



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 1 de 23

Bogotá D.C.

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

CAMARA DE REPRESENTANTES UNIDAD DE CORRESPONDENCIA	
RECIBIDO	
13 AGO 2015	
Nº - 2285	
FIRMA:	
HORA:	15:25pm M
Corresp. A60. 14 15	

ASUNTO: Concepto sobre el proyecto de ley **037/15 (S)** “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”.

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. ACLARACIÓN PRELIMINAR

Sobre una propuesta similar se había emitido comunicado (PL 240/07 (S) – 043/06 (C)). Igualmente, se efectuaron comentarios al PL 071/08 (C) “Por medio de la cual se hace una adición al Código Penal (Ley 599 de 2000), se crea el tipo penal «denegación de salud» y se dictan otras disposiciones”. De otra parte, en la legislatura 2009 – 2010 se presentó el proyecto de ley 052/09 (C) “por medio del cual se hace una adición al Código Penal (ley 599 de 2000), se crea el tipo penal «denegación de salud» y se dictan otras disposiciones”. Con posterioridad se radicó el PL 050/12 (S) “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” y, el PL 212/15 (C), con el mismo título.

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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 2 de 23

En consecuencia, se retomarán los criterios expresados en su momento en cuanto resulten adecuados a la iniciativa *sub examine* y se insistirá en las consideraciones que ya se han mencionado.

2. LA PROPUESTA

El proyecto plantea la creación del tipo penal de «*omisión o denegación de urgencias en salud*», modificando el Código Penal, con la siguiente descripción típica:

- *Sujeto activo*: El que teniendo la obligación de prestar el servicio de salud.
- *Sujeto pasivo*: Cualquier persona.
- *Objeto material*: Personal.
- *Conducta*: Omitir, impedir, dilatar, retardar o negar.
- *Ingrediente*: Evidente e inminente peligro.

En el tipo se prevé una sanción teniendo en cuenta el carácter del sujeto activo y además prevé un agravante (cuando sobrevenga la muerte).

Puesto esto de relieve, no se debe pasar por alto que en virtud de la emergencia declarada en 2009 (Decreto 4975), se expidió el Decreto 126 de 2010. En éste se incluyó como disposición:

[...] Adiciónase el artículo 131 A al Capítulo VII del título I del libro 11 de la ley 599 de 2000, el cual quedará así:

ARTÍCULO 131-A. El que teniendo la capacidad institucional y administrativa para prestar el servicio de atención inicial de urgencias y sin justa causa niegue la atención inicial de urgencias a otra persona que se encuentre en grave peligro, incurrirá en pena de prisión de treinta y seis (36) a setenta y dos (72) meses.

La pena se agravará de una tercera parte a la mitad si el paciente que requiere la atención es menor de doce (12) o mayor de sesenta y cinco (65) años.

Si como consecuencia de la negativa a prestar la atención de urgencias deviene la muerte del paciente, la pena será de prisión de setenta (70) a ciento veinte (120) meses, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor. (Artículo 28).

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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 3 de 23

Como se recordará, la emergencia social fue declarada inexecutable¹ y, a partir de tal declaratoria, la norma incorporada en el Decreto 126².

3. COMENTARIOS

3.1. La respuesta a nivel penal

Como se ha manifestado en varias ocasiones, existe un sustrato social y político que permite vislumbrar la necesidad de crear figuras especiales de carácter penal. En general, se protegen, de esta manera, los valores y derechos que tienen una mayor entidad y cuya vulneración produce grandes repercusiones en la sociedad.

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 pacífica³. 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 indiferente (aun siendo jurídicamente relevante) [...] [Énfasis fuera del texto]⁴.

Es el dictamen expresado por la Comisión Asesora de Política Criminal, en los siguientes términos:

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-252 de 16 de abril de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

² CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-302 de 28 de abril de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-647 de 20 de junio de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁴ García Rivas, Nicolás. *Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla – La Mancha. 1996. Pág. 55.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 4 de 23

Íntimamente ligado al principio de lesividad, el Derecho Penal se enmarca en el principio de mínima intervención, según el cual *“el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando los demás alternativas de control han fallado”*. En este sentido, puede concluirse que la creación de leyes penales exige la realización previa de estudios de política criminal y fundamentos empíricos adecuados sobre la efectividad de las formas de control social que han fracasado.

