

**COMISIÓN POR OMISIÓN:
NEGACIÓN Y POSTERGACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD**

Por:

**ANDRÉS ARMANDO RAMÍREZ GÓMEZ
3.391.657**

**Tesis presentada para optar al título de
Magíster en Derecho Penal**

**Asesor
Dr. Alfonso Cadavid Quintero**

**Escuela de Derecho
Universidad EAFIT
Medellín - 2012**

Contenido

Contenido.....	2
OBJETIVO GENERAL.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I	16
DOGMÁTICA PENAL DE LOS DELITOS EN COMISIÓN POR OMISIÓN: NEGACIÓN Y POSTERGACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD	16
1. Situación de peligro previo para la vida o la integridad personal como presupuesto de la negación o postergación de servicios de salud	17
2. Negación y postergación de servicios de salud: comportamientos humanos en modalidad de comisión por omisión	19
3. Breve reseña histórica de la comisión por omisión	26
4. Comisión por omisión: norma de prohibición o norma de mandato	39
II	44
SALUD EN RELACIÓN CON LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL	44
1. La salud desde la Constitución Política.....	45
<i>a. La salud como derecho humano fundamental</i>	<i>46</i>
<i>b. La salud como servicio público esencial</i>	<i>50</i>
<i>c. La salud como necesidad básica insatisfecha</i>	<i>53</i>
2. Desarrollo legal de los postulados constitucionales.....	56
<i>a. Principio de accesibilidad</i>	<i>57</i>
<i>b. Principio de integralidad.....</i>	<i>59</i>
<i>c. Principio de Continuidad</i>	<i>62</i>

3. Ley de ética médica y derecho a la salud.....	65
III	69
RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGACIÓN Y POSTERGACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD.....	69
1. Relación del marco jurídico con los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal.....	70
2. La acción debida y personas competentes para decidir en la negación y postergación de servicios de salud	74
3. Cláusula de correspondencia como requisito esencial para la comisión por omisión en la negación y postergación de servicios de salud	86
4. La responsabilidad penal en negación y postergación de servicios de salud	98
ANEXO	107
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	117
<i>Artículos</i>	121
<i>Tesis</i>	122
<i>Cibergrafía</i>	122
Jurisprudencia	123
Normas	127

OBJETIVO GENERAL

Analizar, a partir de la dogmática penal de la omisión y la ley colombiana, si es posible la configuración de un injusto típico en relación con las muertes y lesiones que se generan como consecuencia de la negación y postergación de servicios de salud.

INTRODUCCIÓN

... En un mundo de conocimientos nuevos y desconcertantes, que nos sumergen en la inseguridad y en la incertidumbre, pero que están exigiendo sino respuestas contundentes, por lo menos tomas de posición y decisiones no siempre fáciles.

Victoria Camps (2001, p. 10)

El Sistema General de Seguridad Social en Salud Colombiano, tiene problemáticas cruciales que repercuten en derechos de especial importancia, como la vida y la integridad personal.

En nuestro medio, han sido de gran impacto situaciones como el denominado “paseo de la muerte”, consistente en el traslado de una persona de un centro de salud a otro en procura de atención médica, negada sistemáticamente por cada uno de ellos, hasta que finalmente el paciente fallece como consecuencia de la falta de acceso oportuno a los servicios de salud. Además de estos hechos, en el funcionamiento del sistema son innumerables los casos de personas fallecidas o afectadas en su integridad por la negación o postergación de un servicio necesario para el cuidado de su vida y salud:

Es exagerado el número de personas que han muerto o se han agravado, a causa de la falta de satisfacción del derecho a la salud. Asimismo, son numerosas las personas que han muerto en el transcurso de los procesos de acción de tutela y que pretendían hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud. (Gañan Ruiz, 2010, p. xi)

Investigaciones sobre el sistema de aseguramiento en salud, dan cuenta de cómo la creación de barreras de acceso a los servicios de salud y la falta de una política clara que atienda las necesidades de la población, ocasionan muertes por falta de acceso oportuno (Molina et al., 2011, p. 65-67).

Dentro de las barreras generadas por el sistema de salud, que pueden impedir una atención oportuna para una necesidad vital, se destacan: i) la cobertura de la atención sólo a los servicios de urgencias en el primer mes de afiliación; ii) las esperas prolongadas para procedimientos contemplados, tanto en el plan obligatorio (POS), como los que están por fuera del mismo (no POS); iii) los retrasos en las autorizaciones; y iv) las barreras para acceder a medicamentos (Vargas & Molina, 2009, p.125).

Se debe tener en cuenta a su vez, que en la cadena de la decisión, son finalmente los usuarios quienes asumen las consecuencias de la falta de acceso a los servicios, debido a situaciones como la tramitología, entendida como estrategia administrativa de contención de costos que se manifiesta en los excesivos

controles de las EPS para autorizar servicios, así como en la fragmentación de la responsabilidad frente al pago, en las modalidades de contratación y en la transferencia del riesgo financiero a los prestadores (Molina et al., p. 68).

Estas estrategias generan un conflicto permanente entre la atención de las necesidades en salud de la población y el aseguramiento de la rentabilidad financiera, donde, en muchos casos, se ve privilegiado el ánimo rentista en desmedro de la vida, la integridad personal y la salud como derecho humano, servicio público esencial y necesidad básica insatisfecha de los ciudadanos.

Luego de acceder a los servicios, los usuarios se ven enfrentados a una serie de restricciones que, en algunas ocasiones, impiden una atención. Algunas de esas restricciones son:

Las que limitan exámenes, imágenes o medicamentos por patología; ejemplo: sólo a los hipertensos se les ordenará inhibidores de eca¹ tipo captopril.

En el estudio, los médicos que manifestaron lo relativo a las restricciones dijeron que los exámenes de laboratorio son los más limitados, con un 75.6%, seguidos por la formulación de medicamentos en un 63.2% y, por la remisión a imágenes diagnósticas, en un 58%. Los

¹ Enzimas convertidoras de la angiotensina. Medicamentos que se utilizan principalmente en el tratamiento de la hipertensión arterial y de la insuficiencia cardíaca. Enciclopedia Médica MedlinePlus: <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/patientinstructions/000087.htm>. Recuperada el 17 de julio de 2012.

anteriores resultados coinciden con los datos que la Defensoría del Pueblo publicó recientemente sobre las causas de tutelas en salud, en donde la negación de estos servicios origina el mayor número de tutelas.

A los profesionales médicos se les limita remitir a las siguientes especialidades, en su orden: cardiología, neurología, neurocirugía, medicina interna, reumatología, ortopedia, endocrinología, oftalmología, cirugía general, cirugía vascular, otorrinolaringología y urología.

La razón de estas restricciones es la escasa contratación que algunas EPS/IPS hacen de estos especialistas o la falta de los mismos en algunas regiones del país. En reciente investigación, la Defensoría encontró como otro motivo de no remisión la contención de costos, especialmente cuando se detectan enfermedades ruinosas. (Defensoría del Pueblo, 2007, p. 67)

El panorama anterior se evidencia en la cantidad de tutelas² que interponen los ciudadanos para la protección de su salud, reconociendo la Corte Constitucional, en diferentes fallos, la problemática planteada. Así, por ejemplo, ha reconocido, en la práctica de las EPS, la prevalencia de criterios administrativos sobre los diagnósticos clínicos:

² Según investigación de la Defensoría del pueblo, en el 2011 se interpusieron 105.945 tutelas para reclamar servicios de salud. Defensoría del Pueblo. La tutela y el derecho a la salud 2011, p. 102. . Recuperado el 7 de agosto de 2012, de:
<http://www.defensoria.org.co/red/anexos/publicaciones/tutelaDerechosSalud2011a.pdf>.

Resulta inadmisibles a la luz de la Constitución que los derechos de las personas a la vida, la integridad y la salud dependan de decisiones de orden administrativo que carezcan de un asidero científico de mayor peso que el que ampara lo ordenado por el médico que conoce al paciente, lo ha examinado, ha evaluado cuidadosamente su situación y sus necesidades y ha ordenado una droga que estima apropiada (Sentencia T-344 de 2002).

Igualmente, la Corte Constitucional cuestionó la negación y postergación de servicios, con fundamento en criterios económicos o financieros:

La jurisprudencia de esta Corporación ha dispuesto que en aquellos eventos en los cuales la salud y la vida de las personas se encuentre grave y directamente comprometida, a causa de operaciones no realizadas, tratamientos inacabados, diagnósticos dilatados, drogas no suministradas, etc. bajo pretextos puramente económicos, aún contemplados en normas legales o reglamentarias, el juez de tutela deberá amparar los mencionados derechos teniendo en cuenta la prevalencia de los preceptos constitucionales superiores (Sentencia T-113 de 2002).

En otro fallo la Corte explica cómo reglamentaciones administrativas o legales no pueden anteponerse a los derechos fundamentales a la salud y la vida:

En reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha enfatizado que las reglamentaciones de naturaleza legal o administrativa no pueden ser aplicadas en forma tal que impidan el goce efectivo de los derechos constitucionales de las personas; en esa

medida, se ha ordenado en numerosas ocasiones inaplicar las reglamentaciones contenidas en el Plan Obligatorio de Salud cuando éstas excluyen un tratamiento o un medicamento requeridos por una persona para preservar su vida en condiciones básicas de dignidad (Sentencia T-1063 de 2004).

