



# GACETA DEL CONGRESO

## SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA  
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 1065

Bogotá, D. C., lunes, 28 de octubre de 2019

EDICIÓN DE 8 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO  
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO  
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO  
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA  
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

# SENADO DE LA REPÚBLICA

## PONENCIAS

### INFORME DE PONENCIA PARA PRIMER DEBATE AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 164 DE 2019 SENADO

*“por 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.*

Bogotá, octubre de 2019

Honorable Senador

SANTIAGO VALENCIA GONZÁLEZ

Presidente de la Comisión Primera Constitucional Permanente

Senado de la República

E. S. D.

**Asunto: Informe de Ponencia.**

Apreciado señor Presidente:

En cumplimiento del honroso encargo que me hiciera la Mesa Directiva de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República el pasado 17 de septiembre de 2019, y en desarrollo de lo dispuesto en la Ley 5ª de 1992 artículos 150, 153 y 156, en mi calidad de ponente me permito radicar Informe de Ponencia para Primer Debate del Proyecto de ley número 164 de 2019 Senado, *“por 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* en la Secretaría de la Comisión.

Cordialmente,

  
ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA.  
Senador de la República.

### I. INTRODUCCIÓN

El objetivo del presente documento es realizar un análisis detallado del Proyecto de ley número 164 de 2019 Senado (de ahora en adelante, “el proyecto de ley”) para determinar la conveniencia de los cambios propuestos al ordenamiento jurídico colombiano. En otras palabras, se busca determinar si el proyecto de ley debe continuar su trámite (con o sin modificaciones) en el Congreso de la República o, por el contrario, debe ser archivado.

La presente Ponencia consta de las siguientes secciones:

- I. Introducción.
- II. Trámite y Antecedentes.
- III. Objeto y contenido del proyecto de ley.
- IV. Argumentos de la Exposición de Motivos.
- V. Marco Jurídico.
  - A. Marco Constitucional.
  - B. Marco Legal.
  - C. Marco Jurisprudencial.
- VI. Consideraciones del ponente.
- VII. Conclusión.
- VIII. Proposición.

### II. TRÁMITE Y ANTECEDENTES

El presente proyecto de ley fue radicado el martes 27 de agosto de 2019 en la Secretaría General del Senado de la República, del cual es autor el honorables Senadores Armando Benedetti Villaneda.

El día 10 de septiembre de 2019, el proyecto de ley fue recibido por la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República y el 17 de septiembre del mismo año, mediante Acta MD-05

se me designó como ponente de la iniciativa para el primer debate.

### III. OBJETO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley tiene como objeto tipificar penalmente la omisión o denegación del servicio público de salud para quien lo requiera de manera inmediata por estar amenazada o en peligro inminente su salud o su vida, modificando el código penal en ese sentido.

El texto consta de tres artículos con el siguiente tenor:

El artículo 1° que contiene el objeto del proyecto de ley; el artículo 2° que adiciona los artículos 134A (denegación de salud) y 134B (sobre el sujeto activo); y el artículo 3° que contiene la vigencia y derogatorias.

### IV. ARGUMENTOS DE LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La exposición de motivos se divide en tres ejes fundamentales, estos son:

1. Si bien es una iniciativa que se ha presentado en diferentes oportunidades, no ha tenido la oportunidad de tener un debate de fondo serio y ha terminado archivada en la mayoría de los casos por cambios de legislatura.
2. Además de los tránsitos de legislatura, otra razón para que esta iniciativa actualmente no sea una norma jurídica fue la sentencia de la Corte Constitucional C-302 de 2010, la cual declaró inexecutable el Decreto Ley 126 de 2010 que contemplaba la creación del tipo penal Omisión en la Atención Inicial de Urgencias.
3. La Ley Estatutaria 1751 de 2015 que se encarga de reglamentar el derecho fundamental autónomo de la salud, el cual había sido reconocido como tal por la Honorable Corte Constitucional, ordena también al Congreso de la República crear disposiciones legales que sancionen la negación de servicios de salud.

