

Stuard
Bogotá 19/15
2:30 pm



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 1 de 24

Bogotá D.C.,

Doctora
AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO
Comisión Primera Constitucional
Cámara de Representantes
Carrera 7ª N° 8 – 68
Ciudad

ASUNTO: Concepto sobre el proyecto de ley **006/15 (C)** “por medio de la cual se adiciona el artículo 454 de la Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal, que tipifica el delito de fraude a resolución judicial”.

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2º del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3º del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes observaciones:

1. ANTECEDENTES

A través del proyecto de ley que se analiza, se pretende aumentar las penas previstas para el fraude a resolución judicial relacionadas con las decisiones de tutela en salud, con independencia de que se produzca su cumplimiento. La propuesta se fundamenta en la cantidad de acciones de tutela en dicha materia y en el incumplimiento a las mismas,

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



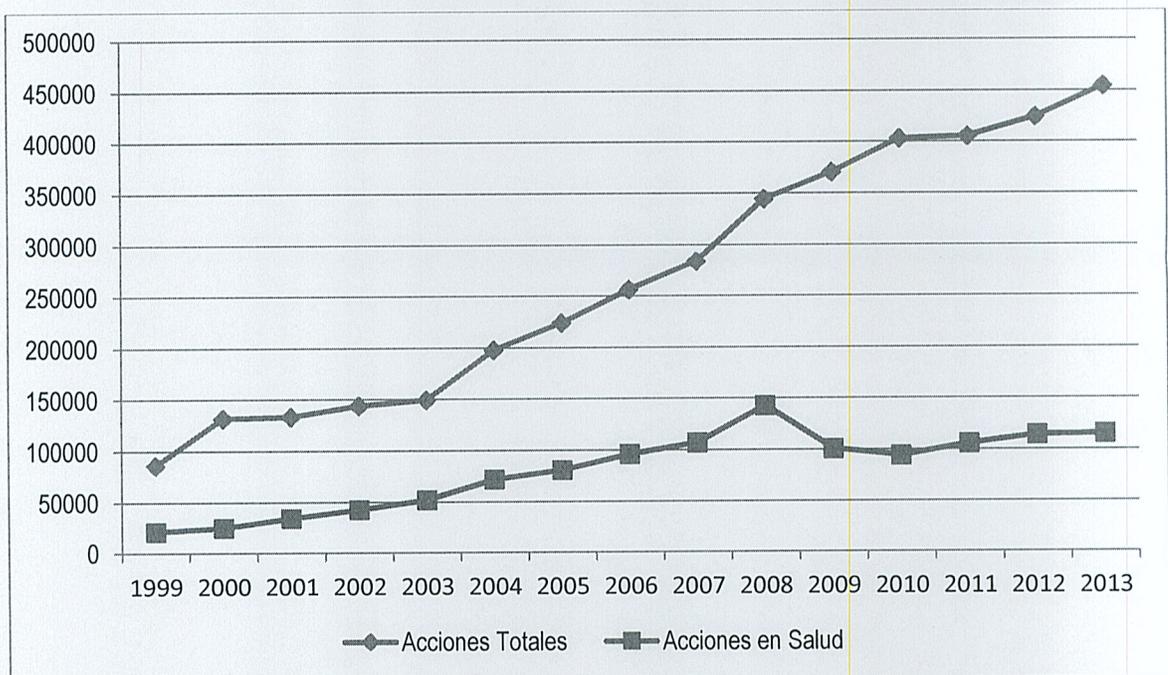
Al contestar por favor cite estos datos:
 Radicado No.: **201511401342011**
 Fecha: **10-08-2015**
 Página 2 de 24

de acuerdo con las cifras de la Defensoría del Pueblo que origina el trámite especial de desacato.

2. COMENTARIOS

2.1. El panorama de la acción de tutela en salud y el cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008.

De acuerdo con la fuente de información a la cual se alude en la iniciativa legislativa, vale decir, la Defensoría del Pueblo, la acción de tutela en salud ha adquirido un peso importante a partir de 1999, tal y como se puede evidenciar en el siguiente gráfico:



Fuente: Defensoría del Pueblo, *La tutela y el Derecho a la Salud*, Informe 2013, Bogotá, D.C., 2014.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 3 de 24

Antes de 1999, la conflictividad en salud no superaba el 4% anual. A partir de 1999 (que coincide con un decrecimiento del PIB de 4,3%), se produce un incremento significativo de acciones de tutela en salud. En ese año, las mismas tienen un componente en esa temática de un 24,68% del total y su peso se encuentra en continuo aumento desde 2001 (sólo en 2000 descendió a 18,85%) hasta 2008 (41,5%, el máximo nivel reportado). Con posterioridad a ese año, se produce un punto de inflexión descendiendo en 2009 y 2010 en porcentajes de 27,11% y 23,43%, respectivamente. Los años 2011 a 2013 mantienen un peso entre 25% y 27% que se corresponde con lo evidenciado en 1999. Debe aclararse que en 2013 el peso de la acción de tutela frente al total de acciones desciende, pero en términos absolutos, ocurre un incremento de 0,73%.

Sin entrar a considerar las causas de esta situación, que sin duda son diversas, debe reconocerse que la acción de tutela en salud se ha instalado como una realidad dentro del funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud –SGSSS– y que tal circunstancia no debe considerarse como algo normal. Ésta fue la razón en virtud de la cual se expidió la sentencia T-760 de 2008¹ mediante la cual se detectaron algunos problemas recurrentes en el SGSSS y se adoptaron unas órdenes de corrección que, entre otras entidades, este Ministerio ha venido cumpliendo. En efecto, si bien no encontró fundamento para declarar el estado de cosas inconstitucional, si evidenció una serie de fallas estructurales que debían ser corregidas.