Los fallos de tutela previamente relacionados evidencian la existencia de una problemática en la Seguridad Social en Salud en Colombia, que genera situaciones de riesgo o lesión efectiva a derechos y bienes jurídicos relevantes, como la vida y la salud de las personas, mediante decisiones, no sólo médicas, sino también administrativas, con múltiples repercusiones a nivel ético, disciplinario, civil y penal.

En derecho penal, esas lesiones o peligros que sufren las personas en su vida o integridad personal tienen relevancia jurídica, al tratarse de derechos altamente relevantes en el marco jurídico colombiano, pues constituyen derechos cuya titularidad corresponde a la persona humana y que a su vez son protegidos desde el derecho internacional³, como desde el derecho interno constitucional⁴; y como bienes jurídicos tutelados en el Código Penal (arts. 103 y 111 de la Ley 599 de 2000).

³Artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Ley 74 de 1968. Y los artículos 4 y 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, aprobada por la Ley 16 de 1972.

⁴Artículos 11 y 12 de la Constitución Política de Colombia.

Por lo anterior, vale la pena reflexionar desde el punto de vista jurídico penal qué sucede cuando, por la negación y postergación de los servicios de salud, se producen resultados como la muerte o lesiones personales de los titulares de derechos a esos servicios.

Desde la dogmática jurídico-penal, esa situación nos sitúa frente a una figura no ajena a problemas y diferentes interpretaciones: la comisión por omisión, la cual constituye una modalidad de la conducta que requerirá de un examen desde lo teórico, así como en su consagración positiva en el Código Penal Colombiano, para luego tomar postura en la interpretación de estos fenómenos desde el ámbito penal. Se tendrán también en cuenta cada uno de los tipos penales relevantes, para el caso de la muerte y las lesiones, como consecuencia de la negación o postergación de los servicios de salud.

La responsabilidad penal del médico ha tenido un gran desarrollo en materia de los delitos culposos, en lo que tiene que ver con la praxis médica y los errores que en ésta se pueden presentar, pero en relación con la negación y postergación de servicios de salud no ha tenido un desarrollo equivalente, sobre todo desde lo local, donde apenas se ha planteado el tema.

La problemática en el sistema de salud y su análisis penal no ha sido un asunto exclusivo de la sociedad colombiana. En España, por ejemplo, el profesor Silva

Sánchez (2004, p. 64), reflexiona en torno a la pregunta de cuándo se puede considerar garante al médico, cuestión que se analiza y desarrolla dentro de la discusión de la comisión por omisión.

En el sistema de salud colombiano, nos encontramos con varios actores que pueden llegar a tomar decisiones que repercuten en la vida y la salud de las personas, tanto personal médico o asistencial, como personal administrativo. Dentro de esos actores se destacan: los gerentes de las empresas aseguradoras de salud (EPS o ARS) o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS), auditores médicos, coordinadores médicos y médicos tratantes de las respectivas empresas o instituciones.

Cuando uno de estos profesionales toma una decisión que niega el acceso al servicio de salud o posterga la atención oportuna para una necesidad vital del usuario, y esa decisión afecta la vida o la integridad personal de un sujeto, se presentan como consecuencia resultados jurídico - penalmente relevantes que han sido desvalorados por el legislador y hacen necesaria una reflexión sobre la posible configuración o no de un injusto penal que pueda llegar a generar responsabilidad.

La problemática de la comisión por omisión ha tenido gran discusión en derecho penal. Como plantea Enrique Gimbernat (2003), aunque disponemos de una

bibliografía casi inabarcable, todavía no se ha definido nada sobre su contenido y alcance; no existiendo otro campo en derecho penal donde concurra una mayor discrepancia sobre cómo deben ser resueltos los casos concretos con los que nos encontramos en la realidad. Lo único seguro en los delitos impropios de omisión es que no hay nada seguro (p. 247-249).

En nuestro medio, la omisión impropia o comisión por omisión no es una figura dogmática suficientemente conocida y analizada por la doctrina y la jurisprudencia, se espera que la investigación contribuya a dar luces a los operadores jurídicos y al medio académico sobre la aplicación de esta figura dogmática en el ámbito de la negación y postergación de servicios de salud, donde ya no es solamente el médico tratante el que puede tomar una decisión, también interfieren otras personas con funciones de carácter administrativo, con la potestad de negar o postergar esos servicios, como lo es el auditor médico.

En relación con los operadores jurídicos, la investigación aportaría a la discusión práctica sobre si es posible realizar, acorde con la normatividad vigente y los elementos dogmáticos que ellas contienen, un proceso de adecuación típica en estos casos de negación y postergación de servicios de salud, dando así mayores elementos al momento de valorar esas conductas y definir su relevancia penal. Igualmente, la investigación aportaría a las discusiones actuales sobre el

alcance y contenido del artículo 25 del Código Penal Colombiano, el cual ha presentado varias dificultades en razón de los términos como fue consagrado.

En relación con la comunidad académica, la investigación pretende aportar elementos de juicio frente a una situación problemática actual como la negación y postergación de servicios de salud y su relevancia penal, contextualizando la discusión con temas actuales de la teoría del delito, que han generado diferentes reflexiones en el mundo académico, como la temática de la omisión impropia, el problema de la equivalencia o equiparación entre comisión y omisión, las situaciones constitutivas de posición de garantía, la imputación de resultados y la configuración de deberes jurídicos para la imputación penal.

La investigación se torna relevante por lo aportes jurídicos que puede lograr en relación con una problemática social actual, que amerita una reflexión desde el derecho penal a partir de las normas vigentes y las diferentes categorías jurídicas que éstas consagran.

En concreto, el problema jurídico de la investigación es el siguiente: ***¿La negación y postergación de servicios de salud por parte del personal médico y administrativo, que no impiden resultados lesivos para la vida y la integridad personal, configuran un injusto típico penal para quienes toman ese tipo de decisiones?***

Para desarrollar el mismo, se elaboraron tres capítulos, el primero de ellos hace un recuento histórico de la dogmática de la comisión por omisión relacionándola con la negación y postergación de servicios de salud; el segundo describe el marco jurídico colombiano respecto al derecho a la salud y la prestación de los servicios que hacen efectiva dicha garantía. Finalmente, un tercer capítulo que relaciona los dos primeros frente a la negación y postergación de servicios de salud, con sus posibles consecuencias jurídico-penales.

I

DOGMÁTICA PENAL DE LOS DELITOS EN COMISIÓN POR OMISIÓN: NEGACIÓN Y POSTERGACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

El dogma pasa a ser un obstáculo cuando opera como consenso meramente aparente, es decir: cuando los juristas están de acuerdo en considerar incuestionable una afirmación, pero no lo están en el significado que haya que atribuirle. Se llega entonces a la perversión total del planteamiento, de modo que el dogma, que no era sino un instrumento dialéctico para facilitar la interpretación de una norma, se convierte en el principal obstáculo para esa tarea.

Jacobo Dopico Gómez-Aller (2006, p. 29)

La primera inquietud que surge en relación con la negación y postergación de servicios de salud, que terminan en lesiones personales o incluso la muerte, es si ese fenómeno o evento, constituye una conducta penalmente relevante. Para dar respuesta a éste interrogante, se debe tener en cuenta en primer lugar que dichos eventos constituyen comportamientos humanos. Y en segundo lugar, para que la negación o postergación de un servicio de salud sea penalmente relevante, se

debe haber lesionado o puesto en peligro, como mínimo, un bien jurídicamente tutelado o protegido por el derecho penal, en concreto, la vida o la integridad personal. En consecuencia, en este trabajo se parte de un criterio material consistente en la afectación al bien jurídico.

1. Situación de peligro previo para la vida o la integridad personal como presupuesto de la negación o postergación de servicios de salud

En relación con la negación y postergación de servicios de salud, esto es, la no realización o prestación del respectivo servicio de salud al que se tiene derecho, es necesario, analizar en un primer momento, desde una perspectiva *ex ante*, la existencia de una situación de peligro para los bienes jurídicos a la vida y la integridad personal, que ante la negación o postergación, va a repercutir en la muerte o la lesión de quien tenía derecho a esos servicios. Respecto a la situación de peligro para un bien jurídico, como aspecto de las conductas omisivas, Silva Sánchez plantea lo siguiente:

Existe un acuerdo generalizado en señalar como uno de los elementos comunes de las realizaciones típicas omisivas la existencia de una situación de peligro para un bien jurídico. Ésta constituye en efecto, genéricamente, el factor esencial de lo que suele conocerse como situación típica, cuya formación experimenta con todo, ulteriores

concreciones en tipos determinados. [...] La situación de peligro, como elemento común de las realizaciones típicas omisivas, sólo puede entenderse en el sentido de apariencia *ex ante* del referido peligro para un bien jurídico. En otras palabras, la existencia o no del peligro típico se decide en el momento en que el sujeto aún no ha comenzado a actuar y puede optar entre hacerlo en una u otra dirección. [...] Es, pues, esta situación *ex ante*—es decir, el enjuiciamiento objetivo que de ella haga el hombre medio con los conocimientos especiales del sujeto— el factor ineludiblemente decisivo, dado el carácter de las normas como normas de determinación y no meras normas de valoración *ex post* (2006, p. 353).