### V. MARCO JURÍDICO

#### A. MARCO CONSTITUCIONAL

El texto del proyecto ha sido redactado a la luz de nuestra Carta Política en los siguientes artículos:

“**Artículo 1°.** Colombia es un Estado Social de Derecho, organizado en forma de República Unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

“**Artículo 2°.** Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política,

administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

“**Artículo 5°.** El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

“**Artículo 13.** Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de la autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

“**Artículo 16.** “Todas la personas tienen derecho al libre desarrollo de su personalidad sin más limitaciones que las que imponen los derechos de los demás y el orden jurídico”.

“**Artículo 48.** La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

“**Artículo 49.** La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de

servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. \* (El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica). Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias.

El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos”.

## B. MARCO LEGAL

El proyecto de ley se relaciona con lo dispuesto en las siguientes normas jurídicas:

1. Ley 599 de 2000
2. Ley 100 de 1993
3. Ley 1751 de 2015

## C. MARCO JURISPRUDENCIAL.

**Sentencia C-313 de 2014 M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.**

**“5.2.10.3.1. Garantías que involucran especialmente el acceso al derecho.**

*Como ya se ha anotado en varios apartes de esta providencia, la mencionada observación 14, que en lo pertinente esta ley estatutaria acoge, establece como un elemento esencial del derecho el de la accesibilidad, el cual comprende cuatro formas de acceso ya referidas. En el sentir de la Corte, los derechos contenidos en los literales a), b), e), i), y q) del inciso 1° del artículo 10 del proyecto guardan clara correspondencia con el derecho al acceso a la salud.*

*En efecto, en el literal a) se estima como derecho el acceso a los servicios y tecnologías de salud que garanticen una atención integral, oportuna y de alta calidad. Para la Sala, el precepto se aviene a la Carta, pues, consagra a favor del paciente un tipo de atención que implica condiciones incorporadas en el*

*proyecto de ley y, sobre las cuales, ya ha expresado su valoración en términos de constitucionalidad, con las precisiones pertinentes. Frente a lo que significan la calidad, la oportunidad y la integralidad en la prestación del servicio, se atiende la Corte a lo expuesto en las consideraciones sobre los literales d) del inciso 1° y e) del inciso 2° del artículo 6° y, a propósito del artículo 8°, respectivamente.*

*No sobra observar que este derecho igualmente comprende un aspecto que se adecua más al elemento esencial del derecho, denominado por el legislador estatutario, calidad e idoneidad profesional, con lo cual, queda evidenciada la interrelación entre los elementos esenciales, en este caso, a propósito de los derechos de los pacientes. Por ende, un quebrantamiento de este derecho, puede comprometer, no solo el acceso al derecho, sino también la mencionada calidad.*

*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.*

*En cuanto al literal b) se tiene que este consagra el derecho a recibir la atención de urgencias de manera oportuna, sin que sea exigible documento o cancelación de pago alguno. Para la Corporación este derecho resulta indispensable y se encamina a erradicar lo que se ha denominado “paseos de la muerte”, en los cuales, quien es convocado para prestar el servicio, elude su deber de solidaridad y, so pretexto de alguna razón de orden administrativo, niega el acceso al servicio oportuno generando las condiciones que en no pocas ocasiones conducen al fallecimiento del paciente.*

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

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

*negándole el carácter de urgencia. Estima la Corte Constitucional que el profesional calificado para determinar, previa revisión del afectado, si se está frente a una urgencia, es el especialista en medicina de urgencias o especialidad similar y, solo en su defecto, otro médico. Es un imperativo a atender por el Estado, en aras del goce efectivo del derecho, proveer o exigir, según sea el caso, la presencia de este tipo de profesionales especializados en los centros en los que se preste el servicio de salud.*

