



Bogotá D.C.,

Doctora  
**AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO**  
Comisión Primera Constitucional  
Cámara de Representantes  
Carrera 7ª N° 8 – 68  
Bogotá D.C.

**ASUNTO:** Concepto sobre el **PL 056/22 (C)** “*por medio del cual se reglamentan algunos aspectos de la Ley 1751 de 2015 con el fin de eliminar barreras para el acceso efectivo al derecho a la salud, se fortalece el mecanismo de tutela en esta materia y se dictan otras disposiciones*”.

Cordial saludo,

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir debate en esa Corporación, con fundamento en el texto publicado en la Gaceta del Congreso N° 1056 de 2022, se emite concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Lo anterior, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3° del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, de conformidad con el siguiente orden:

## **1. CONTENIDO**

La propuesta dispone:

**Artículo 1.** *La presente ley tiene por objeto reglamentar las disposiciones de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 encaminadas a garantizar el goce efectivo del derecho a la salud, eliminar barreras administrativas y fortalecer los mecanismos de vigilancia y control. Asimismo, se busca garantizar la aplicación efectiva de los elementos y principios del derecho fundamental a la salud establecidos en el artículo 6° de la Ley Estatutaria de Salud<sup>1</sup>.*

Bajo esta perspectiva, el proyecto de ley se compone de doce (12) preceptos adicionales relativos a: crear el Comité Nacional de la Política Pública del Goce Efectivo del derecho a la salud con su consecuente conformación (arts. 2° y 3°); crear el

<sup>1</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Gaceta del Congreso N° 1056 de 2022.



Consejo Nacional de Determinantes Sociales de la Salud (art. 4°); adicionar un párrafo al artículo 52 del Decreto 2591 de 1991 (art. 5°); crear dos artículos nuevos (131A y 131B) al Capítulo Séptimo del Título I, del Libro Segundo del Código Penal, contenido en la Ley 599 de 2000 (art. 6°); agregar párrafos a los artículos 2 y 27 de la Ley 1438 de 2011 (arts. 7° y 8°); incorporar un numeral al artículo 130 de la Ley 1438 de 2011, modificado por la Ley 1949 de 2019 (art. 9°); crear el sistema de participación ciudadana (art. 10°); prevé un mecanismo de garantía de acceso a servicios de salud en lugar diferente al domicilio (art. 11), así como el diseño de estrategias comunicativas a los pacientes para los plazos adecuados para acceso o negación (art. 12) y, por último, se alude a la vigencia y derogatorias (art. 13).

## 2. CONSIDERACIONES

En atención a las disposiciones que se contemplan en la iniciativa *sub examine*, es pertinente precisar algunos elementos como los que a continuación se describen:

### 2.1. Antecedentes

Como respuesta a ciertos reparos en el sistema de salud, particularmente por circunstancias trágicas que han conllevado desenlaces fatales, se han presentado, aun antes de la adopción de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, iniciativas tendientes a penalizar específicamente estas conductas<sup>2</sup>. Este Ministerio se ha pronunciado sobre varias de ellas<sup>3</sup>, por lo que se retomarán algunos de los criterios expresados en su momento en cuanto resulten pertinentes para conceptuar sobre el proyecto objeto de análisis.

Bajo esta perspectiva, 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 este se incluyó como disposición:

<sup>2</sup> Se pueden consultar, en la última década, los proyectos de ley **164/19 (S)** “por medio de la cual se adiciona un artículo nuevo al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal”; **212/15 (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”; **051/15 (S)** “por medio de la cual se adiciona un artículo nuevo al Capítulo VII del Título I del Libro Segundo del Código Penal”; **037/15 (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”; **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”.

<sup>3</sup> Cfr., entre otros conceptos institucionales, los radicados N° 202011400408471 del 19 de marzo de 2020; N° 201511400827021 del 12 de mayo de 2015; N° 201511401474631 del 3 de septiembre de 2015 o 201511401325461 del 5 de agosto de 2015.



[...] 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).

La emergencia social fue declarada inexecutable<sup>4</sup> y, a partir de tal declaratoria, la norma incorporada en el Decreto 126<sup>5</sup>.

## 2.2. La penalización de conductas

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.