Una sinopsis de las medidas adoptadas en cumplimiento de la sentencia T-760 pueden resumirse así:

Orden de la Corte Constitucional	Cumplimiento
<p>Décimo sexta. Adoptar las medidas necesarias para superar las fallas de regulación en los planes de beneficios para (i) precisar contenidos (ii) actualizarlos (iii) unificados para ambos regímenes contributivo (iv) sean oportuna y efectivamente suministrados por las EPS.</p>	<p>Tiene que ver con las órdenes 17 a 22.</p>
<p>Décimo séptimo Actualización integral de los POS.</p>	<p>Acuerdo 029 de 28 de diciembre de 2011, por medio del cual se define, aclara y actualiza el Plan</p>

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 4 de 24

	<p>Obligatorio de Salud, el cual entra a regir a partir del 1° de enero de 2012. <i>Resolución 5521 de 2013 del MSPS.</i></p>
<p>Décimo octava Actualización de los POS por lo menos una vez al año, con base en los criterios establecidos en la ley.</p>	<p>La CRES adoptó el POS mediante el Acuerdo 03 de 2009, remitió comunicación de 31 de julio de 2009. <i>Acuerdo 029 de 2011</i>, por medio del cual se define, aclara y actualiza el Plan Obligatorio de Salud, el cual entra a regir a partir del 1° de enero de 2012. <i>Resolución 5521 de 2013 del MSPS.</i> De acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011, la actualización se está realizando cada dos años. De otra parte, la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud, dispone, en su artículo 15, que el MSPS cuenta con dos años (a partir de 2015) para definir la prestaciones en salud bajo criterios de exclusión.</p>
<p>Décimo Noveno Medidas para garantizar que EPS envíen a la CRES, a la SNS y a la Defensoría del Pueblo, un informe trimestral. Sobre negación de servicios.</p>	<p>Se expidieron las Resoluciones 3179 y 3821, ambas de 2009. Actualmente, debe tener en cuenta la Resolución 1683 de 2015.</p>
<p>Vigésima. Ordenar al MSPS y a la Superintendencia Nacional de Salud que adopten las medidas para identificar las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia se niegan a autorizar oportunamente servicios de salud incluidos en el POS o que se <i>requieran con necesidad</i>. Con este fin, el Ministerio y la Superintendencia deberán informar a la Defensoría del Pueblo, a la Procuraduría General de la Nación y a la Corte Constitucional (i) cuáles son las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios que con mayor frecuencia incurren en prácticas violatorias del derecho a la salud de las personas; (ii) cuáles son las medidas concretas y específicas con relación a éstas entidades que se adoptaron en el pasado y las que se adelantan actualmente, en caso de</p>	<p>Se presentaron los informes respectivos así como los elementos del ranking de las EPS e IPS.</p>



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 5 de 24

<p>haberlas adoptado; y (iii) cuáles son las medidas concretas y específicas que se han tomado para garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, de las personas que se encuentran afiliadas a las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios identificadas.</p>	
<p>Vigésimo primero Unificar los planes de beneficios para los niños y las niñas del régimen contributivo y del subsidiado.</p>	<p>Mediante el <i>Acuerdo 004 de 30 de septiembre de 2009</i>, la CRES unificó los planes de beneficios de los regímenes contributivo y subsidiado de las niñas y de los niños (0 a 12 años). A través del <i>Acuerdo 005 de 30 de septiembre de 2009</i>, la CRES fijó la nueva UPC para el cumplimiento del <i>Acuerdo 004</i> ya mencionado. En virtud de lo indicado por la Corte Constitucional, la CRES, también expidió el <i>Acuerdo 011 de 29 de enero de 2010</i>. Tener en cuenta la <i>Resolución 5521 de 2013</i> del MSPS.</p>
<p>Vigésimo segundo Programa y un cronograma para la unificación gradual y sostenible de los POS. El programa y el cronograma para la unificación de los planes de beneficios, el cual deberá incluir: (i) un programa; (ii) un cronograma; (iii) metas medibles; (iv) mecanismos para el seguimiento del avance y (v) la justificación de por qué se presentó una regresión o un estancamiento en la ampliación del alcance del derecho a la salud. Copia de dicho informe deberá ser presentado a la Defensoría en dicha fecha y, luego, deberá presentar informes de avance en el cumplimiento del programa y el cronograma cada semestre, a partir de la fecha indicada.</p>	<p><i>Acuerdo 27 de 11 de octubre de 2011</i>, por medio del cual se unifica el POS para los mayores de 60 años a partir de 1° de noviembre de 2011. <i>Acuerdo 32 de 17 de mayo de 2012</i> por medio del cual se unifica el POS para la población entre 18 y 59 años a partir de 1° de julio de 2012. La unificación del POS se ha realizado.</p>
<p>Vigésimo tercero Trámite interno para lo no POS.</p>	<p>El MPS expidió la <i>Resolución 3099 de 2008</i>, por medio de la se regula el trámite interno de los servicios no POS. Dicha resolución fue ajustada mediante las <i>Resoluciones 3754, 5033, 5334</i>, todas de 2008, <i>Resolución 548 de 2010</i>. <i>Resoluciones 458 y 5395</i>, ambas de 2013.</p>