Dada la naturaleza de la omisión, para la estructuración del injusto, sólo puede apreciarse la situación de peligro desde una perspectiva previa, es decir, se exige un juicio de valoración por parte del operador jurídico para establecer si el bien jurídico de la vida o la integridad personal se encuentran frente a un peligro relevante, que posteriormente permita hacer el análisis sobre la no realización de la conducta, en concreto la negación o postergación, de cara a los tipos penales del homicidio o las lesiones personales. Por lo tanto, en las conductas omisivas, no sólo es relevante la lesividad como constatación de la lesión a los bienes jurídicos, sino que previamente, debe hacerse una valoración sobre la situación de peligro para los bienes jurídicos a la vida y la integridad personal, para poder determinar si la conducta posterior fue negación o postergación del servicio de salud con relevancia penal, teniendo en cuenta la posibilidad de prestarse el correspondiente servicio.

Por lo tanto, el principio de lesividad, en las conductas típicas omisivas, también implica la verificación de la situación de peligro previo para el bien jurídicamente tutelado o protegido, desde una valoración *ex ante*, tal y como lo contempla el artículo 11 del Código Penal Colombiano⁵. Y posteriormente, al ser tipos penales de resultado, debido a que exigen la muerte o el daño en el cuerpo o en la salud, se deberá verificar, ya desde una perspectiva *ex post*, la concreción de ese peligro en muerte o lesiones personales, el cual debe tener relación con la negativa del servicio de salud o con la postergación del mismo, en el sentido de que podía haberse evitado el resultado con la prestación del servicio requerida por la persona para su salud.

2. Negación y postergación de servicios de salud: comportamientos humanos en modalidad de comisión por omisión

La negación y postergación de servicios de salud constituyen comportamientos humanos. Según Mir Puig, el comportamiento humano como movimiento físico no le importa al Derecho penal, que en cambio se interesa por aquellos comportamientos dotados de significado social (2003, p. 161). De ahí que deba reflexionarse sobre el significado social de comportamientos como la negación y postergación de servicios de salud, en los que la prestación del servicio evitaría la

⁵ Artículo 11. *Antijuridicidad*. Para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal (Congreso de la República, Ley 599 de 2000).

muerte o unas lesiones personales, a fin de determinar su relevancia penal. Esta labor se realizará en el segundo capítulo, mediante un recuento de la normatividad y jurisprudencia más relevante respecto a la prestación de servicios de salud, entendiendo ésta como derecho humano, necesidad básica insatisfecha y servicio público de carácter esencial.

El comportamiento humano penalmente relevante puede realizarse tanto por acciones como por omisiones. Así lo destaca el artículo 25 del Código Penal Colombiano, al establecer que: *“La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión”* (Ley 599 de 2000). Con fundamento en lo anterior, podemos afirmar que el concepto general de conducta engloba tanto las acciones como las omisiones y que, desde un enfoque práctico, el legislador no tuvo en cuenta la discusión acerca de la conducta y si ésta podría reconducirse o no la omisión, o si acción y omisión son conceptos ontológicos con un significado propio. El legislador simplemente estableció la acción y la omisión como formas de realización de la conducta.

La posición anterior se encuentra planteada por diversos autores como Enrique Bacigalupo, quien reconduce al término *“conducta”* tanto acción como omisión (2005, p.79). De la misma manera, Armin Kauffman establece que es en la capacidad de acción donde se ha encontrado el elemento común entre la acción y omisión, el cual se debe englobar bajo el concepto de comportamiento,

permitiendo abarcar ambos conceptos de modo que cada uno mantenga sus diferencias (2006, p. 100). A su vez, Enrique Gimbernat indica que tanto acción como omisión, hacen parte de un concepto general que es el comportamiento humano. Según el autor:

El hombre no es un mero ser inteligente que dispone de un aparato psíquico, esto es: no es un mero ser espiritual, sino uno que se relaciona con el mundo exterior mediante el comportamiento (=conducta-acción en sentido amplio). Esa relación sólo puede consistir en alguna de estas dos actitudes: o bien *hace* (*comportamiento activo*), e incide en ese mundo exterior poniendo en marcha cadenas causales, o bien *no hace* (*comportamiento pasivo*), dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan como estaban (Gimbernat, 2003, p. 19).

En consecuencia, podemos establecer que el concepto general de conducta o comportamiento, abarca tanto la acción como la omisión, las cuales deben tener significado social para ser penalmente relevantes.

En este punto, se hace preciso realizar una aproximación a los conceptos de negación y postergación de servicios de salud, con la finalidad de describir mejor el fenómeno referenciado. Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua, se entiende por *negación* aquel comportamiento consistente en dejar de hacer o no conceder lo que se pretende. Mientras que la *postergación*, consiste en hacer

sufrir atraso o dejar retardado respecto al tiempo en que había de tener su efecto (Real Academia Española de la Lengua, 2010).

En relación con los servicios de salud, la *negación* consistirá entonces en no conceder lo requerido para rehabilitar o darle tratamiento a una determinada problemática. Y la *postergación*, será el retraso de la respectiva asistencia. En ambos eventos, se presenta un comportamiento pasivo, estamos frente a un no hacer: en la negación, porque no se concede lo solicitado; en la postergación, porque se demora, se tarda o se prorroga, donde la conducta esperada o prevista es la prestación del servicio de salud al que se tiene derecho, y cuya negativa o retraso generan consecuencias para la vida o la integridad personal del ser humano.

En ese contexto de la negación y postergación de servicios de salud, con consecuencias para la vida o la integridad personal, podemos deducir con claridad que no estamos frente a hipótesis de comportamientos activos, que impliquen directamente la realización de la conducta *dar muerte u ocasionar daño*, tal y como lo describen los respectivos tipos penales (Ley 599 de 2000, Artículos 103 y 111), sino que nos encontramos ante comportamientos pasivos, debido a que consisten en un no hacer (negación o postergación) que permite continuar el proceso de riesgo para la vida o la integridad de una persona en particular.

En otras palabras, en los acontecimientos derivados de la negación y postergación de servicios en salud, el personal médico o administrativo no produce directamente el resultado *lesiones o muerte*, acontece que no prestan un servicio de salud, que estaban obligados a cumplir y que haría las veces de barrera de contención o control para el riesgo a la vida o la integridad personal en relación con la situación de peligro previa que se viene desencadenando, lo que finalmente permite que se presente el resultado descrito en los tipos penales: *muerte o daño en el cuerpo o en la salud*.

Teniendo claro que los eventos de negación y postergación, son comportamientos pasivos, se debe precisar el concepto de omisión. Según Gimbernat Ordeig, la omisión consiste en una especie del género no hacer, que se caracteriza porque entre todos los posibles comportamientos pasivos se seleccionan sólo aquellos que merecen un juicio axiológico negativo, esto es, se trata de un no hacer que se debería hacer, un no hacer desvalorado (2003, p.14). En términos similares, Bacigalupo expresa que la palabra omisión encierra una referencia a la significación de la conducta realizada efectivamente, a la comparación de lo acaecido con lo exigido; por ello menciona que: *“omitir es un hacer que no es el determinado”* (2006, p. 87). Y en el mismo sentido, establece Mir Puig que los tipos de omisión, en consecuencia, se refieren a la no verificación de una determinada conducta, por lo que se realizan si tiene lugar una conducta distinta a la prevista (2003, p. 295).

Estas definiciones permiten afirmar en aquellos eventos en los que aludimos al comportamiento omisivo, que una conducta que debió haberse realizado por su relevancia jurídica y no se ejecutó, se valora axiológicamente de forma negativa por no verificarse. En consecuencia, los delitos de omisión, en general, son aquellos donde se desaprueba la no verificación de determinada conducta que exigía realizarse. O, en palabras de Silva Sánchez: “la omisión consiste en la no-realización de una prestación positiva de salvaguarda de un bien jurídico” (2006, p. 353).

Lo anterior, para la negación y postergación de servicios de salud, consiste en una valoración negativa de los mismos, la conducta que se debía observar era la respectiva prestación del servicio, lo cual torna relevante o con significación social, los eventos de la negación o postergación, en el sentido de que lo determinado era brindar la correspondiente atención en salud.

Ahora, tradicionalmente, los delitos de omisión se han clasificado en delitos de *omisión pura*, donde lo relevante es sólo no hacer algo determinado, o de *omisión impropia* o *comisión por omisión*, que requieren además el deber específico de evitar la producción de un resultado:

Dentro de esta clase de delitos se pueden diferenciar los propios, y los impropios o de comisión por omisión. La clasificación de éstos se ha hecho a través de varios

criterios. [...]...Otra forma de clasificarlos entre propios e impropios obedece a la idea de buscar lo que la norma pide a cada una de ellas. Así, en las omisiones propias la norma exigiría al sujeto la realización de determinada acción salvadora en razón a criterios de solidaridad que se imponen en cabeza de los individuos; en cambio, en las omisiones impropias la norma exigiría del sujeto la evitación del resultado que se quiere impedir con la norma (Uribe Burcher 2006, p. 14-15).

Esta clasificación, que es la distinción más conocida sobre los delitos de omisión, implica según Krause que los delitos de omisión propios serán aquellos en que la punibilidad se fundamenta en la infracción de un deber, mientras que en los delitos de omisión en los que se atribuye la no evitación de un resultado, lo decisivo es la lesión material de un bien jurídico (citado por Silva Sánchez, 2006, p. 393).