De esta manera, la facultad punitiva dentro de un Estado Social de Derecho, se encuentra limitada por el principio de necesidad, lo que implica que el uso del derecho penal es la *última ratio* a utilizar dentro del plexo de facultades de las que puede hacer uso el Estado para mantener una convivencia pacífica<sup>6</sup>. En tal sentido, se 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 dirección, se 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**

<sup>4</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-252 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>5</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-302 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>6</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-647 de 2001, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.



**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 [un] archipiélago de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente indiferente (aun siendo jurídicamente relevante) [...] [Énfasis fuera del texto]<sup>7</sup>.

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

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 [las] 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 sancionar<sup>8</sup>.

Conforme con lo expuesto, la acción típica y, por ende, el desvalor que ella implica

<sup>7</sup> García Rivas, Nicolás. *Poder Punitivo en el Estado Democrático*. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla – La Mancha. 1996. Pág. 55.

<sup>8</sup> Ministerio de Justicia y del Derecho, Comisión Asesora de Política Criminal, Informe Final, Bogotá, junio de 2012, pág. 19.



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 pretende<sup>9</sup>. Ahora bien, desde el punto de vista de la criminología es preciso tener en cuenta que un incremento de penas, por sí solo, 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 criminal<sup>10</sup> y puede convertirse en una cascada de incrementos, afectando las garantías básicas propias al Estado social<sup>11</sup>.

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 general<sup>12</sup>. En estos casos, la expectativa de un nuevo tipo penal resulta frustrada por los bajos resultados en persecución penal y no solo por el hecho de que la creación del tipo penal aminore la presencia de la conducta.

En general, debe dimensionarse claramente la tendencia hacia el incremento de penas y la privación de la libertad como medidas idóneas para responder frente a conductas que lesionan derechos fundamentales. Sin cuestionar su eventual acierto al proteger

<sup>9</sup> 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).

<sup>10</sup> 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](http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/106/.../pr6.pdf).

<sup>11</sup> 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](http://www.acaip.info/docu/cumplimiento/lucha_criminalidad_cumplimiento_integro.pdf).

<sup>12</sup> Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-121 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos, buena parte de la problemática puede tener origen en una política criminal guiada hacia la privación de la libertad por diversos delitos y el incremento de penas, fenómeno denominado como sobrecriminalización<sup>13</sup>. Igualmente, es importante tener en cuenta que el sistema penal ha encontrado en la cárcel una “solución” a problemáticas sociales que tienen más raíces y un profundo calado. La privación de la libertad, como un propósito de evitar la criminalidad y sancionar conductas, puede conducir a un manejo inadecuado de conductas que no deberían tener ese tratamiento de choque no sólo por el valor que entraña la libertad sino por el escenario al que se aboca la persona que adquiere la condición de reclusa.

Esto tiene que ver con el carácter realmente resocializador de la pena y el entorno carcelario y, en general, las condiciones de habitabilidad de los internos. Al respecto, se ha afirmado:

Desde su inicio, la cárcel ha sido un tema polémico. Mientras que algunos la defienden, como un paso en el proceso de humanización del derecho penal, en la medida en que permitió abandonar los suplicios y tormentos de épocas anteriores, otros la critican severamente, por su ineficacia y atrocidad, por lo cual proponen incluso su abolición<sup>14</sup>. Sin embargo, fuera de esas polémicas más teóricas, la condición concreta de las cárceles y la situación de las personas<sup>15</sup>.

En todo caso, es importante que, a la par de que se adoptan medidas correctivas, la sociedad en su conjunto, se sensibilice en esta materia a través de las formas de réplica de conductas socialmente aconsejables.

Ahora bien, si se retoma que el proyecto de ley plantea adicionar el Capítulo Séptimo del Título I, del Libro Segundo del Código Penal (Ley 599 de 2000), resulta oportuno hacer la siguiente descripción típica del artículo 131A:

- *Sujeto activo*: El que.

<sup>13</sup> Cfr. Mariño, Cielo. “La prisión dentro de las tendencias contemporáneas de política criminal”, en *Jornadas Académicas sobre la prisión en Colombia*. Universidad Nacional, Unión Europea. Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bogotá, 2006, págs. 126 a 130. En el mismo sentido y en la misma obra, el texto de Jaramillo, Juan Fernando, Uprimny, Rodrigo y Guarnizo, Diana. “Intervención judicial en las cárceles”, pág. 137.