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 6 de 24

	Igualmente, se expidió la Circular 0019 de 2012, en relación con la atención de urgencias y trámites ante los CTC.
<p>Vigésimo cuarto. Medidas para garantizar que el procedimiento de recobro por parte de las EPS ante el Fosyga, así como ante las entidades territoriales respectivas, sea ágil y asegure el flujo oportuno y suficiente de recursos.</p>	Resoluciones 458 y 5395, ambas de 2013.
<p>Vigésimo quinto Ordenar al administrador fiduciario del Fosyga que, a partir de la notificación de la presente sentencia, cuando se trate de servicios de salud cuya práctica se autorizó en cumplimiento de una acción de tutela: <i>i</i>) la entidad promotora de salud podrá iniciar el proceso de recobro una vez la orden se encuentre en firme, bien sea porque la sentencia de instancia no fue impugnada, bien sea porque se trata de la sentencia de segunda instancia, sin que el procedimiento de autorización del servicio de salud o de recobro pueda ser obstaculizado con base en el pretexto del eventual proceso de revisión que se puede surtir ante la Corte Constitucional; <i>(ii)</i> no se podrá establecer como condición para reconocer el derecho al recobro de los costos que la entidad no estaba legal ni reglamentariamente obligada a asumir que en la parte resolutive del fallo de tutela se autorice el recobro ante el Fosyga, o la correspondiente entidad territorial. Bastará con que en efecto se constate que la EPS no se encuentra legal ni reglamentariamente obligada a asumirlo de acuerdo con el ámbito del correspondiente plan de beneficios financiado por la UPC. Y <i>(iii)</i> en el reembolso se tendrá en cuenta la diferencia entre medicamentos de denominación genérica y medicamentos de denominación de marca, sin que pueda negarse el reembolso con base en la glosa 'Principio activo en POS' cuando el medicamento de marca sea formulado bajo las</p>	<i>Ibid.</i>

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 7 de 24

condiciones señaladas en el apartado (6.2.1.) de esta providencia.	
<p>Vigésimo sexto Plan de contingencia para (1) adelantar el trámite de las solicitudes de recobro que están atrasadas y (2) agilizar los pagos de las solicitudes de recobro en las que se verificó el cumplimiento de los requisitos de las resoluciones vigentes, pero que aún no han sido pagadas, de acuerdo con lo señalado en esta providencia.</p>	<p><i>Ibíd.</i></p>
<p>Vigésimo séptimo Medidas necesarias para que el sistema de verificación, control y pago de las solicitudes de recobro funcione de manera eficiente, y que el Fosyga desembolse prontamente los dineros concernientes a las solicitudes de recobro.</p>	<p><i>Ibíd.</i></p>
<p>Vigésimo octavo Medidas necesarias para asegurar que al momento de afiliarse a una EPS, contributiva o subsidiada, le entreguen a toda persona, en términos sencillos y accesibles, la siguiente información,</p> <p>(i) <i>Una carta con los derechos del paciente.</i></p> <p>(ii) <i>Una carta de desempeño.</i></p> <p>Medidas para proteger la libre escogencia.</p>	<p>El MPS expidió la <i>Resolución 1817 de 29 de mayo de 2009</i>. El MPS expidió la <i>Resolución 2818 de 6 de agosto de 2009</i>, por medio del cual introduce sendas modificaciones a la herramienta tendientes a generar consecuencias y precisar procedimientos y mecanismos. Adjunto a dicho acto administrativo, se presentó el día 6 de agosto de 2009, el informe de evaluación de la medida adoptada. El MPS presentó, el día 30 de julio de los corrientes, el informe en el que realiza un balance de las medidas, detallando los progresos y los resultados, y señala la necesidad de modificar la <i>Resolución 1817 de 2009</i>. Adicionalmente, se expidió la <i>Resolución 4392 de 2009</i>. Resoluciones 4343 de 2012 y 1379 de 2015.</p>
<p>Vigésimo noveno Medidas necesarias para asegurar la cobertura universal sostenible del Sistema General de Seguridad Social en Salud –antes de enero de 2010–. En caso de que alcanzar esta meta sea imposible, deberán ser explicadas las razones del incumplimiento y fijarse una nueva meta, debidamente justificada.</p>	



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 8 de 24

Trigésimo Presentar anualmente un informe a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, a la PGN y a la DP, en el que mida el número de acciones de tutela que resuelven los problemas jurídicos mencionados en esta sentencia y, de no haber disminuido, explique las razones de ello.	Se adelanta seguimiento en la Corte Constitucional.
---	---

2.2. Normas destinadas a la protección y garantía del derecho fundamental.

Mediante la Ley 1751 de 2015, producto de la declaratoria de la salud como un derecho fundamental, se regularon los aspectos básicos del derecho a la salud y los mecanismos para su garantía, sin perjuicio de que se pueda acudir a la acción de tutela (parágrafo 2° del artículo 14). De otra parte, a través de la Ley 1753 de 2015, Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, se dispuso una serie de medidas en materia de acceso a los servicios de salud.

Lo anterior nos conduce a considerar el escenario de protección existente al interior del propio sistema.

El actual compendio de respuestas del Estado frente a actitudes como la denegación en salud, puede resumirse a lo siguiente:

- Por una parte, la Ley 100 de 1993, mod. por el artículo 121 del Decreto 2150 de 1995, previene:

El artículo 188 de la Ley 100 de 1993, quedará así:

ARTICULO 188. Las Instituciones Prestadoras de Servicios no podrán discriminar en su atención a los usuarios.

Cuando ocurran hechos de naturaleza asistencial que presuntamente afecten al afiliado respecto de la adecuada prestación de los servicios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, estos podrán solicitar reclamación ante el comité tecnicocientífico que designará la entidad de salud a la cual este afiliado. En caso de inconformidad, podrá solicitar un nuevo concepto por parte de un comité similar que designará la Dirección Seccional de Salud de la

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 9 de 24

respectiva entidad territorial en donde está afiliado. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.

De acuerdo con las sentencias C-463² y T-760³, ambas de 2008, el papel del Comité Técnico – Científico debe ser más activo, lo cual supone enfatizar en su independencia, y desarrollar criterios de racionalidad en la prestación de servicio de salud y en las eventuales negaciones que se presenten. Esta norma fue modulada por la Ley 1438 de 2011, artículos 26 y 27, modificados por el artículo 116 del Decreto-ley 019 de 2012.

Así mismo, el artículo 230, numeral 5º, de la Ley 100 de 1993 establece que la Superintendencia Nacional de Salud podrá revocar o suspender el certificado de autorización cuando:

[...] se compruebe que no se presta efectivamente los servicios previstos en el Plan de Salud Obligatorio.

