la que se refiere la ley, el artículo 6 establece una serie de funciones tendientes a proporcionar todo el apoyo técnico requerido para asegurar el soporte de calidad, no solo de los proyectos de Ley o de Acto Legislativo, sino también de las deliberaciones que se presentan en el Congreso¹⁰. Dentro de estas funciones, considera el Consejo Superior de Política Criminal, se puede encontrar el fundamento normativo para que las recomendaciones señaladas previamente tengan su lugar en la actividad parlamentaria.

Por último, es importante destacar que una vez hecha la revisión del proyecto de ley y su exposición de motivos no se presenta un estudio de impacto fiscal e institucional sobre los costos que puede representar la introducción de estas medidas al ordenamiento jurídico, o el impacto sobre el sistema penal y penitenciario, en caso de tenerlo.

⁹ Comisión Asesora, *op. cit.*, pp. 81 y 76-77, respectivamente.

¹⁰ El artículo 6 dispone: «1. Procurar la alta calidad de los proyectos de ley, de Acto Legislativo y de la discusión legislativa por medio de investigaciones técnicas y objetivas; 2. Apoyar por medio de asesorías técnicas y objetivas la calidad de los proyectos de ley, de Acto Legislativo y de la discusión legislativa; 3. Fortalecer las iniciativas legislativas presentadas en el Congreso con la participación oportuna de la sociedad; 4. Establecer un vínculo constante con la comunidad académica para facilitar el análisis de los temas legislativos, por medio de la suscripción de convenios de cooperación; 5. Adelantar el programa de judicatura y pasantías legislativas para la Unidad con las distintas universidades nacionales y extranjeras; 6. Las demás que le asigne la Comisión.»

5. Aspectos del trámite legislativo

5.1. Curso simultáneo de dos proyectos de ley que regulan la misma materia

El Consejo Superior de Política Criminal quiere resaltar ante los miembros del Congreso de la República el trámite simultáneo de estos dos proyectos de ley con propuestas de regulación en una misma materia (Proyecto de Ley 037 de 2015 Cámara y Proyecto de Ley 051 de 2015 Senado).

Dada esta situación, y sin perjuicio de lo establecido por la Ley 5 de 1992 en sus artículos 151 y 152¹¹ respecto a la acumulación de iniciativas, se debe tener en cuenta esta particularidad en la deliberación democrática con el fin de evitar que dos leyes de la República terminen regulando la misma materia, si bien en el mismo sentido, con una extensión y alcances diferentes.

Conclusiones

En suma, 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 vaya incidir en los comportamientos sancionados y que su adopción resulta necesaria, proporcional, legítima y útil en el marco de los principios del derecho penal.

Adicionalmente, se reitera, la acción y los agravantes propuestos en las normas introducidas, ya se encuentran previstas en distintas normas de la legislación penal sustancial, y su adopción representa una reiteración de disposiciones, que en específico tendrían como aspecto diferenciador, un sujeto determinado que bajo el ordenamiento jurídico tiene la posición de garante, concentrándose en la conducta de negación del servicio. De esta manera se considera no aconsejable la introducción de esta nueva conducta punible en el Código Penal.

¹¹ Artículo 151. Acumulación de proyectos. Cuando a una Comisión llegare un proyecto de ley que se refiera al mismo tema de un proyecto que esté en trámite, el Presidente lo remitirá, con debida fundamentación, al ponente inicial para que proceda a su acumulación, si no ha sido aún presentado el informe respectivo. Sólo podrán acumularse los proyectos en primer debate.

Artículo 152. Acumulación cuando cursan simultáneamente. Los proyectos presentados en las Cámaras sobre la misma materia, que cursen simultáneamente podrán acumularse por decisión de sus Presidentes y siempre que no haya sido presentada ponencia para primer debate.

Los Secretarios de las Cámaras antes de proceder al envío de las iniciativas a las Comisiones respectivas, informarán a los Presidentes acerca de los proyectos que puedan ser objeto de acumulación.