<sup>14</sup> Para una presentación de esas visiones críticas, que fluctúan entre la lucha por la abolición de la cárcel y la reducción sustantiva de las penas privativas de la libertad, ver, entre otras, Baratta (1986), Martínez (1990) y Ferrajoli (1995, capítulo 31).

<sup>15</sup> Jaramillo, Juan Fernando; Uprimny, Rodrigo; & Guarnizo, Diana. “Intervención judicial en las cárceles”, *op. cit.*, págs. 137 a 177.



- *Sujeto pasivo*: Cualquier persona.
- *Objeto material*: Personal.
- *Conducta*: negar, retrasar u obstaculizar el acceso a servicios de salud, o tecnologías contemplados en los planes obligatorios de salud.
- *Sanción*: prisión de 48 a 96 meses.

A esto, se suman las circunstancias de agravación punitiva (artículo 131B). Frente a ello, cabe manifestar que no es posible identificar de manera clara el sujeto sobre el cual recaería la sanción penal, toda vez que en el proceso de atención en salud intervienen diferentes actores, que van desde el asegurador responsable del paciente, las entidades territoriales de manera subsidiaria a través de la gestión de los CRUE en los procesos de referencia y contrarreferencia del paciente, así como los prestadores de servicios de salud, donde en ocasiones el personal asistencial está supeditado a las decisiones de carácter administrativo de las directivas de cada entidad, de la disponibilidad de camas y especialistas, entre otros asuntos que pueden afectar la atención de un paciente, por ejemplo.

En este punto, también podría 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. En términos de la “Teoría de la Realidad”:

[...] 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 activa<sup>16</sup>.

<sup>16</sup> 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.



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 persona colectiva se extingue también por la destrucción de su organismo social o por autoridad de sus estatutos<sup>17</sup>.

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: *“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”*<sup>18</sup>.

Estas posturas 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 sí 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 dirección<sup>19</sup>.

<sup>17</sup> 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](http://www.forumjuridicoabogados.com/Publicaciones/FJA_P19_06-11.pdf).

<sup>18</sup> 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–.

<sup>19</sup> 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).



Con esta reconocida dependencia se hace tolerable la existencia de una potestad administrativa que es rehusada por tantos y, además, se facilita la aplicación a aquella de los principios del Derecho Penal<sup>20</sup>.

En esa misma línea, en lo referente al dogma de la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas, que, *ab initio*, estas, en cuanto no son personas físicas, no serían susceptibles de una imputación, como la culpabilidad, reservada por su 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, ha señalado:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquéllas 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 colectiva<sup>21</sup>.

Y frente a la responsabilidad de la persona jurídica, la misma providencia determinó:

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 civil<sup>22</sup>.

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 envuelta

<sup>20</sup> Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 2005, pág. 86.

<sup>21</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-320 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

<sup>22</sup> *Ibíd.*



en una decisión empresarial) con lo cual el efecto en la regulación podría ser mucho más efectivo y lograr combatir la raíz de la problemática planteada.

Bajo este entendido, es dable reiterar que de cara a iniciativas análogas como la que ahora nos ocupa, es medular tener en cuenta el apoyo del Consejo de Política Criminal para evitar la multiplicidad punitiva. Sirva para ilustrar:

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

Dadas las consideraciones anteriores, el Consejo Superior de Política Criminal que los proyectos de ley 037 de 2015 de Cámara y 051 de Senado no deben aprobarse pues como se señaló, le estaría dando vía legislativa a normas penales cuyos antecedentes fácticos están previstos en otras disposiciones existentes [...] <sup>23</sup>.

Si bien, este concepto debe cotejarse con lo previsto en la propia Ley Estatutaria 1751 de 2015, es posible aclarar que, si ya existen tipo penales, se habría cumplido la decisión del legislador estatutario.

### ***2.3. 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.

<sup>23</sup> <https://www.politicacriminal.gov.co/Portals/0/Conceptos/Conceptos>.



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-463<sup>24</sup> y T-760<sup>25</sup>, ambas de 2008, el papel del Comité Técnico – Científico debía 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 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

<sup>24</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-463 de 14 de mayo de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería.

<sup>25</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-760 de 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



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 salud<sup>26</sup>, ya ratificado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015<sup>27</sup>.