También se ha calificado como de omisión propia a aquellos delitos que están expresamente consagrados en la ley, e impropia para los tipos omisivos que no están establecidos en ella. Esta diferencia ha sido planteada por autores como Armin Kaufmann (2006, p. 250), Welzel (1956, p. 205) y Schröder (citado por Schünemann, 2009, p. 74), según la cual se denominan propios a los delitos omisivos mencionados expresamente en la propia ley, e impropios a los no mencionados en ella. Al respecto, Juan Fernández Carrasquilla establece que mientras los delitos de omisión propia están expresamente tipificados por medio de verbos que denotan conductas omisivas o negativas (no hacer algo

determinado), los delitos de omisión impropia o comisión por omisión no están directamente tipificados, son un modo de realizar, por omisión, tipos de acción más resultado (1998, p. 169).

Para la hipótesis planteada de la negación y postergación de servicios de salud, haremos referencia a la comisión por omisión, describiéndola indistintamente como omisión impropia, pues estamos frente a eventos que no están tipificados expresamente y que exigen además un resultado para la configuración del tipo, a saber: muerte o daño en el cuerpo o en la salud. Aquí gravitará precisamente la discusión, indagando si es posible equiparar la conducta de dar muerte u ocasionar daño, con la no evitación al negarse o postergarse un servicio de salud al que se tiene derecho.

En conclusión, al constituir la negación y postergación de servicios de salud comportamientos pasivos, el marco general desde la dogmática penal estará dado por el concepto de omisión, en particular por la comisión por omisión, haciéndose necesario describir los aspectos más relevantes de ésta modalidad de delitos.

3. Breve reseña histórica de la comisión por omisión

Si bien la omisión en derecho penal no ha sido desarrollada de forma tan extensa como la comisión, la omisión impropia o comisión por omisión ha tenido gran debate en la dogmática penal. Sin embargo, no se expondrá la evolución histórica completa, no es el objeto de la presente investigación, sino que se abordará de forma general el estado del arte de la situación, desde el enfoque de la identidad estructural con los tipos comisivos o la configuración de un tipo penal autónomo. Esto nos permitirá posteriormente analizarla desde el contexto colombiano en relación con la negación y postergación de servicios de salud que ocasionan resultados desvalorados jurídicamente por el legislador, y de esta forma ofrecer una posición o concepto sobre la misma.

La historia de la figura de la comisión por omisión se ha dado a partir de la cláusula de equiparación, que busca establecer la identidad entre el respectivo tipo comisivo con la omisión. Como lo plantea Silva Sánchez:

La historia de los llamados delitos impropios de omisión (o de comisión por omisión) es la determinación de aquellas omisiones punibles que determinan una imputación del resultado en términos de igualdad con la comisión activa y por ello merecen la misma pena que ésta. Expresado en otros términos, es la historia de la búsqueda de criterios de identidad estructural de ciertas omisiones con la comisión activa (2006, p. 467).

En el mismo sentido, Gimbernat Ordeig señala la dificultad que dicha tarea merece cuando el legislador no lo ha establecido expresamente o incluso la consagración es poco clara:

[...] la auténtica dificultad de la comisión por omisión reside en un problema de equiparación: en determinar cuándo una omisión equivale a una acción, a la que se le debe imputar, en consecuencia, un resultado de peligro o de lesión, igual que si hubiera sido causado mediante un hacer positivo, a pesar de que el legislador no ha establecido expresamente dicha equiparación, por lo que el intérprete tiene que acudir a la llena de incógnitas teoría general de la comisión por omisión, o, si el legislador ha decidido introducir una cláusula general (2006, p. 330).

Históricamente, el desarrollo de la comisión por omisión se originó en la enorme dificultad de equiparar la conducta omisiva con la conducta comisiva, con el objeto de la utilización de la escala penal de los delitos de comisión en los casos de los delitos impropios de omisión (Bacigalupo, 2005, p. 25). Ese proceso fluctuó a través de dos grandes corrientes: la ontologista y la normativista. Como lo establece Naranjo, ~~es~~ “presupuestos epistemológicos mediante los cuales la doctrina jurídico-penal ha pretendido equiparar la causación efectiva de un resultado a su no evitación, parten desde posiciones teóricas que oscilan entre postulados causalistas y normativistas” (2004, p. 10).

La primera postura que pretendió establecer la cláusula de equiparación, se construyó a partir de la existencia de un nexo causal efectivo entre la conducta omisiva y el resultado lesivo, como lo establece Torío López: *“no sólo el delito de acción sino el de comisión por omisión requieren que el resultado haya sido causado por el comportamiento del sujeto”* (p. 694). Esta teoría no tuvo alcance alguno, debido a que se evidenció que no podría existir efectivamente un nexo causal entre el resultado y la actitud pasiva, tal como lo plantea Gimbernat Ordeig:

En un sentido científico-natural la omisión no causa nada, pues como se caracteriza por la ausencia de (porque no se aplica) energía, y la causalidad, en cambio, porque mediante el empleo de energía se influye materialmente en el resultado, de ahí que, desde el punto de vista de las ciencias de la naturaleza, la inactividad, en cuanto que no pone en marcha cadenas causales en el mundo exterior, no pueda influir en la producción energética de un resultado (2003, p. 58).

Indica Bacigalupo, que estas teorías se presentaron a principios del siglo XIX y fueron planteadas por autores como Lüden, Krug, Glasser, Merkel y Binding, entre otros (2005, p. 26). Este autor, plantea cómo desde Lüden se evidencia el problema de la causalidad de la omisión a partir de la comprobación de que el hombre absolutamente quieto es impensable, por lo que mientras omite, necesariamente tiene que realizar otra acción positiva, la cual sería la causa del suceso delictivo. Igualmente, plantea como, para Binding, el momento causal de la

omisión impropia consiste en la contención de la voluntad, el detener la toma de otras medidas contra el peligro (2005, p. 31).

Posteriormente, se pasó a un concepto normativo que buscó implementarse a través del ordenamiento jurídico con la denominada *posición de garante*. Mediante esta figura, la equivalencia entre los comportamientos omisivos y los comisivos se estableció en la existencia de dicha posición especial del sujeto. Nagler es importante en este contexto porque marcó una nueva época en la consideración del problema presentado por la omisión impropia, definiendo, la posición de garante como aquella relación estrecha entre el sujeto y el resultado, donde algunas personas tienen la especial tarea de defensa de un bien jurídico de los peligros que lo amenazan y deben constituirse en impedimento de los mismos (citado por Bacigalupo, 2005, p. 48-50).

Dentro de este esquema se presentó la *teoría formal del deber jurídico*, que fundamentó la existencia de una posición de garantía en la ley, el contrato y la injerencia. Como lo plantea Feuerbach, el fundamento jurídico se encuentra en la lesión de aquellos deberes que se derivan de la ley o el contrato y que tienen como contenido un actuar; sin ese fundamento no se es delincuente por omisión (citado por Perdomo Torres, 2001, p. 22). En palabras de Lascuraín, la insuficiencia de esta teoría es unánimemente reconocida por su formalidad y amplitud, debido a que de ella resultaría la absurda catalogación de todo deber

legal como deber especial, lo cual no se compadecería con principios como el de proporcionalidad e intervención mínima del derecho penal (2005, p. 14).

Más adelante, surgió la *teoría finalista* donde se destacan las contribuciones de Armin Kaufmann, al formular la teoría de las funciones, fundamentando la posición de garantía conforme a criterios materiales:

La tarea de defensa del garante puede orientarse en dos direcciones: por una parte, el sujeto del mandato puede tener que estar “vigilante” para proteger determinado bien jurídico contra todos los ataques, vengan de donde vengan; aquí la función de protección consiste en la “defensa en todos los flancos” del concreto bien jurídico contra peligros de todo género. Esta imposición de tareas prevalece en aquellas posiciones de garante que están reconocidas directamente en un precepto jurídico, así como en aquellas basadas en la asunción fáctica de deberes contractuales. Por otra parte, la posición de garante puede consistir en la supervisión de determinada fuente de peligros, no importando a qué bienes jurídicos amenazan peligros desde esta fuente. La misión de protección del garante tiene por contenido el “poner coto a la concreta fuente de peligros” (2006, p. 289 -290).

A continuación, se hará referencia a lo que Dopico Gómez-Aller (2006, p. 521) denomina la *corriente restrictiva española*, por reunir autores importantes y de gran influencia en América Latina, como lo son Gimbernat Ordeig, Silva Sánchez y Gracia Martín.

Gimbernat Ordeig, plantea la equivalencia entre comisión y omisión a partir de la “desestabilización del foco de peligro”, bien sea porque una acción incide en él elevándolo por encima de lo jurídicamente permitido, o por la ausencia de medidas de precaución que impidan su expansión hacia una lesión efectiva por quien está obligado a adoptarlas. Al respecto establece:

[...] a diferencia de la lesión de un bien jurídico, que sólo puede ser causada por una acción, en cuanto que supone *una modificación material dañosa en el mundo exterior* que necesariamente ha de tener su origen en una aplicación de energía, el peligro, en cambio, no supone todavía una *modificación dañosa* en el mundo exterior: es una amenaza de ésta, cuya presencia se establece sobre la base de un *juicio de probabilidad* que se elabora *intelectualmente* teniendo en cuenta los dos siguientes elementos: el primero, de carácter material y positivo, consiste en la existencia (o en la creación) en el mundo exterior de un foco de peligro; el segundo tiene un carácter especulativo, pero se fundamenta en el dato, *absolutamente real*, de que la *ausencia* o la *presencia* de medidas de precaución hace más o menos probable que el foco de peligro desemboque en una lesión efectiva. De todo ello se sigue que el *índice de riesgo* viene determinado por dos factores: por una parte, por la mayor o menor peligrosidad del foco, y, por otra, porque esa peligrosidad sea contrarrestada (y en este caso, con mayor o menor eficacia) o no por medidas de precaución.