*Finalmente, cabe anotar que el caso estipulado en el literal en estudio, no es el único en el que corresponde brindar atención sin que sea exigible documento o cancelación de pago previo. Con estas precisiones, se declarará exequible el enunciado revisado”.*

**Sentencia T-171 de 2018, M. P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.**

***El derecho a la salud en el bloque de constitucionalidad: la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).***

3.2.1. *La Sentencia T-760 de 2008, además de resumir y sistematizar los pronunciamientos precedentes de la Corte Constitucional en materia de salud, también hizo referencia a los tratados y convenios internacionales que han consagrado este derecho. Así, dentro de los numerosos instrumentos internacionales que reconocen la salud como derecho del ser humano, destaca de forma especial el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) y su artículo 12 que establece el derecho “al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, así como el profundo desarrollo que hace de este artículo la Observación General número 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC).*

3.2.2. *La mencionada Observación ha tenido un impacto importante en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues ha servido como referente central en la construcción y delimitación del derecho a la salud. En ella, el Comité establece de manera clara y categórica que la salud “es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. En referencia al contenido normativo, señala que una parte esencial del derecho es la existencia de “un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”. Es decir, para el CDESC la salud es un derecho humano elemental e irrenunciable cuya efectiva realización está ligada a la existencia de un sistema de protección a cargo del Estado. Por ello, la salud es entendida también como “un derecho al disfrute de toda una gama de*

*facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”.*

**Sentencia T-001 2018, M. P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.**

**DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTÓNOMO-Reiteración de jurisprudencia.**

*“La Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, y garantizándolo bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”. Además ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de las personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”.*

## VI. CONSIDERACIONES DEL PONENTE

Si bien constitucional y legalmente la salud es un servicio público, cuya prestación es responsabilidad del Estado bien sea directamente o a través de particulares, además de ser un servicio público esencial y hacer parte de normas e instrumentos internacionales, no debemos pasar por alto que la función penal y represora del Estado debe activarse una vez se hayan agotado todos los medios de disuasión y prevención con que cuenta, lo que explica el carácter del derecho penal como de última ratio, es decir, que antes de reprochar penalmente una conducta, de activar el ius puniendi, el Estado y la sociedad deben propender por buscar las soluciones más efectivas para enfrentar los problemas sociales.

- **Naturaleza iusfundamental del Derecho a la Salud, necesidad de protección coercitiva a través del sistema penal.**

El servicio de salud está a cargo del Estado y es garantizado a toda la población pues así lo ha dispuesto la Carta Política en su artículo 49 que reza: “La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.” Además, vía jurisprudencia se le ha dado a la salud una doble connotación: i) La de servicio público, y ii) La de derecho fundamental, razón por la también es expedida la Ley Estatutaria 1751

de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, reconociendo que la salud es un derecho fundamental autónomo que comprende desde las acciones colectivas basadas en la salud pública, hasta acciones individuales que tienen que ver con el acceso a los servicios de salud, el diagnóstico, tratamiento, promoción y prevención. De ahí que, para efectos de la interpretación del presente proyecto se deba entender este derecho fundamental de la mano con lo preceptuado en el artículo 2° constitucional: *“Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.* El motivo, es que el artículo segundo tiene una obligación clara para el Estado, la cual está dirigida a servir a los ciudadanos, garantizar un orden justo y, sobre todo, proteger la vida y honra de los colombianos. Al respecto, la Corte Constitucional, pero medio de Sentencia T-505 de 1992, se refirió a este punto en los siguientes términos:

*“El Estado Social de Derecho mantiene el principio de legalidad, pero lo supera y complementa al señalar entre sus finalidades la de garantizar un orden político, económico y social justo (C. P. Preámbulo). La naturaleza social del Estado de derecho colombiano supone un papel activo de las autoridades y un compromiso permanente en la promoción de la justicia social.”*

*La defensa de los valores supremos del ordenamiento obliga al Estado a intervenir dentro del marco constitucional— para proteger a las personas en su dignidad humana y exigir la solidaridad social cuando ella sea indispensable para garantizar derechos fundamentales como la vida y la salud”.*

- **Salud como servicio público.**

Como servicio público se tiene que la salud es una actividad que involucra al Estado y demás particulares que resulten responsables de su prestación, sea por mandato legal o convencional –bajo su dirección, supervisión y manejo–, a desplegar un conjunto de tareas, políticas y actividades, tendientes a garantizar su prestación en debida forma.