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 Pueblo<sup>28</sup>, en varios de sus informes, como la Superintendencia Nacional de Salud<sup>29</sup>, 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, modificada por la Ley 1949 de 2019, 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, y con las facultades propias de un juez en los siguientes asuntos:

<sup>26</sup> Cfr., *inter alia*, CORTE CONSTITUCIONAL, sents. C-463 y T-760, ambas de 2008.

<sup>27</sup> Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

<sup>28</sup> 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. Más recientemente los informes de esa entidad de 2019.

<sup>29</sup> 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.



a) Cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (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, consultando la Constitución Política y las normas que regulen la materia.

b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado en los siguientes casos:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.

2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.

3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

c) Conflictos derivados de la multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud y de este con los regímenes exceptuados.

d) Conflictos relacionados con la libre elección de entidades aseguradoras, con la libre elección de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud dentro de la red conformada por la entidad aseguradora; y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

e) Conflictos entre las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios y/o entidades que se le asimilen y sus usuarios por la garantía de la prestación de los servicios y tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios, con excepción de aquellos expresamente excluidos de la financiación con recursos públicos asignados a la salud.

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento 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 demanda debe ser dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad las circunstancias de tiempo, modo y lugar; la pretensión, el derecho que se considere violado, así como el nombre y dirección de notificación del demandante y debe adjuntar los documentos que soporten los hechos.

La demanda podrá ser presentada sin ninguna formalidad o autenticación; por memorial, u otro medio de comunicación escrito. No será necesario actuar por medio de apoderado, esto



Radicado No.: **202211402269281**

Fecha: **10-11-2022**

Página 14 de 26

sin perjuicio de las normas vigentes para la representación y el derecho de postulación. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad.

La Superintendencia Nacional de Salud emitirá sentencia dentro de los siguientes términos:

Dentro de los 20 días siguientes a la radicación de la demanda en los asuntos de competencia contenidos en los literales a), c), d) y e) del presente artículo.

Dentro de los 60 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal b) del presente artículo.

Dentro de los 120 días siguientes a la radicación de la demanda en el asunto contenido en el literal f) del presente artículo.

**Parágrafo 1°.** Las providencias emitidas dentro del proceso jurisdiccional se notificarán por el medio más ágil y efectivo. La sentencia podrá ser apelada dentro de los 3 días siguientes a su notificación. En caso de ser concedido el recurso, el expediente deberá ser remitido al Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Laboral del domicilio del apelante.

**Parágrafo 2°.** La Superintendencia Nacional de Salud solo 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 3°.** La Superintendencia Nacional de Salud en el ejercicio de la función jurisdiccional podrá adoptar las siguientes medidas cautelares:

1. Ordenar dentro del proceso judicial las medidas provisionales para la protección del usuario del Sistema.
2. Definir en forma provisional la entidad a la cual se entiende que continúa afiliado o en la que deberá ser atendido el demandante mientras se resuelve el conflicto que se suscite en materia de multifiliación, traslado o movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Para tal efecto, el funcionario competente en ejercicio de las funciones jurisdiccionales consultará, antes de emitir sentencia definitiva o la medida cautelar, la doctrina médica, las guías, los protocolos o las recomendaciones del Comité Técnico-Científico o el médico tratante según el caso.

**Parágrafo 4°.** Los procesos presentados con fundamento en el literal g) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, pendientes de decisión al momento de entrar en vigencia la presente reforma serán decididos por la Superintendencia Nacional de Salud según las reglas allí previstas.

Sobre el alcance de la Ley 1122 de 2007, ya se había indicado:

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

PBX: (57-1) 3305000 - Línea gratuita: 018000-910097 Fax: (57-1) 3305050 [www.minsalud.gov.co](http://www.minsalud.gov.co)



[...] 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 legislador<sup>30</sup>.

Es decir, se previó un mecanismo que se traducía en cedazo de las acciones de tutela y que inclusive la Corte Constitucional lo ha considerado como un requisito de procedibilidad previo a la acción de tutela, en la medida en que existe el trámite judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud<sup>31</sup>.

Ahora bien, en la Ley 1438 de 2011 ya se ampliaban tales facultades jurisdiccionales y se agilizaba el procedimiento 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.