[...] Pero por su lesividad potencial el legislador tolera (o, porque le vienen previamente dados, se conforma con) esos focos sólo en la medida en que no excedan de un determinado índice de peligrosidad, y es allí donde sitúa el nivel de lo

permitido, prohibiendo (*penalmente*, si ello desemboca en un resultado típico) cualquier desequilibrio que lo eleve por encima de ese nivel. Ese desequilibrio se produce por acción cuando mediante un movimiento corporal se incide en el foco de peligro transformando lo que hasta entonces permitido en prohibido. Y también por omisión, porque como el foco de peligro suele tener una tendencia expansiva a rebasar el nivel de lo permitido, el legislador ha *previsto normativamente* que determinadas personas (médicos, encargados de obras, guardas de paso a nivel) apliquen medidas de precaución para impedir esa eventual expansión. [...] entonces funcionalmente existe una equivalencia entre la desestabilización del nivel de lo permitido porque una acción incide en el foco de peligro elevándolo por encima de lo jurídicamente tolerado (*adelantamiento* incorrecto, por ejemplo, en la circulación de vehículos), y cuando esa desestabilización se produce a consecuencia de una omisión porque, en contra de lo normativamente previsto, no se aplica la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (no frenar el autobús ante un semáforo en rojo, arrollando así y matando a un motorista que estaba parado frente a un paso de peatones) (2003, p. 269 -271).

El criterio de la desestabilización del foco de peligro, sirve de fundamento a los delitos dolosos, en concreto, establece Gimbernat:

... *únicamente* existe una comisión por omisión dolosa cuando el *encargado de vigilar un foco de peligro pre-existente*, mediante la ausencia de una medida de precaución que le incumbe, lo desestabiliza *intencionadamente* condicionando dicho foco *con toda seguridad* el resultado típico. (2003, p. 277).

Respecto a la búsqueda de la identidad entre los delitos de omisión impropia con los de comisión activa, Silva Sánchez habla de la identidad estructural y material en los siguientes términos:

La *commissio per omissionem*—el delito de omisión impropia— constituye, en este marco, una figura bifronte: por un lado, es comisión; por el otro, omisión. De la comisión activa la distingue el hecho de que en ella no exista un movimiento corporal que ponga en marcha un curso causal lesivo. De la omisión propia, el que en ella se dé una situación compleja, en la que el sujeto ha asumido previamente el compromiso de actuar a modo de barrera de contención de riesgos concretos que amenazan bienes jurídicos determinados. Este compromiso provoca un efecto de confianza y de abandono, tanto en el sujeto potencialmente afectado, como en terceros potenciales intervinientes. Así, cabe afirmar que concurre un control sobre el proceso causal que es idéntico en el plano normativo —esto es, en el nivel de las estructuras materiales de imputación con el de la comisión activa. Si se permite, entonces, que el riesgo tenga lugar y se realice en el resultado, este último se imputa al omitente. El sujeto no causa activamente el resultado, pero domina la correspondiente relación de riesgo igual que lo hace el autor de una comisión activa.

La omisión impropia tiene, pues, en común con la comisión activa que constituye efectivamente una injerencia en una esfera jurídica ajena. En efecto, el sujeto extiende primero su esfera de organización a aspectos concretos de la esfera de organización de un tercero y luego, cuando dichos aspectos son tenidos —y deben ser tenidos— por “cosa suya”, no adopta las correspondientes medidas de protección. Es importante subrayar, pues, que la sanción de un delito de comisión por omisión no se fundamenta en la lesión del principio de solidaridad, sino en la del principio de autonomía. Sin

embargo, la comisión por omisión tiene en común con la omisión propia que en ella no se da un movimiento corporal que ponga en marcha el curso causal que conduce al resultado. El fundamento del dominio sobre el curso causal lesivo, sobre el riesgo penalmente relevante, no es la causación, sino la asunción concreta de la extensión del propio ámbito de organización a la esfera jurídica ajena. (2006, pp. 471-472)

Finalmente, Gracia Martín plantea la teoría del dominio social como criterio decisivo de identidad, siendo el conjunto de condiciones establecidas por el tipo de lo injusto las que fundamentan una relación específica de dependencia del bien jurídico con respecto a una clase de sujetos, y que además, son determinantes de la posibilidad de actualización del dominio finalista del hecho típico. (1999, p. 146). Igualmente establece Gracia Martín:

... solo puede ser idéntica a la acción la omisión de una acción determinada de la que quepa afirmar que su realización produce en general, con certeza, definitivamente, y sin que sean necesarias ulteriores acciones intermedias, el resultado salvador, o, dicho de otro modo: que produce, de ese modo, la contención del potencial lesivo de la causa fundamental y determinante del resultado. (1999, p. 159)

Una de las teorías más representativas es la *teoría del dominio* sobre el origen del resultado de Schünemann, que según Dopico Gómez-Aller parte de determinada relación entre lo óntico y lo normativo, por lo cual se sitúa entre las

posturas finalistas y las normativistas actuales (2006, p. 372). Para Schünemann, la equiparación entre el tipo comisivo y el omisivo se establece a partir del dominio sobre el fundamento del resultado, establece el fundamento de la punibilidad, en los delitos de resultado, en la imputación del resultado a la persona debido a la relación entre persona y movimiento corporal como causa inmediata del resultado, en consecuencia, la equiparación entre comisión y omisión, sólo puede tener lugar buscando el principio general de imputación, el cual consiste en el dominio sobre la causa de resultado (2009, p. 283-284). Este dominio sobre el fundamento del resultado, se divide, en la concepción de Schünemann, en dos subgrupos: i) el dominio sobre una causa esencial del resultado (donde se encuentran el poder de dominio sobre cosas o actividades peligrosas y el poder de control sobre incapaces) y, ii) el dominio sobre el desvalimiento de la víctima (abarca el desvalimiento connatural y la asunción de la persona desvalida) (2009, p. 409-410).

Finalmente, desde posturas estrictamente *normativistas*, se destacan autores como Jakobs (1996a), quien plantea que no hay necesidad de distinguir entre acción y omisión; y la posición de garantía se fundamenta en la competencia por organización o la competencia institucional. Al respecto establece:

Tanto respecto de la acción como de la omisión se trata de la misma competencia por organización o del mismo "fundamento jurídico especial", esto es, en definitiva, de

la misma institución irrenunciable; por ello, se debe afirmar una completa congruencia de la responsabilidad por acción con la de la omisión. De la misma manera que se puede poner en movimiento un suceso que es riesgoso pero permitido, no habrá que revocarlo, aun en el caso de que sin la propia intervención el suceso amenace con salir del propio ámbito de organización.

[...] El criterio clave es la "competencia", el "ser-competente", ya sea competencia a consecuencia de un status negativo —el deber de no dañar a los demás—, ya sea a consecuencia de un status positivo —el deber de configurar plena o parcialmente un mundo en común—. La separación de acción y omisión afecta a una cuestión técnica de segundo orden, a saber: cómo hay que organizar para cumplir con el deber, partiendo del casual *statu quo* existente. La configuración de la sociedad sin embargo, no se plasma en tales naturalismos (acción/omisión) o en estructuras lógico-materiales ajenas a ella, sino en instituciones (status negativo/status positivo) (pp. 69-70).

También se destaca dentro del normativismo Georg Freund, para quien el problema normativo de la equivalencia de omisión a acción, es una cuestión de determinación de la conducta típica. Al respecto establece:

Si los criterios de conducta típica se derivan de los fundamentos del *ius puniendi*, y si ese *ius puniendi* es idéntico en la sanción de los delitos cometidos por acción y la de los cometidos por omisión, entonces dichos criterios constituirán el verdadero eje de la equivalencia entre comisión activa y omisiva (Citado por Dopico, 2006, p. 482).

Sobre el problema de la equivalencia, Dopico se refiere a Freund de la siguiente manera:

Lo verdaderamente común a todas las modalidades de delito -omisivo" es que se tratan de delitos -basados en dos pilares"; en ellos, el sujeto debe *evitar un daño* a un bien jurídico en virtud de una *responsabilidad especial*. Por ello, estos dos requisitos (los criterios de la conducta típica) constituyen el verdadero elemento común o *tertium comparationis* entre la comisión -activa" y la -omisiva". Donde no se dé el segundo de los elementos, la responsabilidad especial, nos encontraremos, por el contrario, ante un -delito basado en un solo pilar", como la omisión de socorro; y ello, incluso cuando el sujeto haya causado el resultado en sentido físico-natural, como ocurre en las denominadas -emisiones por comisión" (2006, p. 489-490).