- De otro lado, la Ley 1122 de 2007 (art. 20) insiste en la obligatoriedad en la atención de urgencias, así:

Parágrafo. Se garantiza a todos los colombianos la atención inicial de urgencias en cualquier IPS del país. Las EPS o las entidades territoriales responsables de la atención a la población pobre no cubierta por los subsidios a la demanda, no podrán negar la prestación y pago de servicios a las IPS que atiendan sus afiliados, cuando estén causados por este tipo de servicios, aún sin que medie contrato [...].

Esta regulación está contenida también en las Leyes 100 de 1993 (art. 168) y 715 de 2001 (art. 67). De ahí que, el artículo 67 de la Ley 1438 de 2011 precise:

[...] Con el propósito de responder de manera oportuna a las víctimas de enfermedad, accidentes de tránsito, traumatismos o paros cardiorrespiratorios que requieran atención médica de urgencias, se desarrollará el sistema de emergencias médicas, entendido como un modelo general integrado, que comprende, entre otros los mecanismos para notificar las

² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-463 de 14 de mayo de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 10 de 24

emergencias médicas, la prestación de servicios pre hospitalarios y de urgencias, las formas de transporte básico y medicalizado, la atención hospitalaria, el trabajo de los centros reguladores de urgencias y emergencias, los programas educacionales y procesos de vigilancia [...]. [Énfasis fuera del texto].

- A nivel de la atención como tal, es posible acudir a mecanismos de protección expeditos como la Acción de Tutela, teniendo en cuenta el carácter fundamental autónomo del derecho a la salud⁴, ya ratificado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁵.

Al respecto, es de indicar que las informaciones a través de las cuales se pone en evidencia el proceso de tutelización de la salud no son nuevas. Tanto la Defensoría del Pueblo⁶, en varios de sus informes, como la Superintendencia Nacional de Salud⁷, han destacado el tema, teniendo en cuenta, obviamente, la labor garantista que ha desarrollado la Corte Constitucional a partir de su conformación.

Un mecanismo de contención del ejercicio de esta acción estaba contemplado en el artículo 14 literal j) de la Ley 1122, con la extensión brindada por la Corte Constitucional en la sentencia C-463 de 2008 ya citada, norma que fue derogada por la Ley 1438 de 2011.

Naturalmente, este mecanismo tan ágil, no puede ser utilizado como un mecanismo eficiente frente a una urgencia vital y menos convertirse en la fórmula por excelencia para solucionar la conflictividad en salud.

- Adicionalmente, en virtud de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud cuenta con facultades jurisdiccionales, tal y como se lee en la norma que a continuación se transcribe:

⁴ Cfr., *inter alia*, **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. C-463 y T-760, ambas de 2008.

⁵ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

⁶ Cfr. Defensoría del Pueblo. *La Tutela y el Derecho a la Salud 2011, 20 años del uso efectivo de la tutela 1992 – 2011*, Bogotá, D.C., 2012.

⁷ Sobre el particular se pueden consultar los Boletines Jurídicos elaborados por esa entidad, números 2 septiembre – octubre de 2005 y 4 enero – febrero de 2006.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 11 de 24

Artículo 41. *Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.* Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos:

- a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario;
- b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios;
- c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud sólo podrá conocer y fallar estos asuntos a petición de parte. No podrá conocer de ningún asunto que por virtud de las disposiciones legales vigentes deba ser sometido al proceso de carácter ejecutivo o acciones de carácter penal.

Parágrafo 2°. El procedimiento que utilizará la Superintendencia Nacional de Salud en el trámite de los asuntos de que trata este artículo será el previsto en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998.

Sobre el alcance de esta norma, se ha indicado:

Por lo anterior, respecto de la protección del derecho fundamental a la salud por medio de la acción de tutela, se puede concluir que en los casos de amenaza o vulneración del mismo a causa de la falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, se

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 12 de 24

debe agotar en principio el mecanismo establecido por el legislador en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007. Esto, previa consideración de la eficacia que dicho procedimiento puede prodigar en el caso concreto. Pues, tal como sucede con los demás derechos fundamentales cuya protección procede por mecanismos jurídicos distintos a la acción de tutela, se debe analizar en cada caso particular si el mecanismo en cuestión resulta eficaz e idóneo, o si por el contrario su utilización puede derivar en la configuración de un perjuicio irremediable que autorizara la interposición de una tutela por la urgencia de la protección. El mismo análisis vale para el caso de los tres supuestos restantes del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, en los que resulta procedente el nuevo mecanismo diseñado por el legislador⁸.

Es decir, se ha previsto un mecanismo que debe convertirse en cedazo de las acciones de tutela y que incluso la Corte Constitucional lo ha considerado como un requisito de procedibilidad previo a la acción de tutela, en la medida en que existe el mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud⁹.

Ahora bien, en la Ley 1438 de 2011 se ampliaron tales facultades jurisdiccionales y se agilizó el trámite de la siguiente manera:

Artículo 126. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.
Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

- “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;
- f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;
- g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el parágrafo 2° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-631 de 15 de agosto de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

⁹ Es la tesis que ha desarrollado la Corte Constitucional en las sentencias T-756 de 1° de octubre de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-825 de 26 de octubre de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo y; T-916 de 7 de noviembre de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 13 de 24

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

Adicionalmente, el artículo 127 establece, dentro de las funciones jurisdiccionales, la práctica de medidas cautelares, en particular las medidas provisionales para la protección del usuario y la definición de la afiliación de la persona.

No puede pasarse por alto que en la Ley 1438 de 2011 se trae a colación una norma de protección adicional en los siguientes términos:

Artículo 125. Cesación provisional. El Superintendente Nacional de Salud podrá ordenar de manera inmediata, a la entidad competente, la medida cautelar de cesación provisional de las acciones que pongan en riesgo la vida o la integridad física de los pacientes o el destino de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Las medidas señaladas anteriormente se adoptarán mediante acto administrativo motivado y dará lugar al inicio del proceso administrativo ante el Superintendente Nacional de Salud.