De ahí que sea considerado como una prerrogativa de carácter prestacional en la Sentencia T-571 del 26 de octubre de 1992, cuyo M. P. Jaime Sanín le dio la siguiente connotación a los derechos de este tipo:

*“La doctrina ha denominado a las obligaciones públicas del Estado “prestaciones constitucionales”, una de cuyas manifestaciones principales son los derechos fundamentales de prestación.”*

*Los derechos prestacionales de rango constitucional tienen una estrecha relación con los derechos sociales, económicos y culturales del Capítulo II Título II de la Constitución, pero no se identifican con ellos. También los derechos de libertad pueden tener un contenido prestacional.*

*En términos generales el término prestacional de un derecho está dado por su capacidad para exigir de los poderes públicos y en ocasiones de los particulares, una actividad de hacer o dar, derivada del mismo texto constitucional. Si la prestación contenida en el derecho constitucional se identifica con el fin o valor de la igualdad perseguido por el derecho, aquella constituye un “derecho constitucional prestacional””; mientras que si el objetivo primordial del derecho es la simple abstención de los poderes públicos, los derechos correspondientes carecen de contenido prestacional.*

*Y una de esas obligaciones públicas del Estado es la resultante del artículo 49 de la Constitución: “La atención de la salud... son servicios públicos a cargo del Estado”. Concordante con esta disposición existe la obligación del Estado, en virtud de lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 13 de la Carta, de “proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.”*

*Esto genera consecuentemente el deber “prestacional” a cargo del Estado de brindar la atención de la salud, y el derecho en favor del particular de exigirlo dentro de unos lineamientos que la propia Constitución señala.*

*De otra parte, otros elementos integrantes de este derecho le imprimen un carácter asistencial, ubicándolo dentro de las funciones del Estado Social de Derecho, donde este adquiere un carácter de “Estado de prestaciones y de redistribución con fines de asistencia social obligatoria”. Se producen importantes repercusiones en la relación Estado -ciudadano, fortaleciendo la condición de este último frente al primero, por cuanto como se afirmaba anteriormente, su reconocimiento impone acciones concretas a fin de prestar el servicio público correspondiente, para asegurar de esa manera el goce y disfrute de los servicios de asistencia médica, hospitalaria, farmacéutica y de laboratorio”.*

Ahora bien, frente a la connotación de servicio público ha dicho el tribunal constitucional lo siguiente:

*“El derecho a la salud comprendido dentro del catálogo de los derechos sociales, económicos y culturales tiene en la Constitución un contenido evidentemente prestacional, pues al deber correlativo que tiene toda persona de “procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”,*

*se encuentra el del Estado de garantizar su cumplimiento, a través del correspondiente sistema de servicios, mediante el suministro de prestaciones concretas en materia de salud. Pero es de anotar que la cobertura y extensión del servicio de salud a los diferentes sectores de la comunidad y las condiciones y la eficiencia de su prestación, aun cuando son tareas prioritarias de la acción estatal, necesariamente dependen de las políticas globales y de desarrollo económico y social, las cuales se encuentran sujetas y limitadas a la disponibilidad de recursos.”*