De este mismo postulado se deriva la consecuencia de que el derecho penal debe ser un instrumento de última ratio para garantizar la pacífica convivencia de las personas, *“previa evaluación de su gravedad, la cual es cambiante conforme a las circunstancias sociales, políticas, económicas y culturales imperantes en la sociedad en un momento determinado”*. No es razonable ni legítimo que un Estado fundado en la libertad y los derechos humanos recurra al derecho penal si cuenta con instrumentos menos restrictivos de la libertad para amparar los mismos bienes jurídicos y lograr los mismos propósitos, como pueden ser el desarrollo de formas vigorosas de política social o la adopción de medidas administrativas de control.

18. Estas consideraciones muestran que un Estado democrático fundado en los derechos humanos debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho (CP art. 1º) ni los deberes de justicia y solidaridad que ésta impone (CP art. 2º), ni el reconocimiento de los deberes de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, implican una fuga hacia el derecho penal. Por el contrario, este tipo de Estado se funda en una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues si el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y la garantía y protección de los derechos humanos puede ser alcanzada por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. Por ello, por su opción por la libertad y la dignidad humanas, sólo de manera excepcional la Constitución o los pactos de derechos humanos imponen deberes de penalización, lo cual sucede específicamente con conductas extremas, atentatorias de bienes constitucionales superiores, como la vida e integridad personales, como son los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra u otras violaciones muy graves a los derechos humanos, que el Estado colombiano, en desarrollo de deberes internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93) tiene el deber de investigar y sancionar⁵.

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 pretende⁶. Ahora bien, desde el punto de vista de la criminología es preciso tener en

⁵ Ministerio de Justicia y del Derecho, Comisión Asesora de Política Criminal, Informe Final, Bogotá, junio de 2012, pág. 19.

⁶ 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



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 5 de 23

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 criminal⁷ y puede convertirse en una cascada de incrementos, afectando las garantías básicas propias al Estado social⁸.

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 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 general⁹. 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.

Según se indicó en su momento, se han destacado algunos casos que han entrado a la literatura del sistema en salud como “paseo de la muerte”, una expresión que es bastante tenebrosa. Entre otros se pueden tener en cuenta los casos ocurridos en Barranquilla de marzo de 2006, Bogotá (Hospital de Tunjuelito de mediados de 2006), Cali (abril de

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).

⁷ 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 28 de abril de 2015].

⁸ 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 28 de abril de 2015].

⁹ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-121 de 22 de febrero de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 6 de 23

2006)¹⁰ o lo ocurrido en la Clínica Los Farallones¹¹. Recientemente, se repitió el caso en Cartagena en febrero de 2013 en dos clínicas de la ciudad¹² y en Bogotá la modalidad de paseos de la muerte en ambulancia, pasando de largo por varias clínicas¹³. A finales de 2014, se confirmó la sanción impuesta a tres clínicas en Santa Marta por realizar dicha práctica frente al padecimiento de un bebé de cinco meses quien finalmente falleció¹⁴.

Según es usual, esta información tiende a visibilizar lo que se ha venido padeciendo. No se trata, pues, de un tema nuevo, pues, hace ya un buen tiempo se ponían en evidencia estas situaciones, a través de las cuales se produce una tensión entre la eficiencia económica y aquella social¹⁵. Es más, no debe focalizarse exclusivamente en la atención de urgencias o de evidente o inminente peligro sino en un tema de mucho mayor calado, como lo es la accesibilidad al servicio público esencial de salud que constituye, además, un derecho fundamental autónomo (Ley 1751 de 2015).

En temas tan sensibles es evidente que las sujeciones normativas, no se limitan al ámbito administrativo sancionatorio, correctivo, resarcitorio o de tutela de un derecho fundamental sino que deben involucrar otro tipo de respuestas estatales en donde se dote de entidad el bien jurídico protegido¹⁶.