- En cuanto a los derechos de los usuarios, entre ellos la libre escogencia, en desarrollo de la sentencia T-760 de 2008, el Ministerio expidió las Resoluciones 1817 y 2818, ambas de 2009, que finalmente fueron integradas en la Resolución 4343 de 2012 de esta Cartera.
- En el plano del resarcimiento, el afectado puede acudir al esquema de responsabilidad por los daños que una conducta como la descrita produce y cuenta con los instrumentos y acciones para ello.
- En el marco del procedimiento correctivo, la Superintendencia Nacional de Salud, de acuerdo con la información existente en la Dirección General de Calidad de esta

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 14 de 24

Superintendencia, entre 2003 y 2006, se contabilizan cerca de 61 casos relacionados con el incumplimiento de las normas de atención inicial de urgencias. Ha sancionado de manera ejemplar por los lamentables hechos ocurridos en Santa Marta y Barranquilla, entre otros. En igual forma, ha expedido la Circular 031 de 2006, por medio de la cual se instruye para la atención telefónica al usuario. La labor correctiva, a cargo de esta Superintendencia, se ha revelado como una fórmula necesaria y consustancial.

- Finalmente, pero no menos importante, debe tenerse en cuenta la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud, que entre los aspectos que deben destacarse en la materia que nos atañe, dispone:
 - El señalamiento de los elementos y principios del derecho fundamental a la salud (art. 6º). Entre los primeros se encuentran la disponibilidad, la aceptabilidad, accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional. En relación son los segundos es conducente resaltar el principio *pro homine*, la continuidad, la oportunidad y eficiencia.
 - La comprensión de la integralidad en la atención al paciente (art. 8º), con la observación contenida en la sentencia C-313 de 2014¹⁰.
 - En lo concerniente a los derechos de los pacientes, el artículo 10º, enuncia los siguientes:
 - a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad¹¹;

¹⁰ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹¹ En consonancia con esta norma la **CORTE CONSTITUCIONAL**, en la mencionada sentencia C-313-14, precisó: “[...] Para este texto legal, se hace una observación similar a la formulada a otras disposiciones del Proyecto en las que se estipula solo el acceso a los servicios y tecnologías de salud, por ende, con miras a evitar que una apreciación restrictiva del precepto, afecte el derecho en el elemento de la accesibilidad, se hace necesario reiterar que el acceso se deberá entender a facilidades, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías y demás condiciones necesarias para alcanzar el más alto nivel de salud [...]”.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 15 de 24

- b) Recibir la atención de urgencias que sea requerida con la oportunidad que su condición amerite sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo alguno; [...]
 - e) A recibir prestaciones de salud en las condiciones y términos consagrados en la ley; [...]
 - q) Agotar las posibilidades de tratamiento para la superación de su enfermedad¹².
- Es más, en el artículo 14 se incorpora otra norma altamente pertinente para el presente debate, así:

Artículo 14. Prohibición de la negación de prestación de servicios. Para acceder a servicios y tecnologías de salud no se requerirá 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 definirá los mecanismos idóneos para controlar el uso adecuado y racional de dichos servicios y tecnologías en salud.

¹² El texto original contenía las expresiones razonables y efectivo que fueron retiradas del mismo en la sentencia C-313/14, a saber: “[...] Para la Sala, el aparte en comento contiene limitaciones al derecho de acceso y estas no están determinadas. No hay ni definición, ni remisión en el proyecto que permita establecer qué es una posibilidad razonable, tampoco se advierte quién define esa razonabilidad en los casos concretos o cuándo se estima que un tratamiento es efectivo. En la valoración del artículo 8°, la Corte consignó su parecer respecto de las limitaciones a los derechos fundamentales, cuando estas penden de criterios subjetivos y no aparecen especificadas. En su momento, se observó que la restricción del derecho a la salud encuentra en el artículo 15 unas exclusiones puntualmente definidas. Para la Sala la exclusión de la expresión “razonable” elimina el factor de indeterminación [...] Sin embargo, resta por valorarse otro asunto del enunciado legal. Se trata de la concesión del derecho en tanto haga relación al tratamiento efectivo para la superación de la enfermedad. Para la Corte, constituye un obstáculo fijar en abstracto la efectividad del tratamiento como requisito para la realización del mismo. En primer lugar, no resulta claro cómo se predica la efectividad de un procedimiento antes de su realización, pues, justamente, la efectividad se establece con el transcurso o conclusión del procedimiento. La efectividad del tratamiento es solo un resultado o efecto posible de la prestación del servicio. Además, dicha efectividad puede variar de paciente en paciente. No son pocas las variables que inciden en el efecto benéfico de la intervención médica, factores como la edad, la condición física y el entorno pueden incidir en los efectos del tratamiento. Para la Sala, este es un asunto que cada médico o especialista deberá definir, no solo en relación con el padecimiento, sino en relación con el paciente. Así pues, la exclusión del vocablo “efectivo” también contribuye a conservar el derecho, suprimiendo un factor de inconstitucionalidad [...]”.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 16 de 24

Parágrafo 1º. 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.

Parágrafo 2º. Lo anterior sin perjuicio de la tutela¹³. [Énfasis fuera del texto].