Prerrogativa que tiene por objeto asegurar una ininterrumpida, constante y permanente prestación de tal servicio con el fin de ofrecer a las personas la posibilidad de vivir una vida digna y de calidad, libre, en la medida de lo factible, de los padecimientos o sufrimientos que sobrevienen con las enfermedades, esto es lo que ha denominado la Corte Constitucional durante todo este tiempo bajo un criterio uniforme, como principio de integralidad. Dicho principio lo ha recogido la ley estatutaria de salud en su artículo 8°, definiéndolo de la siguiente manera:

*“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada”.*

Ahora bien, resulta menester indicar a modo de precisión, que aun cuando el servicio público esencial de la salud sea prestado de manera directa muchas veces por particulares, la posición de garante subyace para el Estado debiendo responder por cualquier situación anómala que pueda desprenderse del mismo, o por el indebido manejo de los recursos que hacen parte del sistema, en detrimento del administrado.

- **Derecho a la salud como derecho fundamental.**

A partir de la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud, y gracias a la jurisprudencia previa, se reconoce que la salud es un derecho fundamental autónomo, que comprende desde las acciones colectivas basadas en la salud pública, hasta acciones individuales que tienen que ver con el acceso a los servicios de salud, el diagnóstico, tratamiento, promoción y prevención.

- **Salud como derecho fundamental.**

El derecho a la salud se encuentra consagrado en la Constitución Política de Colombia:

**“Artículo 49.** *La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.*

*Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.*

(...)

*Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad”.*

De igual manera, la Constitución reza dentro de su Capítulo III “De los derechos colectivos y del ambiente” lo siguiente:

**“Artículo 78.** *La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.*

*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.*

*El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos”.*

- **Desarrollo jurisprudencial.**

Con respecto a la jurisprudencia, en Sentencia T-260 de 2008 el tribunal constitucional consagra por primera vez el derecho a la salud como un derecho fundamental a la vida y refiere que la tutela es un mecanismo idóneo para garantizar su cumplimiento; Al respecto dicha jurisprudencia refirió:

*“Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional, su postura respecto a qué es un derecho fundamental “(...) ha oscilado entre la idea de que se trata de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona.” Aunque la Corte ha coincidido en señalar que el carácter fundamental de un derecho no se debe a que el texto constitucional lo diga expresamente, o a que ubique el artículo correspondiente dentro de un determinado capítulo, no existe en su jurisprudencia un consenso respecto a qué se ha de entender por derecho fundamental. Esta diversidad de posturas, sin embargo, sí sirvió para evitar una lectura textualista y restrictiva de la carta de derechos, contraria a la concepción generosa y expansiva que la propia Constitución*

*Política demanda en su artículo 94, al establecer que no todos los derechos están consagrados expresamente en el texto, pues no pueden negarse como derechos aquellos que ‘siendo inherentes a la persona humana’, no estén enunciados en la Carta”.*

Posteriormente, en Sentencia T-184 de 2011 refirió el aludido tribunal:

*“Esta Corporación ha establecido en su jurisprudencia que la salud es un derecho fundamental. Por tanto, es obligación del Estado y de los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desarrollar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho. El derecho fundamental a la salud ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”. Esta concepción responde a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de las personas, en consecuencia, garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales”.*

Sucesivamente, y en sentencia más reciente, la Corte Constitucional por medio de Sentencia T-010 de 2019 reiteró jurisprudencia frente a las dimensiones que alcanza del derecho fundamental a la salud y que la garantía de este derecho también se debe ver reflejado en las condiciones de vida de cada persona.