En el marco de una política criminal coherente, no es apropiado dar vía legislativa a normas penales cuyos antecedentes fácticos están previstos en disposiciones existentes. Si bien es cierto, la libertad de configuración legislativa y la reserva en materia penal radica en el Congreso de la República (siendo además un actor principal en la conformación de la Política Criminal del Estado), éste no está exento de satisfacer ciertos compromisos adquiridos ante el Poder Constituyente según sentencia C-241 de 2012, proferida por la Honorable Corte Constitucional¹²

Se advierte entonces la ausencia de los juicios de proporcionalidad y razonabilidad que respalden la propuesta de reforma toda vez que no contienen los respaldos fácticos que den soporte a la propuesta para incluir nuevos tipos penales, y expongan cómo la inclusión de estas normas en el Código Penal protegerán efectivamente los bienes jurídicos que dicen tutelar, pues es deber destacar que existen otros mecanismos jurídicos –como las medidas administrativas y el control de entidades como la Superintendencia de Salud- para atacar la problemática planteada, por lo que se desmiente la necesidad de acudir al poder punitivo del Estado.

¹² “(...) frente al ejercicio de dicha libertad de configuración, la Constitución opera como un mecanismo de “control de límites de competencia del legislador, con el fin de evitar excesos punitivos”, lo cual comporta las siguientes garantías: 1. Deber de observar la estricta legalidad. En punto a este deber, la Corte ha señalado (i) que la creación de tipos penales es una competencia exclusiva del legislador (reserva de ley en sentido material) y que (ii) es obligatorio respetar el principio de tipicidad: “*nullum crimen, nulla poena, sine lege previa, scripta et certa*”. De manera que el legislador está obligado no sólo a fijar los tipos penales, sino que éstos tienen que respetar el principio de irretroactividad de las leyes penales (salvo favorabilidad), y definir la conducta punible de manera clara, precisa e inequívoca. 2. Deber de respetar los derechos constitucionales. En relación con los derechos constitucionales, la Corte ha señalado que los tipos penales, se erigen en mecanismos extremos de protección de los mismos, y que, en ciertas ocasiones el tipo penal integra el núcleo esencial del derecho constitucional. Por lo mismo, al definir los tipos penales, el legislador está sometido al contenido material de los derechos constitucionales, así como los tratados y convenios internacionales relativos a derechos humanos ratificados por Colombia y, en general, el bloque de constitucionalidad. 3. **Deber de respeto por los principios de proporcionalidad y razonabilidad. Respecto de la proporcionalidad y la razonabilidad del tipo penal y su sanción, la Corte ha indicado que al establecer tratamientos diferenciales se somete a un juicio estricto de proporcionalidad del tipo, así como de la sanción. La proporcionalidad, implica, además, un juicio de idoneidad del tipo penal. Así, ante la existencia de bienes jurídicos constitucionales, el legislador tiene la obligación de definir el tipo penal de manera tal que en realidad proteja dicho bien constitucional.** 4. Al igual que ocurre con el resto de competencias estatales, el ejercicio del poder punitivo está sujeto a restricciones constitucionales, tanto en lo que respecta a la tipificación como a la sanción. No podrán tipificarse conductas que desconozcan los derechos fundamentales, que no resulten idóneas para proteger bienes constitucionales o que resulten desproporcionadas o irrazonables. Lo mismo puede predicarse de las sanciones. Estas restricciones, como se indicó antes, operan frente a toda decisión estatal en materia punitiva” (Negrilla fuera de texto).

Dadas las consideraciones anteriores, el Consejo Superior de Política Criminal considera que los proyectos de ley 037 de 2015 Cámara y 051 de 2015 Senado no deben aprobarse pues como se señaló, le estaría dando vía legislativa a normas penales cuyos antecedentes fácticos están previstos en otras disposiciones existentes.

Elaboro: Andrés Felipe Bernal/Ministerio de Justicia y del Derecho

CONSEJO SUPERIOR DE POLÍTICA CRIMINAL