¹³ También sobre esta norma la Corte Constitucional en el aludido fallo enfatizó: “[...] *Advierte la Sala que lo establecido por el legislador estatutario, puede dar lugar a interponer tal tipo de cargas para situaciones que pueden ser de urgencias y, sin embargo, no son del tipo de atención inicial de urgencias [...] Encuentra la Corte que el concepto de urgencias exige una atención médica inmediata que tienda a disminuir los riesgos para la integridad o la vida, con lo cual, queda puesto de presente que cualquier barrera que se oponga a la prestación del servicio de salud, en situación de urgencias, compromete, de manera importante, derechos fundamentales y, obviamente, hace nugatorio el goce del derecho fundamental a la salud [...] Por ende, no se aviene con la preceptiva constitucional una medida que buscando amparar el goce del derecho en la situación denominada atención inicial de urgencias, da pie para negar la protección a otras posibilidades de urgencias que pueden acontecer. Para la Sala, la exclusión del ordenamiento jurídico de la expresión “inicial”, contenida en el texto en revisión, permite que se preserve la intención del legislador estatutario de proteger la atención inicial de urgencias y otro tipos de urgencias cuya dificultad en la prestación médica inmediata, pueden conducir a la pérdida de derechos fundamentales irrecuperables [...] Por lo que concierne a la segunda situación, que según el legislador estatutario daría lugar a requerir autorizaciones administrativas para la prestación del servicio, esto es, aquellas que deben ser determinadas por el Ministerio de Salud; observa la Corte que también desconoce la preceptiva constitucional. En este caso, la valoración permite advertir que se está defiriendo al Ejecutivo, una tarea más propia del legislador estatutario, consistente esta en establecerle límites a los derechos fundamentales. Para la Sala, se amenaza el goce efectivo del derecho y, se desconocen competencias constitucionales con la potestad conferida en el enunciado revisado. Por ende, entiende el Tribunal Constitucional que no cabe en el Proyecto de ley la expresión “y en aquellas circunstancias que determine el Ministro de Salud y Protección Social”. La exclusión de la locución transcrita, y de la expresión “inicial” torna en constitucional el inciso 1º del artículo 14 del Proyecto. En consecuencia, se procederá a declarar las inexecutableidades indicadas [...] En el sentir de la Corte esta decisión resuelve los problemas de inconstitucionalidad de este primer inciso, denunciados por varios intervinientes [...] En lo que atañe al inciso 2º del artículo 14, el cual atribuye al Gobierno Nacional la definición de los mecanismos que permitan controlar el uso adecuado y racional de los servicios y tecnologías de atención inicial de urgencias en salud, cabe decir que no vulnera los mandatos superiores, pues, se trata de una actividad de dirección y control del servicio, ordenada por el artículo 49 de la Carta. Consecuentemente, se declarará la exequibilidad del referido inciso 2º del artículo 14 del Proyecto [...] Respecto del parágrafo 1º que dispone el establecimiento, mediante ley, de las sanciones penales y disciplinarias para quienes hayan incurrido en casos de negación del servicio, no tiene reparo la Sala, pues, se trata de la reafirmación de la potestad congresual para expedir*”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 17 de 24

Finalmente, la Ley 1753 se detiene en el tema de acceso a través de la formulación de la política de atención integral en salud (art. 65), en cabeza de este Ministerio, lo cual implica tener en cuenta los siguientes enfoques:

- Atención Primaria en Salud –APS–.
- Salud familiar y comunitaria.
- Articulación de actividades individuales y colectivas.
- Enfoque poblacional y diferencial.

La adaptación de la política debe tener en cuenta las diferencias territoriales.

A su turno, el artículo 69 de la Ley 1753, dispuso:

Artículo 69°. *Declaración de emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos.* El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) podrá declarar la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos, cuando se presenten situaciones por riesgo de epidemia, epidemia declarada, insuficiencia o desabastecimiento de bienes o servicios de salud o eventos catastróficos que afecten la salud colectiva, u otros cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que aquel se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada generando la necesidad de ayuda externa.

En los casos mencionados, el MSPS determinará las acciones que se requieran para superar las circunstancias que generaron la emergencia sanitaria y/o eventos catastróficos con el fin de garantizar la existencia y disponibilidad de talento humano, bienes y servicios de salud, de conformidad con la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno Nacional. Cuando las acciones requeridas para superar dichas circunstancias tengan que ver con bienes en salud, la regulación que se expida deberá fundamentarse en razones de urgencia extrema.

este tipo de normas en materia sancionatoria [...] El párrafo final del artículo en revisión se corresponde con lo estimado por esta Sala en las consideraciones sobre el artículo 1° del Proyecto, cuando se precisó la imposibilidad del legislador estatutario, de conformidad con el objeto del Proyecto, para modificar el régimen de la acción de tutela”.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 18 de 24

Lo dispuesto en este artículo podrá financiarse con los recursos que administra el Fosyga o la entidad que haga sus veces, o por los demás que se definan.

Al analizar la norma citada, su fisonomía es la que a continuación se expone:

- i. El sujeto activo que tiene la obligación de la declaratoria de emergencia sigue siendo el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, le corresponden determinar las acciones necesarias para hacerle frente teniendo en cuenta lo previsto en el punto iii. de este acápite.
- ii. La declaratoria procede cuando se presente alguna de las siguientes causales:
 - Riesgo de epidemia.
 - Epidemia declarada.
 - Insuficiencia o desabastecimiento de bienes o servicios de salud.
 - Eventos catastróficos que afecten la salud colectiva.
 - Otros cuya magnitud supere la capacidad de adaptación de la comunidad en la que aquel se produce y que la afecten en forma masiva e indiscriminada generando la necesidad de ayuda externa.

No son, por lo tanto, razones que deben concurrir o presentarse concomitantemente sino que, con la presencia de una de ellas, se habilita para la declaratoria.

- iii. Las acciones que se requieran deben estar destinadas a garantizar:
 - La existencia y disponibilidad del talento humano.
 - Los bienes y servicios en salud. Si se trata de bienes, la regulación debe fundamentarse en razones de urgencia extrema.

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 19 de 24

- Adicionalmente, tales acciones deben ser expedidas teniendo en cuenta la regulación que expida el Gobierno Nacional.

El anterior panorama, además de dar una respuesta a la sentencia T-760 de 2008, enfoca un propósito de garantía y protección de base, más allá de la necesidad de que se deba acudir a la acción de tutela, mecanismo que debe ser excepcional.