¹⁰ Cfr. EL PAÍS, 26 de marzo de 2006, Un paseo hacia la muerte; EL PULSO, Espectadores ante la muerte; EL TIEMPO, 5 de abril de 2006, Denuncian caso de paseo de la muerte en Cali; EL COLOMBIANO, Otro niño sufre de paseo de la muerte; LA LIBERTAD, paseo de la muerte, investigaciones se extienden al Hospital de Puerto Colombia. Últimamente, se han denunciado casos en los cuales se denuncia la mala atención y la negación en la prestación del servicio de salud.

¹¹ EL ESPECTADOR, 28 de agosto de 2008, en <http://www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-paseo-de-muerte-cali>. Igualmente, por esa época fue condenada penalmente una enfermera que negó la atención a un indigente en el CAMI de Chapinero de Bogotá, en grado de homicidio culposo. Cfr. www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-condena-paseo-de-muerte [Acceso 23 de abril de 2015].

¹² <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-419555-paseo-de-muerte>. [Acceso 23 de abril de 2015].

¹³ <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/video-418376-paseo-de-muerte-ambulancia>. [Acceso 23 de abril de 2015].

¹⁴ <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/sancionan-tres-clinicas-santa-marta-paseo-de-muerte-un-articulo-516866>. [Acceso 30 de abril de 2015].

¹⁵ Cfr. Vega Romero, Román. *Dilemas éticos contemporáneos en salud. El caso colombiano desde la perspectiva de la justicia social*. La Salud Pública Hoy – Enfoques y dilemas contemporáneos en salud pública. Cátedra Manuel Ancizar – I Semestre de 2002, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, D.C., págs. 57 y 58.

¹⁶ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-587 de 12 de noviembre de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 7 de 23

No obstante lo anterior, es importante detenerse, como parte de la respuesta estatal, en los elementos de carácter administrativo e incluso jurisdiccionales que, tanto a nivel preventivo como a nivel correctivo, disuaden de conductas tan graves como las analizadas, en parte porque las mismas se han revelado como limitadas en su eficacia a pesar de que potencialmente pueden solucionar situaciones límite. Desde esta perspectiva, el ámbito penal debería introducir en la normatividad en salud el aspecto de profunda censura de la conducta y reproche ejemplificador.

3.2. El escenario de protección existente

Ahora bien, como lo señala la Comisión Asesora de Política Criminal, es importante que se rebase una serie de compuertas a otros niveles con el fin de proteger el derecho.

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

De acuerdo con las sentencias C-463¹⁷ y T-760¹⁸, 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

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-463 de 14 de mayo de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

¹⁸ 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.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 8 de 23

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 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 salud¹⁹, ya ratificado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015²⁰.

¹⁹ Cfr., *inter alia*, **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. C-463 y T-760, ambas de 2008.

²⁰ Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 9 de 23

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 Pueblo²¹, en varios de sus informes, como la Superintendencia Nacional de Salud²², 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:

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

²¹ 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.

²² Sobre el particular se pueden consultar las 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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 10 de 23

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 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 legislador²³.

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

²³ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-631 de 15 de agosto de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 11 de 23

requisito de procedibilidad previo a la acción de tutela, en la medida en que existe el mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud²⁴.

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 párrafo 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.

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:

²⁴ 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.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 12 de 23

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 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 con los segundos es conducente resaltar el principio *pro homine*, la continuidad, la oportunidad y eficiencia.

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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 13 de 23

- La comprensión de la integralidad en la atención al paciente (art. 8º), con la observación contenida en la sentencia C-313 de 2014²⁵.
- 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 calidad²⁶;
 - 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 enfermedad²⁷.

²⁵ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

²⁶ 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 [...]”.

²⁷ 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 8º, 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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 14 de 23

- 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.

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 tutela²⁸. [Énfasis fuera del texto].