<sup>30</sup> CORTE CONSTITUCIONAL, sent. T-631 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>31</sup> Es la tesis que ha desarrollado la Corte Constitucional en las sentencias T-756 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-825 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo y; T-916 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo.



Radicado No.: 202211402269281

Fecha: 10-11-2022

Página 16 de 26

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”.

A su vez, el artículo 127, dentro de las funciones jurisdiccionales, refiere 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, a saber:

**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.

Sin perjuicio de lo que se ha descrito, en materia sancionatoria la citada Ley 1949 de 2019, dispuso:

**Artículo 2°.** Modifíquese el artículo 131 de la Ley 1438 de 2011, el cual quedará así.

**Artículo 131. Tipos de sanciones administrativas.** En ejercicio de la función de control sancionatorio y en desarrollo del procedimiento que para el efecto se haya previsto, la Superintendencia Nacional de Salud podrá imponer las siguientes sanciones:

1. Amonestación escrita.

2. Multas entre doscientos (200) y hasta ocho mil (8.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para personas jurídicas, y entre (50) y hasta (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes para las personas naturales.

3. Multas sucesivas, para las personas jurídicas de hasta tres mil (3.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, y para el caso de las personas naturales de hasta trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales vigentes, cuando en un acto administrativo de la Superintendencia Nacional de Salud se imponga una obligación no dineraria y no se cumpla en el término concedido.



Radicado No.: **202211402269281**

Fecha: **10-11-2022**

Página 17 de 26

4. Revocatoria total o parcial de la autorización de funcionamiento, suspensión del certificado de autorización y/o el cierre temporal o definitivo de uno o varios servicios, en los eventos en que resulte procedente.

5. Remoción de representantes legales y/o revisores fiscales en los eventos en que se compruebe que autorizó, ejecutó o toleró con dolo o culpa grave conductas violatorias de las normas del Sistema de Seguridad Social en 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, las cuales fueron integradas en la Resolución 4343 de 2012, acto administrativo que fue derogado por la Resolución 229 de 2020, actualmente vigente.
- 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.
- Finalmente, debe tenerse en cuenta la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud, ya que encierra aspectos que deben destacarse en la materia que nos atañe:
  - 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 2014<sup>32</sup>.
  - En lo concerniente a los derechos de los pacientes, el artículo 10º, enuncia los siguientes:

<sup>32</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



- a) A acceder a los servicios y tecnologías de salud, que le garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad<sup>33</sup>;
  - 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 enfermedad<sup>34</sup>.
- 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.

<sup>33</sup> 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 [...]”.

<sup>34</sup> 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 [...]”.



Radicado No.: 202211402269281

Fecha: 10-11-2022

Página 19 de 26

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 tutela<sup>35</sup>. [Énfasis fuera del texto].

<sup>35</sup> 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 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 este tipo de normas en materia sancionatoria [...] El parágrafo final del artículo en revisión se corresponde con lo estimado por esta Sala

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



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 penalmente.

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 fundamental<sup>36</sup>, está dotado de características especiales. Bajo estos parámetros (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

---

*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”.*

<sup>36</sup> “[...] 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 cambio 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 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. En punto al tema ver Romero Tobón, Juan Fernando. *Derecho Fundamental a la salud*, Editorial Ibáñez, Bogotá, D.C., 2019.



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 hombre<sup>37</sup>.

Dicho criterio, considerado principio del derecho fundamental (art. 6°, inciso segundo, literal b), ha sido avalado constitucionalmente en la sentencia T-037 de 2006<sup>38</sup>, 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.

Como se puede observar, en el ordenamiento jurídico existen varios elementos que ponen de presente dispositivos, ligados a escenarios básicos de protección, que no se pueden desconocer al momento de estructurar los contenidos de proyectos de ley como el que ahora nos ocupa.

#### **2.4. Sobre la iniciativa gubernamental y la potestad reglamentaria**

Respecto de los artículos 4° y 11, es importante señalar que en el artículo 154 constitucional se advierte que, de acuerdo con este, solo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa gubernamental las leyes que se refieren, entre otras, al numeral 7° del artículo 150, específicamente aquéllas que tienen que ver con la estructura de la administración, a saber:

[...] **sólo podrán ser dictadas o reformadas por iniciativa del Gobierno las leyes a que se refieren los numerales 3, 7, 9, 11 y 22 y los literales a, b y e, del numeral 19 del artículo 150;** las que ordenen participaciones en las rentas nacionales o transferencias de las mismas; las que autoricen aportes o suscripciones del Estado a empresas industriales o comerciales y las que decreten exenciones de impuestos, contribuciones o tasas nacionales [...]. [Énfasis fuera del texto].