2.3. La eficacia del desacato.

Uno de los temas que resalta el autor de la iniciativa tiene que ver con el trámite del desacato por considerar que el éste dilata el cumplimiento de la decisión y no termina siendo eficaz. Indica, sobre el particular, lo siguiente:

[...] De lo transcrito es claro, que no basta con la orden de un Juez que ampare el derecho vulnerado, si no que en efecto debe cumplirse con lo ordenado por este, para así no vulnerar además del derecho incoado en la acción de tutela, el derecho de acceso a la administración de justicia. Respecto del derecho a la salud, y de acuerdo a la investigación realizada por la Defensoría del Pueblo, se tiene que si bien, en la mayoría de los casos, el derecho a la salud es protegido por el Juez de Tutela, del mismo estudio se extrae, que no se garantiza el disfrute del mismo, ya que en la mayoría de los casos, los accionantes deben acudir al "incidente de desacato", con el fin, de que más allá de buscar una sanción para el accionado o el responsable de la omisión, luego de agotado el trámite incidental, y una vez declarado el incumplimiento por parte del Juez de conocimiento, se proceda a cumplir lo ordenado por el Juez, ante las represalias legales consagradas en el decreto 2591 de 1991. Tal situación, en efecto constituye una burla a la Administración de Justicia, ya que es claro que no se están acatando sus fallos, en el término previsto en sus decisiones, en perjuicio claro está, del solicitante de la protección constitucional [...].

Desde esta óptica, es claro que el cumplimiento de la decisión judicial que ampara un derecho debe ser pronta. En el caso de la acción de tutela, el artículo 86 de la Constitución Política y artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 disponen el cumplimiento inmediato o sin demora, aún en el caso de que se impugne el fallo. En efecto, el artículo 27 del mencionado decreto consagra:

[...] Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las

Carrera 13 No.32-76 - Código Postal 110311, Bogotá D.C

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 20 de 24

medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia [...].

Con todo, como otro elemento garantista y con el fin de evitar la dilación, se prevé el incidente de desacato en el cual se señala no sólo la conminación sino la existencia de sanciones penales por fraude a resolución judicial. En tal sentido, es del caso tener en cuenta que el artículo 52 del Decreto 2591 no fijó un término específico para decidir sobre el particular por lo que la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-367 de 2014, resolvió:

[...] Declarar EXEQUIBLE el inciso primero del artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, en el entendido de que el incidente de desacato allí previsto debe resolverse en el término establecido en el artículo 86 de la Constitución Política¹⁴.

Es decir, el incidente de desacato no puede superar los 10 días.

En torno a este asunto específico, la propia Defensoría del Pueblo, entidad que promovió la demanda, señaló:

Específicamente, la decisión de la Corte Constitucional resulta trascendental en la medida en que establece un término específico para que los jueces decidan estos incidentes, acabando con la incertidumbre que tenían que soportar los ciudadanos y la consecuente vulneración indefinida de sus derechos fundamentales.

Lo anterior resulta especialmente significativo respecto del derecho a la salud, si se tiene en cuenta que en el año 2013 se presentaron 115.147 tutelas que invocaban la protección del derecho a la salud, las cuales, a pesar de contar con un 81,05% de favorabilidad en primera instancia, una parte de ellas, seguían siendo incumplidas por las entidades demandadas. Igualmente se ven beneficiados aquellos ciudadanos que se encuentran a la espera de la resolución de una tutela por parte de Colpensiones.

En esa medida, como quiera que el incumplimiento de los fallos de tutela, especialmente en salud y pensiones persiste, con la decisión de la Corte, los jueces tendrán que resolver los incidentes de

¹⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-367 de 11 de junio de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

Fecha: **10-08-2015**

Página 21 de 24

desacato que presenten los ciudadanos en un término no mayor a diez (10) días, lo cual se erige en una conquista importante para la efectividad y materialización de estos derechos fundamentales¹⁵.

Se advierte, en todo caso, que el incidente de desacato no inhibe de una sanción penal por el no cumplimiento en los términos ordenados por la autoridad judicial.

2.4. La respuesta a nivel penal.

Debe señalarse que a nivel penal y en lo que tiene que ver con la salud, se ha planteado el tipo penal específico de denegación de salud, aspecto sobre el cual se alertó en la Ley 1751 de 2015, en su artículo 14, parágrafo 1° y sobre el cual este Ministerio se pronunció en los comentarios al **PL 212 de 2015 (C)** *“por medio de la cual se hace una adición al Código Penal; se crea el tipo penal «omisión o denegación de urgencias en salud» y se dictan otras disposiciones”*¹⁶.

La estructura de la norma de incremento plantea una serie de aspectos relevantes en lo que concierne a la política criminal:

- Es indudable que la resistencia al cumplimiento de una orden judicial resulta una actitud censurable y susceptible de reprensión penal.
- Ahora bien, no es tan evidente el por qué dicho incremento sólo procedería para el derecho fundamental a la salud y excluiría otros derechos que también tienen ese carácter.
- Una de las razones que se puede esgrimir como respuesta es, precisamente, el compromiso de la vida y la integridad personal de la persona. No obstante, es una circunstancia que también puede producirse en materia de otros derechos asociados a la seguridad social (11,02% del total de las acciones de tutela). De hecho, la Defensoría del Pueblo ha encontrado, además, vulneraciones altas al

¹⁵ Defensoría del Pueblo, *La tutela y los derechos a la salud y a la seguridad social*, 2013, Bogotá, 2014, pág. 196.

¹⁶ Concepto de 201511400827021 de 12 de mayo de 2015.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 22 de 24

derecho a la vida y a la dignidad humana (13,56%)¹⁷.