²⁸ 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 irreversibles [...] 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 en establecer 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*”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 15 de 23

A pesar de los mecanismos existentes (unos más recientes que otros), podría pensarse que es necesario introducir un grado mayor de disuasión a nivel de política criminal. Adicionalmente, la propia ley estatutaria lo pone de presente de manera específica. Cabe señalar, sin embargo, que cuando existe una consecuencia fatídica (como la muerte) existiría una conducta típica pero, en el estado actual de la normatividad, también es cierto que la negación como tal no sería claramente sancionable penalmente²⁹. Por ello es explicable la iniciativa y así se desprende de la exposición de motivos.

En efecto, la accesibilidad en salud, en cuanto compromete derechos fundamentales como la vida y la integridad física, y en virtud de que es, en sí mismo, un derecho fundamental³⁰, está dotado de características especiales. Bajo estos parámetros

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 párrafo 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 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 1º 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”.

²⁹ Es de resaltar, como ya se dijo, que el Tribunal Superior de Bogotá sentenció a una enfermera a 24 meses por el delito de **homicidio culposo**, la inhabilitó para ejercer el cargo que venía desempeñando por el mismo lapso, y la obligó a pagar \$23 millones por perjuicios morales a la familia de la víctima. Los hechos ocurrieron el 20 de octubre de 2002, cuando un indigente falleció inexplicablemente enfrente del CAMI de Chapinero esperando atención médica, ya que se había intoxicado con metanol o alcohol metílico. Cfr. www.elespectador.com/impreso/articuloimpreso-condena-paseo-de-muerte. [Acceso 23 de abril de 2015].

³⁰ “[...] es pertinente recordar que la naturaleza del derecho a la salud ha tenido una interesante evolución jurisprudencial [...] En este sentido la Corte Constitucional, mediante sentencia T-406/92 (M.P.: Ciro Angarita Barón), empezó a edificar la teoría de la conexidad [...] Sin duda [...] el punto de partida de la Corte fue negar el carácter de derecho fundamental del derecho a la salud, por estar ubicada en el capítulo II (de los derechos sociales, económicos y culturales), y no en el capítulo I (de los derechos fundamentales), del título II (de los derechos, las garantías y los deberes). Posteriormente, la Corte, continuando con su tesis de la conexidad, inscribió como fundamentales, entre otras cuestiones, ciertas prestaciones, llámense medicamentos, intervenciones, procedimientos, etc., que fueron reconocidas en planes como el POS o el POSS (Cfr. ST-859/03 o ST-860/03, M.P.: Eduardo Montealegre Lynett), hasta que con la *sentencia T-016/07 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto)* el máximo Tribunal Constitucional cambió la línea jurisprudencial al plasmar en sus consideraciones: «A propósito del derecho fundamental de la salud» [...] Esta postura es reiterada en la providencia T – 760 – 08 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), en los siguientes términos: «[...] el derecho a la salud es un derecho fundamental, así sea considerado usualmente por la doctrina como un derecho social y, además, tenga una importante dimensión prestacional [...]». Así mismo, recuerda que este derecho ha sido amparado por tres vías: *i*) Por conexidad

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.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 16 de 23

(principios – fundamentos), es evidente que la regulación que se expida debe garantizar al ser humano el acceso a la salud, con las fórmulas y regímenes que se establezcan. Así mismo es importante tener presente, como criterio básico de hermenéutica, que el propósito o teleología del sistema general de seguridad social en salud es ese y todas las normas que se expidan persiguen dicha finalidad, en salvaguarda del principio *pro homine*, respecto del cual se ha dicho que:

[...] es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre³¹.

Dicho criterio ha sido avalado constitucionalmente en la sentencia T-037 de 2006³², entre otras pues a través de él se recoge y concreta la tradición garantista. De esta manera, la protección de un derecho fundamental implica un conjunto amplio y variado de medidas y acciones estatales.