*“El derecho fundamental a la salud no puede ser entendido como el simple goce de unas ciertas condiciones biológicas que aseguren la simple existencia humana o que esta se restrinja a la condición de estar sano. Por el contrario, tal derecho supone la confluencia de un conjunto muy amplio de factores de diverso orden que influye sobre las condiciones de vida de cada persona, y que puede incidir en la posibilidad de llevar el más alto nivel de vida posible”.* De ahí, que su protección trascienda y se vea reflejada sobre el ejercicio de otros derechos fundamentales inherentes a la persona, como son los derechos fundamentales a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, y por su puesto a la vida. Precisó esta Corporación mediante el precitado fallo que *“(…) el derecho a la salud además de tener unos elementos esenciales que lo estructuran, también encuentra sustento en principios igualmente contenidos en el artículo 6° de la Ley 1751 de 2015, dentro de los que de manera especial sobresalen los de pro homine, universalidad, equidad, oportunidad, integralidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia, e interculturalidad, entre otros” (subraya fuera de texto).*

Ahora bien, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales anteriormente referidos, se expide

la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015, la cual consagra dentro de su normativa en su artículo 15 la obligación de garantizar el derecho a la salud a través de la prevención así: *“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.”* Adicional a ello, la referida norma consagra que los determinantes sociales en salud tienen relación directa con el goce efectivo del derecho a la salud, por eso la educación para la vida y la promoción de la salud, son elementos claves en la generación de nuevos imaginarios colectivos en torno al autocuidado.

Cabe resaltar, que la expedición de esta norma (1751 de 2015), que buscaba establecer la autonomía de la salud como derecho fundamental, tuvo como uno de sus fundamentos de mayor peso el acabar con el paseo de la muerte, pues así lo referenció el Alto tribunal constitucional al referirse al literal b) del inciso 1° del artículo 10 de dicha norma, en Sentencia C-313 de 2014, así:

*“En cuanto al literal b) se tiene que este consagra el derecho a recibir la atención de urgencias de manera oportuna, sin que sea exigible documento o cancelación de pago alguno. Para la Corporación este derecho resulta indispensable y se encamina a erradicar lo que se ha denominado “paseos de la muerte”, en los cuales, quien es convocado para prestar el servicio, elude su deber de solidaridad y, so pretexto de alguna razón de orden administrativo, niega el acceso al servicio oportuno generando las condiciones que en no pocas ocasiones conducen al fallecimiento del paciente.*

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

*La precisión referida es importante, pues, este derecho se vulnera cuando en razón de la ineficiencia, desidia, impericia o negligencia; se descarta la prestación del servicio por vía de una valoración hecha por personal no calificado. Para esta Sala resulta inadmisibles que por voluntad de los funcionarios administrativos, el personal de seguridad o el grupo de auxiliares del centro hospitalario, cualificados para otras tareas, se determine qué constituye una urgencia. No se puede aceptar que se atendió al paciente y se cumplió con lo mandado en el enunciado legal, cuando personal no idóneo definió la suerte de la situación, negándole el carácter de urgencia. Estima la Corte Constitucional que el profesional calificado para determinar, previa revisión del afectado, si se está frente a una urgencia, es el especialista en medicina de urgencias o especialidad similar y, solo en su*

*defecto, otro médico. Es un imperativo a atender por el Estado, en aras del goce efectivo del derecho, proveer o exigir, según sea el caso, la presencia de este tipo de profesionales especializados en los centros en los que se preste el servicio de salud.*

Empero, han pasado más de cinco años de la expedición de la ley y más de seis de la anterior jurisprudencia y las circunstancias que conllevan a un paciente a lo que se ha denominado “paseo de la muerte” persisten en la actualidad, por lo que se considera que unas medidas de tipo penal, como las que se proponen en el presente proyecto, pueden ayudar a mitigar este problema social que le quita la dignidad e incluso la vida a las personas.

#### VII. CONCLUSIÓN

En nuestra opinión, el proyecto de ley bajo estudio debe continuar su trámite en el Congreso de la República por las consideraciones expuestas en el aparte anterior.

#### VIII. PROPOSICIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones y argumentos, en el marco de la Constitución Política y la ley, propongo a los honorables Senadores de la Comisión Primera del Senado de la República, dar primer debate al Proyecto de ley número 164 de 2019 Senado, “*por 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*, de acuerdo con el texto original.

Con toda atención,



ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA.

Senador de la República.