- Este razonamiento podría conducir a que el agravante se predique del incumplimiento de toda acción de tutela, básicamente por el carácter fundamental que se ampara a través de esta acción, con lo cual, el incremento se generalizaría.
- Se estaría privilegiando a quienes optan por interponer una acción de tutela de los demás ciudadanos y ello podría conducir a elevar aún más la interposición de esta clase de acciones.
- No es del todo claro que los incrementos susciten cambios de conducta, máxime si son pocas las sanciones que se han impuesto por tal motivo, a pesar de la cascada de acciones de tutela en salud existentes.

Como se ha manifestado en varias ocasiones, existe un sustrato que permite vislumbrar la necesidad de crear figuras especiales de carácter penal. No obstante, en el Estado Social de Derecho la facultad punitiva se encuentra limitada por el principio de necesidad, lo que implica que el uso del derecho penal es la *ultima ratio* a utilizar dentro del plexo de facultades de las que puede hacer uso el Estado para mantener una convivencia pacífica¹⁸. En tal sentido, el profesor Nicolás García Rivas, ha señalado que los criterios de *merecimiento de protección del bien jurídico y la necesidad de protección penal de dicho bien*, son directrices adecuadas para abordar el derecho punitivo y, en tal virtud, aclara:

[...] la admisión de un bien jurídico en el ámbito penal no se debe efectuar siguiendo únicamente el criterio de la importancia del bien, sino teniendo en cuenta al mismo tiempo **la gravedad de los ataques que se pretenden prevenir** [...] Este carácter “mínimo” o subsidio de la intervención penal nos sitúa desde otro ángulo, en el clásico postulado de la fragmentariedad del Derecho punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados, por regla general – de manera “fragmentaria”, es decir, únicamente **contra las modalidades de agresión más graves y relevantes rechazando una tutela abrumadora o “totalitaria”** y, por ello, también uniforme e indiferenciada. En definitiva el principio de fragmentariedad impone que el Derecho penal siga siendo una archipiélago de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente

¹⁷ Defensoría del Pueblo, *Op. cit.*, pág. 206.

¹⁸ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-647 de 20 de junio de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401342011

Fecha: 10-08-2015

Página 23 de 24

indiferente (aun siendo jurídicamente relevante) [...] [Énfasis fuera del texto]¹⁹.

Conforme con lo precedente, la acción típica y por ende, el desvalor que ella implica frente a una acción y resultado determinado, está signada por una decisión del legislador y, por tanto, es producto de la valoración legislativa que debe atacar precisamente las modalidades más graves y relevantes de agresión a los bienes tutelados, por ejemplo, en la vida, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, etc., como en el presente caso se pretende²⁰. Ahora bien, desde el punto de vista de la criminología es preciso tener en cuenta que un incremento de penas, por sí sólo, no es garantía de cumplimiento de las normas. Incluso se ha llegado a concluir que es más importante y tiene un valor superior que las existentes sean acatadas.

De hecho, en el plano de algunas normas en las que se agravan las penas, aunque tal decisión puede ser deseable, algunos autores demuestran que ello no repercute en la conducta criminal²¹ y puede convertirse en una cascada de incrementos, afectando las garantías básicas propias al Estado social²² y generando desproporcionalidad frente a otros bienes jurídicos tutelados.

Ello nos ubica ante el test de proporcionalidad de la pena frente a la conducta que, en este caso, amerita una censura apropiada sin perjuicio de recabar en que los problemas pueden residir en una baja capacidad investigativa y sancionatoria del Estado, que no se

¹⁹ García Rivas, Nicolás. *Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla – La Mancha. 1996. Pág. 55.

²⁰ Una de las vertientes contemporánea más importantes, como lo es la del doctrinante alemán Claus Roxin, postula al fundamentar su Teoría de la Imputación Objetiva –y del Injusto Penal– que: “[...] un sistema de Derecho Penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el ámbito del injusto de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su apertura a los empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; ésta es más bien un producto de valoración legislativa [...]” (Roxin, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción Abanto Vásquez, Manuel A. Editorial Idemsa. Lima – Perú. 1998. Pág. 29).

²¹ Cfr. Herrera Pérez, Agustín, “La prevención de los delitos: elemento fundamental en la seguridad pública”, en www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/106/.../pr6.pdf. [Acceso 5 de agosto de 2015].

²² Cfr. López Peregrín, Claudia, “Lucha contra la criminalidad mediante el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas?”, en http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/lucha_criminalidad_cumplimiento-integro.pdf. [Acceso 5 de agosto de 2015].



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401342011**

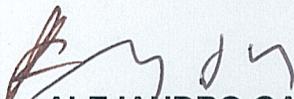
Fecha: **10-08-2015**

Página 24 de 24

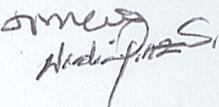
enmienda con un incremento de la pena, y en una visión de la problemática netamente represiva. Esta reflexión puede producirse con la creación de tipos penales novedosos o específicos, como una corriente actual ligada a la protección de derechos de ciertas poblaciones, que, desde cierta perspectiva, pueden ser incorporados en un delito más general²³. En estos casos, la expectativa de un nuevo tipo penal resulta frustrada por los bajos resultados en persecución penal y no sólo por el hecho de que la creación del tipo penal aminore la presencia de la conducta. Hay delitos que se tipifican pero sobre los cuales no existen condenas ni persecución y terminan en el ostracismo.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo al proyecto de ley de la referencia. Se considera que todo aquello que vaya en el camino de garantizar el acceso a la salud resulta adecuado para el objetivo último del SGSSS que, sin duda, es la persona y su bienestar. Es necesario, por lo tanto, que lo integrantes del SGSSS cumplan con las obligaciones que les han sido asignadas. No obstante, se encuentra que no es del todo evidente que los incrementos de penas cambien una actitud o una resistencia al cumplimiento de los fallos pues la propia tipificación de la norma a través del Decreto 2591 de 1991 no ha tenido dicho efecto.

Atentamente,



ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social



²³ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-121 de 22 de febrero de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.