En efecto, mientras no exista aval del Gobierno cuando sea procedente se mantiene un vicio en la formación de la ley. En torno a esta exigencia, la Corte Constitucional ha

<sup>37</sup> Cfr. Pinto, Mónica. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*, pág. 1.

<sup>38</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, T-037 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



indicado:

[...] La Corte ha declarado la **inexequibilidad** de disposiciones en virtud de las cuales el **Congreso, sin contar con la iniciativa del Gobierno o su aval en el trámite legislativo**, (i) ha creado entidades del orden nacional, (ii) ha modificado la naturaleza de una entidad previamente creada; **(iii) ha atribuido a un Ministerio nuevas funciones públicas ajenas al ámbito normal de sus funciones**; (iv) ha trasladado una entidad del sector central al descentralizado o viceversa; (v) ha dotado de autonomía a una entidad vinculada o adscrita a algún ministerio o ha modificado su adscripción o vinculación; o (vi) ha ordenado la desaparición de una entidad de la administración central. Para la Corte, tales disposiciones modifican la estructura de la administración central y su constitucionalidad depende de que haya habido la iniciativa o el aval gubernamental [...]<sup>39</sup>.

Este criterio lo ha reiterado en la siguiente decisión:

[...] Partiendo del enunciado de dicho artículo, la Corte ha precisado que corresponde al Legislador la determinación de la estructura de la Administración nacional. En desarrollo de dicha competencia, debe definir los elementos de esa estructura, la tipología de la entidad y sus interrelaciones<sup>40</sup>. Así mismo, el Congreso tiene la potestad consecuente de fusión, transformación y supresión de dichos organismos<sup>41</sup>. No obstante, la competencia a que se refiere el numeral 7º del artículo 150 Superior **no supone un ejercicio totalmente independiente por parte del Congreso de la República, pues es necesario contar con la participación gubernamental** para expedir o reformar las leyes referentes a la estructura de la Administración nacional, toda vez que iniciativa para su adopción pertenece en forma exclusiva al Gobierno Nacional de conformidad con lo preceptuado en el artículo 154 Superior<sup>42</sup>.

En ese orden de ideas, en la jurisprudencia de la Corporación se ha explicado que *“i) la función de determinar la estructura de la administración nacional, no se agota con la creación, supresión o fusión de los organismos que la integran, sino que abarca proyecciones mucho más comprensivas que tienen que ver con el señalamiento de la estructura orgánica de cada uno de ellos, la precisión de sus objetivos, sus funciones generales y la vinculación con otros organismos para fines del control”*<sup>43</sup>, así como también regular los asuntos relacionados con el régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario, entre otras [...]<sup>44</sup>.

Es más, se corrobora lo anterior con el siguiente pronunciamiento de la Alta Corporación<sup>45</sup>:

<sup>39</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-889 de 2006, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

<sup>40</sup> Sentencia C-1190/00 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

<sup>41</sup> Sentencia C-299 de 1994. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Ver igualmente la Sentencia C-465 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón.

<sup>42</sup> Sentencia C-012 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

<sup>43</sup> Sentencia C-299 de 1994 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

<sup>44</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-251 de 2011, M.P. Jorge Pretelt Chaljub.

<sup>45</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-110 de 2019, MP. Alejandro Linares Cantillo.



35. En síntesis, la jurisprudencia ha reconocido que la competencia para fijar la estructura de la administración nacional (i) comprende su dimensión estática, esto es, aquella que tiene vocación de permanencia; (ii) no se agota en la posibilidad de crear entidades públicas y, en consecuencia, se extiende (iii) a la definición de sus objetivos, funciones generales y modo de relacionamiento con otros órganos; e igualmente abarca (iv) la regulación de aquellas materias relacionadas con el régimen jurídico que se le aplica a sus servidores, las formas de vinculación y aquellas materias de naturaleza presupuestal y tributaria.