3.3. La penalización de la negación de salud

En este escenario, la conducta punible de esta especie se revela como una necesidad que acompaña otras fórmulas ya existentes, aún dentro del ámbito propio del derecho penal (la omisión de socorro, art. 131 del Código Penal, es uno de ellos)³³. Si bien,

con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana; *ii*) Se ha reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el tutelante es un sujeto de especial protección (Ej. Art. 44 C.N., en lo atinente a la salud de los niños. Cfr. SU – 043 – 95, M.P. Fabio Morón Díaz); y *iii*) Se ha consagrado la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico [...] se sustrae que la base para distinguir entre derechos fundamentales y derechos económicos, sociales y culturales; no puede radicar en el carácter prestacional de los segundos y el carácter de derechos de libertad de los primeros, pues todos los derechos tienen facetas prestacionales y facetas de libertad”. Cfr. Bastidas Goyes, Luis G. “Una aproximación a la salud y justicia global”. Universidad Externado de Colombia – Derecho y Vida. 2011, págs. 7 – 8. Evolución que se concretaría con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la cual fue objeto de control por parte de la Corte Constitucional mediante la sentencia C-313-14, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³¹ Cfr. Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, pág. 1.

³² CORTE CONSTITUCIONAL, T-037 de 30 de enero de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³³ Cfr. Ochoa, Ana. *La salud y el nuevo Código Penal (El Pulso)*, septiembre de 2001. Igualmente, ¿Negando una atención puede cometerse un homicidio? (*El Pulso*).



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 17 de 23

ninguna norma garantiza la total intangibilidad de un derecho, los esfuerzos correctivos que se realicen, por diversas vías, permitirían sensibilizar aún más a los operadores y, en general, a una sociedad que clama justicia, pues se producen actitudes que resquebrajan el sistema de salud y la legitimidad de un Estado que se autoproclama como social de derecho y que debe funcionar con base en ese derrotero insoslayable. Se ofende a toda una sociedad que ha prestado su confianza a ciertas personas e instituciones para acceder a ese servicio público esencial y, por ende, garantizar un derecho fundamental.

No obstante lo enunciado, así como la entidad del bien jurídico tutelado, el ejercicio de tipificación exige una serie de precisiones a través de las cuales se tutele el bien jurídico sin lesionar los principios de claridad en la descripción. La técnica penal desarrollada a través de la escuela alemana de la dogmática penal exige ser “un instrumento legal, lógicamente necesario y de naturaleza predominantemente descriptiva que tiene por fin la individualización de las conductas humanas”³⁴.

Entre los aspectos que se destacan respecto del tipo penal propuesto, se observa lo siguiente:

- La política criminal no puede eludir las condiciones dentro de las cuales se materializa una conducta. Si bien el profesional de la salud tiene una alta responsabilidad en tales comportamientos, también es cierto que las instrucciones y directivas de las entidades que prestan aseguramiento social (la mayoría de estas verbales y soslayadas o expresadas en acciones como la no renovación de contratos), se convierten en un contexto propicio para desencadenar este tipo de conductas, lo cual debe quedar reflejado en el proyecto de ley. *Mutatis mutandis*, el mecanismo látigo y zanahoria pareciera ser inversamente proporcional a la calidad, oportunidad y accesibilidad en el servicio y, a la dignidad de los profesionales y auxiliares de la salud.
- Debe unificarse el concepto utilizado pues en la propuesta se alude a un “estado de evidente e inminente peligro”, lo cual parece estar ligado a la noción de urgencia utilizada en el *nomen* al artículo. Es de indicar que la alusión que se realiza en un tipo penal admite la remisión a normas administrativas (*v.gr.*, el delito de usura). Al respecto, ha indicado la Corte Constitucional:

³⁴ Zaffaroni, cit., en Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal – Parte General*, Ed. Temis, Bogotá 1994, pág. 313.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 18 de 23

Estima la Corte necesario precisar, por otra parte, que no obstante que, en principio, no es opuesta a la Constitución la posibilidad de que por el legislador se expidan tipos penales en blanco que, como en este caso, remitan a un acto administrativo, –la Resolución de la Superintendencia Bancaria mediante la cual se certifica la tasa de interés cobrada por los establecimientos bancarios para los créditos ordinarios de libre asignación–, esa posibilidad debe apreciarse en concreto con el propósito de que se mantenga la intangibilidad del principio de legalidad en materia penal.