Las anteriores posturas sintetizan la evolución que ha tenido la comisión por omisión en derecho penal, oscilando entre posturas ontologistas, como la fundamentada en la causalidad, y las normativistas, planteadas por autores como Jakobs y Freund, quienes establecen esa equiparación en conceptos normativos como la competencia y los criterios de la conducta típica. Además, se hizo relación a algunos autores españoles, como Gimbernat Ordeig, Silva Sánchez y Gracia Martín, cada uno con enfoques diferentes para la equivalencia entre acción y omisión: desestabilización del foco de peligro, identidad estructural y material, y el dominio social correspondientemente. Todas estas teorías ofrecen elementos que sirven de sustento a la problemática principal que se plantea en la comisión por

omisión que, como se ha manifestado, consiste en la identidad entre la respectiva conducta omisiva y el tipo comisivo que consagra el resultado típico que se debería evitar.

Para los eventos que nos ocupan de negación y postergación de servicios de salud, las teorías anteriores permitirán establecer si en esos casos concretos es posible hablar o no de un homicidio o unas lesiones personales en comisión por omisión, no matriculándonos especialmente con una postura dogmática, porque varias de ellas aportan elementos importantes a la hora de analizar casos concretos de negación o postergación y la posibilidad de equipararlos a la conducta activa de homicidio o lesiones, reflexiones que se expondrán en el capítulo tercero. Sin embargo, se hace necesario establecer que la valoración de la comisión por omisión no puede efectuarse con criterios ontológicos, salvo en lo relacionado con el proceso de riesgo que se viene generando para el bien jurídico, pues el criterio de equiparación es estrictamente normativo, exige una valoración por parte del operador jurídico para poder establecer precisamente la identidad entre la no evitación del resultado lesivo y el respectivo tipo comisivo.

4. Comisión por omisión: norma de prohibición o norma de mandato

Un asunto también relevante para comprender la comisión por omisión, que se ha presentado en la evolución sobre la identidad entre el tipo omisivo y el comisivo, consiste en establecer si la omisión impropia está contenida en una norma de prohibición o en una norma de mandato, debido a que asumir una u otra postura implicará consecuencias diversas sobre los presupuestos bajo los cuales una omisión de impedir un resultado cae bajo las prescripciones de un tipo penal comisivo y en su escala penal, esto es, frente a los presupuestos para la equivalencia entre la omisión y la acción, por lo que se hace necesario desde este momento definir cuál es la posición que se adopta. Bacigalupo explica los planteamientos de ambas posturas así:

... a la omisión de impedir un resultado prohibido normalmente se ha considerado aplicable la escala penal correspondiente al delito de comisión. La teoría de la omisión impropia busca, entonces, resolver la cuestión relativa a los presupuestos bajo los cuales una omisión de impedir un resultado cae bajo las prescripciones de un tipo penal de comisión, o bien bajo su escala penal. Esta pregunta ha sido contestada de dos maneras básicas: a) el delito de omisión impropia es la lesión de una norma prohibitiva, la cual al lado de la producción activa del resultado prevé de una manera secundaria un mandato de acción que se dirige a determinadas personas y cuya infracción es presupuesto de la punibilidad; b) la omisión impropia constituye un tipo penal autónomo regido íntegramente por los principios dogmáticos de la omisión impropia, quedando su punibilidad y el bien jurídico protegido como únicos elementos comunes con los delitos de comisión. Estos tipos están al lado de los tipos de comisión. Mientras tanto el mandato y la prohibición se encuentran totalmente

separados entre sí: detrás de un tipo de comisión existirá sólo una norma prohibitiva; detrás de uno de omisión, sólo un mandato de acción será el contenido de la norma. (2005, p. 115)

En este proyecto se asumirá la postura según la cual, la norma que contiene la comisión por omisión es una norma de prohibición, en consecuencia, como lo plantea Gimbernat, la posición de garante será un elemento necesario, mas no suficiente para poderse imputar jurídicamente un resultado (2006, p. 321). Además, al estar contenida la omisión dentro del mismo tipo prohibitivo, permite una visión más restrictiva, acorde con la función del derecho penal de control y límite del poder punitivo, exigiéndose de esa manera la correspondencia entre el actuar y el omitir a partir de cada tipo penal, lo que implica la exigencia del mismo grado de injusto en la omisión impropia y en el tipo comisivo, que en ocasiones, no se logra con la sola consagración de una cláusula general de equiparación en la parte general del Código Penal, en el caso colombiano expresada de forma ambigua, permitiendo interpretaciones extensivas como las presentadas en las teorías formales del deber jurídico, y prescindiendo del criterio de identidad o correspondencia, que no puede prescindirse al contemplar la omisión dentro del mismo tipo comisivo, como norma de prohibición.

Frente a la cláusula de equivalencia, acogemos lo planteado por Terragni, en el sentido de que es mejor referirse al concepto de *correspondencia*, en razón a que

la equivalencia plantea que la omisión tiene igual significado que la acción. Es preferible utilizar el nombre *cláusula de correspondencia*, ya que ilustra mejor el mecanismo en virtud del cual se extiende el tipo y la pena cuando se imputa comisión por omisión, con el fin de cerrar el tipo, que el mero enunciado de la posibilidad de imputación en comisión por omisión deja abierto (2011, pp. 231-232). Lo anterior encuentra respaldo con lo argumentado en este capítulo, debido a que acción y omisión, a pesar de ser comportamientos humanos, no son idénticos, y por ello, cuando hablamos de omisión, específicamente de comisión por omisión, tenemos que hacer referencia a varios elementos diferentes de la conducta comisiva, lo cual se hace precisamente para entablar esa correspondencia que se exige entre el tipo activo con el respectivo comportamiento omisivo.

Con fundamento en lo planteado, para el caso de la negación y postergación de servicios de salud, que no evitan resultados lesivos para los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, tendremos que analizar si en dichos eventos es posible estructurar la correspondencia entre las respectivas conductas pasivas de negación o postergación, con los respectivos tipos comisivos del homicidio o las lesiones personales. Para realizar tal relación se hace necesario reflexionar sobre la salud, cómo es entendida ésta en el ordenamiento jurídico colombiano, cuáles son los principios que rigen la atención en salud y cuál ha sido su desarrollo legal, para efectos de comprender en concreto el funcionamiento del Sistema General

de Seguridad Social en Salud Colombiano, los deberes existentes para quienes se desempeñan dentro del sistema de salud, y posteriormente analizar (capítulo tercero) si estos elementos permiten dar elementos para estructurar la correspondencia entre la negación o postergación del respectivo servicio de salud que deviene en muerte o lesiones personales y el respectivo tipo penal del homicidio o las lesiones personales.

II

SALUD EN RELACIÓN CON LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS)

Al hablar de negación y postergación de servicios en salud, se hace necesario contextualizar el ámbito normativo de la prestación de los servicios en salud, para luego comprender si ese marco juega un papel relevante en la valoración desde el ámbito penal de la comisión por omisión, lo que constituirá el capítulo tercero de esta tesis. En particular, se analizará la comisión por omisión, caracterizada en el capítulo anterior, relacionada con los casos de negación y postergación de servicios de salud que generan consecuencias lesivas para la vida y la integridad personal. Por ello, haremos una descripción general de la salud, desde lo Constitucional y legal, para contextualizar en Colombia cómo se entiende la salud y qué principios rigen la prestación de los servicios de salud.

1. La salud desde la Constitución Política

En materia de Seguridad Social en Salud juegan un papel relevante tres normas constitucionales, a saber:

- *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.*
- *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.*
- *Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las *necesidades insatisfechas de salud*, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable. Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación.*

De los anteriores artículos se puede establecer que en Colombia, la salud se concibe como derecho humano, servicio público obligatorio y necesidad básica insatisfecha de la población.

a. La salud como derecho humano fundamental

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ido evolucionando desde su concepción de la salud como derecho humano social, tutelable sólo en conexidad con un derecho fundamental, hasta tenerlo como derecho fundamental autónomo en determinadas circunstancias. En un primer momento, se evaluaba la procedencia de la acción de tutela en razón de la conexidad con otros derechos fundamentales, el tribunal constitucional encontraba una relación próxima entre la salud y la vida, la cual se resalta debido a que los eventos que estamos trabajando suponen un peligro para la vida o la integridad personal por la negación o postergación de los servicios de salud. Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

El derecho a la salud conforma, en su naturaleza jurídica, un conjunto de elementos que pueden agruparse en dos grandes bloques: el primero, que lo identifica como un predicado inmediato del derecho a la vida, de manera que atentar

contra la salud de las personas equivale a atentar contra su propia vida(Sentencia T-484 de 1992).

La Corte Constitucional en la sentencia T-760 de 2008 sintetiza lo que ha sido la evolución del derecho a la salud, a partir de las diversas formas en que ha sido reconocido:

El derecho a la salud es un derecho fundamental que ha sido reconocido por la Corte Constitucional de tres maneras. La primera ha sido estableciendo su conexidad con la vida, la integridad personal y la dignidad humana, lo que admite su tutelabilidad; la segunda ha sido reconociendo su naturaleza fundamental cuando el tutelante es un sujeto de protección especial; y por último es afirmando la fundamentalidad del derecho a la salud en un ámbito básico, lo cual coincide con los servicios protegidos por la constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

A su vez, la Corte Constitucional ha establecido los eventos en que procede la tutelabilidad del derecho a la salud, a pesar de su consagración positiva como derecho social. Desde ese punto de vista, el tribunal constitucional ha manifestado:

En relación con la protección del derecho constitucional fundamental a la salud mediante acción de tutela, ha expresado la Corporación que la salud no es un

derecho fundamental cuya protección se pueda brindar *prima facie* por vía de tutela. La implementación práctica de este derecho implica no desconocer su faceta prestacional, asunto éste, que obliga al Estado a racionalizar la asignación de inversión suficiente para que la eficacia de este derecho tenga un alcance integral, frente a la necesidad de sostenimiento que tiene también la puesta en vigencia de otros derechos. Y esto dentro de un contexto de recursos escasos como el colombiano.