Materias comprendidas por la competencia de determinar la estructura de la administración nacional	Sentencia
Creación, supresión o fusión de una entidad pública del orden nacional	C-299/94, C-648/97, C-482/02, C-078/03, C-121 /03, C-869/03, C-570/04 C-784/04 C-856/06, C-663/13 y C-031/17
Estructura orgánica de las entidades y organismos	C-209/97, C-121/03 y C-869/03
Creación de un Consejo Nacional de Acreditación que por su integración y funciones modifican en algún grado la estructura de la administración	C-307/13
Definición de las tipologías de entidades y organismos y sus interrelaciones respectivas	C-784/04
Objetivos y funciones generales de la entidad u organismo	C-299/94, C-209/97, C-121/03, C-869/03 y C-784/04
Vinculación con otros organismos para fines del control	C-121/03 y C-784/04
Régimen jurídico de los trabajadores, con la contratación y con las materias de índole presupuestal y tributario	C-299/94, C-209/97, C-121/03 y C-784/04
Características de los órganos creados	C-1162/00, C-078/03 y C-784/04
Ubicación de los organismos en el conjunto de la administración	C-078/03 y C-784/04

Las disposiciones constitucionales destacadas y la jurisprudencia referenciada desarrollan un criterio de especialidad en la gestión pública que el propio Ejecutivo conoce y debe desplegar. Por tanto, cuando **el Congreso de la República propone una modificación sustancial en las competencias de las reparticiones, como en este caso, debe contar con el aval gubernamental** y su inexistencia vicia la norma propuesta. De esta manera, además de ser inconveniente el traslado de competencias, también reviste visos de inconstitucional por ausencia de iniciativa por parte del Ejecutivo.

A su turno, en materia plazos para reglamentación, se tiene que fijar esta clase de cláusulas han sido catalogadas contrarias a nuestro ordenamiento. En efecto, sobre el límite en el tiempo de la facultad reglamentaria, de 6 meses por ejemplo, la Corte ha

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



enfaticado:

[...] 48.- Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, superior<sup>46</sup>. Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras: el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al haber sujetado el artículo 19 el ejercicio de tal potestad a un plazo, incurrió en una práctica que contradice lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, motivo por el cual la Sala declarará inexecutable el siguiente aparte del artículo 19 de la Ley 1101 de 2006: *“en un plazo no superior a seis (6) meses contados a partir de su entrada en vigencia”*<sup>47</sup>.

Acto seguido, en la sentencia C-765 de 2012, se acentuó:

[...] Sin embargo, recordando que el poder reglamentario es una facultad presidencial autónoma, la Corte ha precisado que su ejercicio frente a las leyes cuya aplicación corresponde a la Rama Ejecutiva no depende de una pretendida habilitación legislativa, como también que en ningún caso se extingue esta facultad por el agotamiento del término que hubiere señalado en la ley. Así, la suprema autoridad administrativa tiene entonces competencia para expedir decretos reglamentarios respecto de cualquier ley que deba ser cumplida por sus subalternos, y puede hacerlo sin límite de tiempo, pudiendo incluso modificar, reemplazar o derogar las normas que con anterioridad hubiere dictado<sup>48</sup> [...] <sup>49</sup>.

Finalmente, se ha señalado:

[...] Conforme a lo indicado en precedencia, dado que la potestad reglamentaria del Presidente es una atribución constitucional inalienable, intransferible e irrenunciable, que puede ser ejercida en cualquier tiempo, cuando el legislador, como ocurre en este caso, ha establecido un plazo, este tiene un carácter meramente “impulsor”, pues de ningún modo implica una caducidad ni impide al Gobierno modificar los reglamentos en cualquier tiempo, para ajustarlos a nuevos contextos, mientras las normas legales a las cuales se sujeta su competencia se encuentren vigentes [...] <sup>50</sup>.

Con esto debe resaltarse que, la facultad de reglamentación es abierta y no puede condicionarse en el tiempo, so pena de distorsionarla, ya que es una de las funciones

<sup>46</sup> Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-066 de 1999, MM.PP. Fabio Morón Díaz & Alfredo Beltrán Sierra.

<sup>47</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-1005 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto.

<sup>48</sup> Cfr., sobre este aspecto, entre otras, las sentencias C-805 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-508 de 2002 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-1005 de 2008 (M. P. Humberto Sierra Porto).