Así, en el presente caso, resulta claro que dada la mutabilidad del entorno económico y financiero, el legislador ha estimado necesario, para la defensa del interés jurídico que se intenta proteger con el tipo de la usura, atribuir a las autoridades administrativas la potestad de complementarlo y para ese efecto les otorga un cierto margen de apreciación³⁵.

En el presente caso, el criterio de urgencia es un tema técnico que está asociado a la experticia médica y que ha sido recogido, entre otras disposiciones, en la Ley 100 de 1993 (art. 168), Ley 715 de 2001 (art. 67), Ley 1122 de 2007 (art. 20), Ley 1751 de 2015 (arts. 10, 14); en el Decreto 412 de 1992, Decreto 806 de 1998 (art. 16), Decreto 783 de 2000 (art. 12), Decreto 4747 de 2007 (art. 10); en la Resolución 5261 de 1994 y Resolución 5521 de 2013.

Sobre el particular, en la Resolución 5521 de 2013: *“Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”*, incorpora, en sus artículos 8º (numerales 5 y 7), 24, 25 y 26, tanto la atención de urgencias, la atención inicial de urgencias y la garantía de continuidad de la atención de urgencias, a saber:

Artículo 8º. Glosario. Para efectos de facilitar la aplicación y dar claridad al presente acto administrativo, se toman como referencia las siguientes definiciones, sin que estas se constituyan en coberturas o ampliación de las mismas dentro del Plan Obligatorio de Salud (POS):

[...] **5. Atención de urgencias:** Modalidad de prestación de servicios de salud que busca preservar la vida y prevenir las consecuencias críticas, permanentes o futuras, mediante el uso de tecnologías en salud para la atención de usuarios que presenten alteración de la integridad física, funcional o mental, por cualquier causa y con cualquier grado de severidad que comprometan su vida o funcionalidad [...]

[...] **7. Atención inicial de urgencias:** Modalidad de prestación de servicios de salud que implica acciones realizadas a una persona con una condición de salud que requiere atención médica en un servicio de urgencias, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención, al tenor de los principios éticos y las normas

³⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-333 de 29 de marzo de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 19 de 23

que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud y comprende: a) La estabilización de sus signos vitales que implica realizar las acciones tendientes a ubicarlos dentro de parámetros compatibles con el mínimo riesgo de muerte o complicación, y que no conlleva necesariamente la recuperación a estándares normales, ni la resolución definitiva del trastorno que generó el evento. b) La realización de un diagnóstico de impresión. c) La definición del destino inmediato de la persona con la patología de urgencia [...].

Artículo 24. Atención de Urgencias. El Plan Obligatorio de Salud cubre las tecnologías en salud contenidas en el presente acto administrativo, necesarias para la atención de urgencias del paciente, incluyendo la observación en servicios debidamente habilitados para tal fin, teniendo en cuenta el resultado del Sistema de Selección y Clasificación de Pacientes en Urgencias, “triage”, según la normatividad vigente.

Artículo 25. Atención Inicial de Urgencias. La cobertura de atención inicial de urgencias es obligatoria y su pago está a cargo de la Entidad Promotora de Salud cuando se trata de sus afiliados, aunque no exista contrato o convenio con el prestador de servicios de salud.

La prestación oportuna es responsabilidad de la IPS a la que el paciente demande el servicio; incluyendo la apropiada remisión, cuando no cuente con las tecnologías necesarias para la atención del caso.

Parágrafo 1º. La cobertura de la atención inicial de urgencias se garantizará en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesaria autorización previa de la EPS o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras.

Parágrafo 2º. La atención subsiguiente, que pueda ser diferida, postergada o programada, será cubierta por la Entidad Promotora de Salud en su red adscrita, conforme a lo establecido en el presente acto administrativo y a la definición y contenidos del Plan Obligatorio de Salud.

Artículo 26. Garantía de Continuidad de la Atención de Urgencias. Cuando la Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) no pertenezca a la red de prestadores de la EPS, informará la atención inicial de urgencias de los afiliados dentro de las 24 horas siguientes al ingreso del paciente. Las EPS garantizarán la infraestructura necesaria para el reporte oportuno de las IPS. La EPS deberá instruir a la IPS conforme a lo definido en la normatividad vigente; en caso de no dar respuesta en ese término, la IPS podrá seguir atendiendo al paciente hasta finalizar el evento de urgencias con cargo a la EPS.