De otra parte, al igual que numerosos enunciados normativos de derechos constitucionales, el derecho a la salud tiene la estructura normativa de principio — mandato de optimización— y, en esa medida, tiene una doble indeterminación, normativa y estructural, la cual debe ser precisada por el intérprete, por ejemplo, mediante la determinación de las prestaciones que lo definen. En este contexto, es preciso tanto racionalizar su prestación satisfactoria a cargo de los recursos que conforman el sistema de salud en Colombia, como determinar en qué casos su protección es viable mediante tutela.

Justo en esa misma línea argumentativa, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que el amparo por vía de tutela del derecho fundamental a la salud procede cuando se trata de: (i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido

del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.

A su turno, la urgencia de la protección del derecho a la salud se puede dar en razón a, por un lado, que se trate de un sujeto de especial protección constitucional (menores, población carcelaria, tercera edad, pacientes que padecen enfermedades catastróficas, entre otros), o por otro, que se trate de una situación en la que se puedan presentar argumentos válidos y suficientes de relevancia constitucional, que permitan concluir que la falta de garantía del derecho a la salud implica un desmedro o amenaza de otros derechos fundamentales de la persona, o un evento manifiestamente contrario a lo que ha de ser la protección del derecho constitucional fundamental a la salud dentro de un Estado Social y Constitucional de Derecho. Así, el derecho a la salud debe ser protegido por el juez de tutela cuando se verifiquen los criterios mencionados con antelación (Sentencia T-216 de 2008).

Para los propósitos de esta investigación no es necesario discutir sobre la salud como derecho fundamental autónomo o derecho fundamental sólo cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales autónomos como la vida, la integridad personal o la dignidad humana. En el contexto de negaciones o postergaciones de servicios de salud, donde no prestar el servicio respectivo o postergarlo, deviene en resultados típicos como muerte o daños en el cuerpo o en la salud, estaremos siempre frente a la salud como derecho fundamental autónomo, pues nos encontramos con situaciones urgentes que ponen en riesgo otros derechos fundamentales, específicamente la vida y la integridad personal.

En consecuencia, la no garantía de la salud devendría en la lesión de estos, no siendo necesario fundamentar conexidad con otros derechos fundamentales para poder estructurar la salud como derecho fundamental, en los eventos de negación y postergación de servicios de salud y su análisis desde la comisión por omisión de los delitos de homicidio o lesiones personales, esa relación siempre está presente.

Con fundamento en lo anterior, se puede establecer que en los eventos de negación y postergación de servicios de salud, en los que *ex ante* se aprecia una situación de peligro para bienes jurídicos como la vida y la integridad personal, la salud se entiende como derecho fundamental de las personas que corren el riesgo para su vida o integridad personal, haciendo que su protección sea de carácter urgente.

b. La salud como servicio público esencial

Desde los planteamientos constitucionales, la salud también se concibe como la prestación de un servicio público de carácter esencial. La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha destacado las implicaciones que se generan de un servicio público, dentro de las cuales destaca precisamente el cumplimiento de los fines

estatales establecidos en el artículo 2º de la Constitución⁶. Sobre el particular, expresó la Corte:

[...] la salud tiene una doble connotación: derecho constitucional fundamental y servicio público. En tal sentido todos los ciudadanos deben tener acceso al servicio de salud y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación. Dicha facultad constitucional otorgada a los entes estatales y a los particulares comprometidos con la prestación del servicio de salud está estrechamente relacionada con los fines mismos del Estado Social de Derecho y con los propósitos consagrados en el artículo 2º Superior. (Sentencia T-058 de 2011)

Sin embargo, es necesario tener en cuenta que la Corte Constitucional ha ido mucho más allá de catalogar el servicio de salud como un servicio público: la jurisprudencia constitucional ha señalado que se trata de un servicio público de carácter esencial. Como tal, ha sido comprendido como una especie de servicio público, que se caracteriza por las actividades que desarrolla y su no interrupción. De esta forma, el tribunal constitucional, ha establecido los criterios que permiten identificar una actividad como servicio público esencial:

⁶ Establece el artículo segundo de la Constitución Política de Colombia: 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.

La Corte ha venido precisando una serie de criterios para identificar cuándo la actividad corresponde a un servicio público esencial:

(i) El carácter esencial de un servicio público se predica, cuando las actividades que lo conforman contribuyen de modo directo y concreto a la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales.

(ii) La esencialidad del servicio no debe considerarse exclusivamente por el servicio mismo, esto es, por su naturaleza intrínseca, ni por la importancia de la actividad industrial, comercial o prestacional en la economía global del país y consecuentemente en relación con la magnitud del perjuicio que para ésta representa su interrupción por la huelga. En este sentido, la Corte Constitucional ha acogido el criterio de la Organización Internacional del trabajo para la determinación del contenido esencial del servicio público de acuerdo con el cual es fundamental analizar si la interrupción del mismo pueda poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de la población.

(iii) El concepto de servicios públicos esenciales necesariamente comporta una ponderación de valores e intereses que se suscita entre los trabajadores que invocan su derecho a la huelga y los sacrificios válidos que se pueden imponer a los usuarios de los servicios.

(iv) El concepto de servicio público ha sido objeto de un permanente desarrollo ligado a la constante evolución de la situación política, económica y social del mismo Estado.

Por lo anterior, la determinación de si un servicio público es esencial debe tener en cuenta los siguientes factores: si contribuye de modo directo y concreto al respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos y libertades fundamentales; si su interrupción puede ocasionar grave perjuicio a una parte de la población; si prevalecen los derechos garantizados mediante la prestación del servicio sobre el ejercicio del derecho de huelga en el caso concreto; y la situación política económica y social del Estado. (Sentencia C-122 de 2012)

Teniendo en cuenta las características de las actividades que constituirían servicio público de carácter esencial, la Corte Constitucional estableció la salud como uno de esos servicios esenciales (Sentencia T-423 de 1996). Igualmente, el máximo tribunal constitucional ha considerado que la seguridad social en salud constituye un servicio público inherente a la finalidad social del Estado (Sentencia C-331 de 2003), lo cual sintetiza lo que habíamos planteado en los párrafos previos.

c. La salud como necesidad básica insatisfecha

Finalmente, un criterio para poder establecer la salud como servicio público esencial ha sido que ésta constituye una necesidad básica insatisfecha de la población, acorde con el artículo 366 de la Constitución. Por ello, ha expresado la Corte Constitucional que:

Es de la esencia de la filosofía política que inspira al Estado Social de Derecho la de asegurar, como cometido básico de éste, inherente a su finalidad social, la atención y satisfacción de las necesidades insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, y otras, que aseguren el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida, con el fin de hacer efectiva la igualdad material entre todos los integrantes de la comunidad. De este modo, la realización y la eficacia sustantiva del Estado Social de Derecho se mide por la capacidad de éste para satisfacer, a través de la presentación de los servicios públicos, las necesidades vitales de la población, mediante el suministro de concretas prestaciones que tiendan a ello y, consecuentemente, de lograr por esta vía la igualdad de las condiciones materiales de existencia de las persona. (Sentencias C-450 de 1995 y C-715 de 2008)

El concepto de necesidades ha sido trabajado básicamente desde la economía bajo un enfoque tradicional referido a la carencia de algo. Sin embargo, se han presentado teorías diferentes a las tradicionales, caracterizadas por un enfoque de desarrollo humano, más acordes con los planteamientos constitucionales de la

salud que hemos esbozado. Dentro de ese enfoque se destaca el premio nobel alternativo de economía, Manfred Max-Neef (1998), quien ha planteado que la necesidad revela el ser de las personas, ya que aquél se hace palpable a través de ésta en su doble condición existencial: *como carencia y como potencialidad*. Como carencia hace referencia al ámbito fisiológico, donde la necesidad asume la sensación de falta de algo. Y como potencialidad, las necesidades comprometen, motivan y movilizan a las personas (pp. 49-50). La salud, como necesidad, estaría dentro de las macronecesidades de subsistencia y protección; y la satisfacción de ésta se daría por medio de satisfactores como el Sistema de Seguridad Social y los seguros (Max-Neef, 1998, p. 58). Por lo tanto, se puede establecer que el Sistema General de Seguridad Social en Salud propende por la satisfacción de una necesidad humana básica e insatisfecha, fundamental para el desarrollo humano, la salud.

Para efectos de esta investigación, cuando hacemos referencia a la negación y postergación de servicios de salud con consecuencias para la vida o la integridad personal, se debe tener en cuenta el sentido constitucional dado a la salud, esto es, que estamos frente a un derecho humano fundamental y social, un servicio público de carácter obligatorio y esencial, y una necesidad humana básica insatisfecha. Y en las circunstancias concretas de la negación o postergación de servicios de salud, se resalta precisamente esta caracterización, debido a que se aprecia su fundamentabilidad como derecho y su esencialidad como servicio, al

estar en peligro derechos y bienes jurídicos como la vida y la integridad, precisamente por no satisfacerse esa necesidad al no prestarse o postergarse el correspondiente servicio debido.