<sup>49</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-765 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

<sup>50</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-189 de 2017, M.P. José Antonio Cepeda Amarís.



básicas que la Constitución encomienda al presidente de la República (art. 189 numeral 11)<sup>51</sup>.

### **3. CONCLUSIONES**

Por las razones expuestas, se estima que continuar con el curso del proyecto de ley devendría inconveniente al tiempo que configura visos de inconstitucionalidad. Desde luego, no es posible identificar de manera clara el sujeto sobre el cual recaería la sanción penal, toda vez que en el proceso de atención en salud intervienen diferentes actores, que van desde el asegurador responsable del paciente, las entidades territoriales de manera subsidiaria a través de la gestión de los CRUE en los procesos de referencia y contrarreferencia del paciente, así como los prestadores de servicios de salud, donde en ocasiones el personal asistencial está supeditado a las decisiones de carácter administrativo de las directivas de cada entidad, de la disponibilidad de camas y especialistas, entre otros asuntos que pueden afectar la atención de un paciente.

Los mecanismos administrativos de control en el sistema de salud se han fortalecido con la expedición de la Ley 1949 de 2019, a la par del escenario de protección existente dentro del ordenamiento jurídico. Sirva para ilustrar que el Consejo Superior de Política Criminal ha replicado que existen medidas administrativas orientadas a sancionar este tipo de conductas. Es más, en el Código Penal se tipifica el delito de Omisión de Socorro (artículo 131). Adicionalmente, no se debe omitir las materias que requieren de impulso gubernamental y las peculiaridades que reviste la potestad reglamentaria pues tienen connotación superior.

Por otro lado, aspectos como los dispuestos en el artículo 11 de la propuesta afectan el aseguramiento en salud, en el marco de los recursos públicos asignados a esta, teniendo en cuenta lo concerniente a prestaciones económicas y servicios de transporte diferente al ámbito de salud que se encuentra acorde a lo previsto en los artículos 107 y 108 de la Resolución 2292 de 2021, en concordancia con lo establecido en los artículos 4 y 5 de la Resolución 1139 de 2022. Cabe agregar, los viáticos y demás servicios y elementos que no son constitutivos de prestaciones en salud, y que, de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1751 de 2015 se consideran determinantes sociales de salud, los cuales no financiados con recursos públicos destinados a la salud para la cobertura de servicios y tecnologías en el ámbito de salud, sino con otra fuente de financiación. A esto se suma, la importancia de no desconocer la política fiscal de mediano y largo

---

<sup>51</sup> *Cfr.* **CORTE CONSTITUCIONAL**, sents. C-066 de 1999, MM.PP. Fabio Morón Díaz y Alfredo Beltrán Sierra; C-805 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil; C-508 de 2002, M. P. Alfredo Beltrán Sierra; C-1005 de 2008, M.P. Humberto Sierra Porto; C-765 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, entre otras.



Radicado No.: **202211402269281**

Fecha: **10-11-2022**

Página 26 de 26

plazo con el consecuente estudio de impacto fiscal (Cfr. Ley 819 de 2003, art. 7º).

Por último, en atención a la finalidad del proyecto de ley, se debe destacar que es intención del Gobierno Nacional realizar una transformación del sistema de salud, con el propósito de que no se presenten negaciones de servicios y la población tenga acceso pleno y efectivo al goce del derecho a la salud. Así mismo, para lograr tal cometido, se pretende fortalecer la acción interadministrativa e interinstitucional orientadas a atender los determinantes sociales de la salud y a obtener un cabal cumplimiento de la Ley Estatutaria 1751 de 2015. En este sentido, de acuerdo con los nacionales, esta Cartera, está trabajando en establecer la acciones que en el corto, mediano y largo plazo posibilite las transformación del sistema para garantizar el acceso y goce efectivo del derecho fundamental a la salud de todos los residentes del territorio colombiano.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa de la referencia. Frente a su contenido, es relevante contar con el pronunciamiento que a bien tengan expedir los sectores tanto de Hacienda y Crédito Público como de Justicia y del Derecho por comprender ámbitos de su competencia.

Atentamente,

**DIANA CAROLINA CORCHO MEJÍA**  
Ministra de Salud y Protección Social

Aprobó:  
Viceministerio de Protección Social.  
Viceministerio de Salud Pública y Prestación de Servicios.  
Dirección Jurídica.