De esta manera, es preciso especificar el concepto y establecer a qué concretamente se refiere.

- El sujeto activo del punible contenido en el artículo 131 A no puede reducirse exclusivamente al que tiene la obligación de prestar el servicio de salud, puesto que la casuística demuestra que quienes también son artífices de la denegación del servicio de salud son ciertas entidades aseguradoras, Entidades Promotoras de

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.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 20 de 23

Salud, Administradoras de Riesgos Laborales, y, en general, las entidades que tiene la potencialidad de autorizar o negar la prestación de los servicios o medicamentos requeridos por el usuario y que ellos se han comprometido a garantizar.

En este punto, es necesario preguntarse acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, la misma doctrina ha evidenciado la necesidad de contrarrestar la creciente y moderna criminalidad económica o empresarial. También es de suma importancia tomar en cuenta el aspecto sociológico, pues diversos estudios especializados en la materia han venido a demostrar que las organizaciones complejas denotan una personalidad propia y particular, una aptitud grupal que, la más de las veces, queda al margen del comportamiento individual de sus miembros lo que pone de manifiesto que las personas cambian su conducta cuando se sienten protegidas dentro del grupo, llegando en casos extremos a cometer eventos delictuosos cubriéndose en la fachada de la persona jurídica.

Según la conocida “Teoría de la Realidad”, edificada por *Gierke*:

[...] una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa³⁶.

Así, la Corporación es una persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia conjunta que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y acción. Este cuerpo social existe independientemente de toda intervención del Estado y su reconocimiento no proviene de la creación de un nuevo sujeto, sino que radica en la constatación de su existencia, tiene un simple valor declarativo. De otro lado, la persona colectiva expresa su voluntad a través de sus órganos y en este caso, no se trata de un supuesto de representación pues así como el ser humano se extingue por la destrucción de su organismo natural, la

³⁶ Gracia, Martín L. Cita a Gierke en: “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 4 julio – diciembre de 1994, pág. 472.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 21 de 23

persona colectiva se extingue también por la destrucción de su organismo social o por autoridad de sus estatutos³⁷.

Bajo este argumento, la persona física no sería la única a tomarse en cuenta como ente existente en el ordenamiento jurídico y en la misma línea de opinión, los entes colectivos no deben ser considerados únicamente como una proyección de la persona natural sino como una específica y autónoma realidad en el mundo de las relaciones humanas; por ello como refiere *Orestano Azione* “al igual que las personas físicas, las agrupaciones tienen también una voluntad que refleja naturalmente la estructura de los entes colectivos, se trata de una voluntad colectiva que se manifiesta por intermedio de sus órganos”³⁸.

Estas teorías entonces conciben a las empresas como sujetos sociales autónomos y en consecuencia,

[...] se trata de desarrollar una concepción racional de la regulación penal sobre las empresas partiendo de que los peligros no sólo provienen del titular de la corporación sino del sistema empresarial en si mismo pues la amenaza penal directa contra los bienes jurídicos protegidos proviene, en la mayor parte de los casos, de comportamientos de personas situadas en el plano directivo y no de los órganos de la persona jurídica y de otras personas con funciones de dirección³⁹.

Con esta reconocida dependencia –dice Alejandro Nieto⁴⁰– se hace tolerable la existencia de una potestad administrativa que repugna a tantos y, además, se facilita la aplicación a aquella de los principios del Derecho Penal.

El mismo autor sostiene, en lo referente al dogma de la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas, que, *ab initio*, éstas, en cuanto no son personas físicas, no serían susceptibles de una imputación, como la culpabilidad, reservada por su

³⁷ En este sentido, López Wong, Rosario Susana, “Acerca de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Determinación de la Naturaleza Jurídica de las consecuencias accesorias: ¿Sanción Penal o Medida Administrativa?”, en http://www.forumjuridicoabogados.com/Publicaciones/FJA_P19_06-11.pdf. [Acceso 30 de abril de 2015].

³⁸ Citado por Paliero, Carlo Enrico. En: Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Italiano. Anuario de Derecho Penal 1996 –Universitas Friburgensis–.

³⁹ Dannecker, Gerhard. “Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Revista Penal N° 7 año 2001 –XII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca– España (enero de 2003).

⁴⁰ Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 2005, pág. 86.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401325461

Fecha: 05-08-2015

Página 22 de 23

propia naturaleza a los seres humanos. La consecuencia lógica sería la exclusión de tales personas de la responsabilidad penal o administrativa.

En nuestro medio, la Corte Constitucional, al referirse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señaló:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones –que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad– se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva⁴¹.

Y respecto a la responsabilidad de la persona jurídica, la misma providencia dijo:

Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede exponer a un sujeto de derechos a soportar una condena por la mera causación material de resultados externos, sin que pueda presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra, incluidas las que podrían derivar en la exoneración de su responsabilidad. Justamente, la posibilidad de que el legislador pueda legítimamente encontrar que en ciertas hipótesis la persona jurídica es capaz de acción en sentido penal, lleva a la Corte a descartar para estos efectos la “responsabilidad objetiva”, la cual en cambio sí puede tener acomodo en lo relativo a la responsabilidad civil⁴².

Esto podría dar para pensar en la responsabilidad penal de la persona jurídica sin perjuicio de las responsabilidades individuales (o teniendo en cuenta que está imbuida en una decisión empresarial) con lo cual el efecto en la regulación podría ser mucho más efectivo y lograr combatir la raíz misma de la problemática planteada. Muchas de las decisiones que se adoptan en las instancias competentes en las entidades del sector pueden estar afectando la accesibilidad del servicio y generando una conducta hacia abajo.

⁴¹ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-320 de 30 de junio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴² *Ibid.*



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401325461**

Fecha: **05-08-2015**

Página 23 de 23

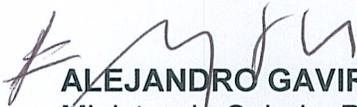
- De otro lado, cuando el tipo penal utiliza la expresión “autorizado” podría entenderse como si la urgencia debiera autorizarse por parte del obligado lo cual es contrario, esencialmente, al concepto mismo. Por ello, la expresión adecuada debería ser “habilitado”. Incluso al revisar la redacción, se podría omitir la expresión “en centro médico autorizado en entidad pública, mixta o privada”, pues se incorporan elementos que pueden conducir a complejizar la tipificación. El tipo penal debe destacar la obligación y la acción que se censura.
- A todo esto, cabría establecer si habría conductas a título de culpa, es decir, “cuando el resultado típico es producto de la infracción al deber objetivo de cuidado y el agente debió haberlo previsto por ser previsible, o habiéndolo previsto, confió en poder evitarlo” (art. 23 de la Ley 599 de 2000), que tuvieran una implicación criminal, en el marco de la denegación en salud. En principio, cuando se niega o impide un servicio, el actor actúa con el ánimo o la intención de producir la situación, vale decir, la “negación de acceso a la salud”.

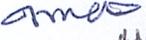
Pueden existir conductas negligentes o imprudentes, sumadas a posturas claramente omisivas de socorro y falta de solidaridad humana y social y, por ende, ser susceptibles de persecución a nivel penal pues producen unas consecuencias reprobables que transgreden las expectativas sociales. Esto supone admitir la modalidad culposa en el tipo penal.

- Finalmente, es preciso aclarar que algunos casos pueden ser tipificados como homicidio doloso o culposo, con lo cual, si sobreviene la muerte no necesariamente se estaría en el agravante de omisión o denegación de urgencias (arts. 103 y ss. del Código Penal).

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 advierte que siguen existiendo una serie de imprecisiones en relación con los elementos constitutivos del tipo penal que dificultan su aplicación y limitan su alcance en procura de la salvaguarda integral del bien jurídico tutelado.

Atentamente,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social


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