2. Desarrollo legal de los postulados constitucionales

El desarrollo que han tenido los postulados constitucionales de la salud se han presentado básicamente en las siguientes normas: Ley 100 de 1993, que regula el Sistema de Seguridad Social Integral; la Ley 1438 de 2011, que reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud; la Ley 23 de 1981 conocida como el Código de ética médica; el Decreto 1011 de 2006 que establece el Sistema Obligatorio de Garantía de calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud; y la Resolución 13437 de 1991 que consagra los derechos de los pacientes. Estas normas establecen los principios que orientan la prestación de servicios en salud, de los cuales se hará referencia a los más relevantes, directamente relacionados con la negación y postergación de servicios⁷.

⁷ Cfr. Anexo.

a. Principio de accesibilidad

El primer principio que se ve afectado por la negación o postergación de servicios de salud es la accesibilidad, precisamente porque se priva al paciente de la posibilidad de utilizar los servicios de salud. Respecto a este principio, la Corte Constitucional estableció que se trata de un elemento esencial del derecho a la salud:

[...] la Corporación ha recurrido en diversas oportunidades a la ya referida Observación General Número 14 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU (Comité DESC). En el párrafo 12 de este documento, el Comité DESC expresó que los elementos esenciales del derecho a la salud, son la *accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad*. Sobre el primero de ellos, de acuerdo con la observación, deben tenerse presentes los siguientes lineamientos:

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas,

las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

[...] La accesibilidad, sin embargo, es un presupuesto mínimo para el goce del derecho a la salud para toda la población. (Sentencia T-1087 de 2007)

El evento donde más claro se ve vulnerado este principio lo constituye la negación de los respectivos servicios de salud debido a que, en este caso en

concreto, la persona no alcanza a utilizar los servicios, lo que posteriormente le genera la muerte o un daño en su cuerpo o en la salud. Mientras que en el evento de la postergación, igualmente se vulnera el principio, pero no de forma inmediata, como sucede con la negación, porque en esta situación la persona alcanza a utilizar el servicio, sólo que esa accesibilidad se le limita posteriormente, al retardarse el respectivo servicio, debido a que el tratamiento a seguir se posterga en el tiempo, ameritando un tratamiento más oportuno, pero que al final de cuentas representará la imposibilidad de utilizar los servicios de salud, esto es, la falta de accesibilidad.

b. Principio de integralidad

El principio de integralidad es otro de los principios que regulan la atención en salud. Sobre este principio, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido:

Existen dos perspectivas desde las cuales la Corte Constitucional ha desarrollado el principio de integridad de la garantía del derecho la salud. Una relativa a la integralidad del concepto mismo de salud, que llama la atención sobre las distintas dimensiones que tienen las necesidades de las personas en materia de salud, valga decir necesidades preventivas, educativas, informativas, fisiológicas, psicológicas,

entre otras. Otra perspectiva, que interesa particularmente en el presente caso, es la que da cuenta de la necesidad de proteger el derecho fundamental a la salud de manera tal que todas las prestaciones requeridas por una persona en determinada condición de salud, sean garantizadas de manera efectiva. Esto es, que la protección sea integral en relación con todo aquello que sea necesario para conjurar la situación particular de un(a) paciente; luego, que las órdenes de los jueces de tutela permitan esta modalidad de garantía. Cabe concluir entonces, que el principio de integridad (o principio de integralidad) corresponde a un contenido de la directriz general de prestación del servicio de salud con exigencias concretas de calidad. El principio de integridad puede definirse en general como la obligación, en cabeza de las autoridades que prestan el servicio de salud en Colombia, de suministrar los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, seguimiento y demás requerimientos que un médico tratante considere necesarios, para atender el estado de salud de un(a) afiliado(a); con límite únicamente en el contenido de las normas legales que regulan la prestación del servicio de seguridad social en salud y su respectiva interpretación constitucional. (Sentencia T-1081 de 2007)

Posteriormente, la Corte, reconoció la vulneración de este principio en eventos como la fragmentación de los servicios de salud. Al respecto, la Corporación mencionó:

El principio de integralidad ha sido postulado por la Corte Constitucional ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados o separados, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para recuperar su salud y lo obliga a costearse por sí

mismo la otra parte del servicio médico requerido. Esta situación de fraccionamiento del servicio tiene diversas manifestaciones en razón al interés que tiene la entidad responsable en eludir un costo que a su juicio no le corresponde asumir.

Este principio ha sido desarrollado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional con base en diferentes normas legales y se refiere a la atención y el tratamiento completo a que tienen derecho los usuarios del sistema de seguridad social en salud, según lo prescrito por el médico tratante. Al respecto ha dicho la Corte que [...]la atención y el tratamiento a que tienen derecho los pertenecientes al sistema de seguridad social en salud cuyo estado de enfermedad esté afectando su integridad personal o su vida en condiciones dignas, son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes para el diagnóstico y el seguimiento, así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones; y en tal dimensión, debe ser proporcionado a sus afiliados por las entidades encargadas de prestar el servicio público de la seguridad social en salud. (Sentencia T-760 de 2008)

En relación con el asunto que nos ocupa, el principio de integralidad se ve afectado directamente por la postergación de servicios de salud, debido a que la condición de salud de la persona no se garantiza de forma efectiva, precisamente porque la postergación implica que el tratamiento se deja a medias, no es integral, no es completo, y la persona queda a la espera precisamente de esa atención integral, sólo que en ese intervalo de espera que genera la postergación del

servicio la persona muere o sufre lesiones. En el caso de la negación de servicios, también se desconoce este principio, en el sentido de que ninguna prestación de las requeridas por la persona es atendida, o le son negadas prescripciones médicas, sin otorgar alternativa alguna. La negación se evidencia, en la práctica, en situaciones como la fragmentación de servicios, donde sólo se autoriza una parte de lo necesario para recuperar la salud, mientras que la otra es precisamente negada.

c. Principio de Continuidad

Otro de los principios, relacionado con la negación y la postergación de los servicios de salud lo constituye la continuidad. Sobre este principio, la Corte Constitucional se ha manifestado de la siguiente manera:

Esta Corporación ha sostenido que el servicio de salud debe ser considerado como un servicio público esencial, y que a partir del principio de eficiencia, hace parte integral del mismo, el principio de continuidad, entendido como la imposibilidad de que las entidades que tienen a su cargo la prestación del servicio de salud, lo interrumpan de manera súbita o intempestiva, sin que exista una justificación constitucionalmente admisible y siempre y cuando se vean afectados los derechos fundamentales a la vida digna, salud o integridad personal. La mencionada interrupción del servicio no sólo ocurre cuando la entidad prestadora desvincula de

manera definitiva al afiliado, estando en curso un tratamiento médico, sino también cuando aun estando vinculado a la E.P.S., deja de suministrar un tratamiento, procedimiento, medicamento o diagnóstico, entre otros, con fundamento en razones de naturaleza contractual, legal o administrativo, evento en el que el juez constitucional debe intervenir, con el fin de restablecer los derechos fundamentales vulnerados. (Sentencia T-649 de 2008)

Además de los eventos ejemplificados por la Corte sobre la vulneración del principio de continuidad, tales como la desvinculación o no suministro de medicamentos o diagnósticos; lo que constituiría una negación, el tribunal constitucional ha manifestado también los elementos que sustentan dicho principio y los eventos que no justifican la interrupción del servicio:

La Corte Constitucional en varias ocasiones se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación continua, permanente y sin interrupciones de los servicios médicos y de recuperación de la salud. Sobre el tema, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que las entidades públicas y privadas que prestan el servicio público de salud no pueden abstenerse legítimamente de su obligación constitucional y legal de procurar la conservación, recuperación y mejoramiento del estado de sus usuarios, así como tampoco del suministro continuo y permanente de los tratamientos médicos ya iniciados.

Esta Corporación ha desarrollado dos criterios sobre los cuales descansa el derecho a la continuidad en la prestación de los tratamientos médicos en curso, a

saber: (i) la necesidad del paciente de recibir tales servicios, y (ii) los principios de la buena fe y la confianza legítima. Igualmente, en sentencia T-765 de 2008, señaló que en desarrollo de esos criterios, existen ciertos supuestos básicos bajo los cuales no es admisible constitucionalmente que una entidad que presta servicios de salud se abstenga de suministrarlos de manera continua, permanente y oportuna. Ellos son: (i) que los servicios médicos hayan sido ordenados por el médico tratante adscrito a la entidad en cuestión; (ii) que exista un tratamiento médico en curso, es decir, iniciado con anterioridad a la suspensión del servicio; y (iii) que el mismo médico tratante haya indicado la necesidad de continuar con la prestación de la atención médica requerida por el paciente. (Sentencia T-158 de 2010)

Sobre la persistencia de este principio, es decir, hasta dónde llega la continuidad en relación con la atención en salud, la Corte Constitucional expresó:

La Corte Constitucional ha considerado que las entidades prestadoras de salud que se encuentren proporcionando un determinado tratamiento médico a un paciente, deben garantizar su culminación, incluso con cargo a sus propios recursos en lo cubierto por el POS. La jurisprudencia constitucional ha señalado de forma reiterada, que dichas entidades únicamente pueden sustraerse de la aludida obligación cuando: (i) el servicio médico que se viene suministrando haya sido asumido y prestado de manera efectiva por una nueva entidad o; (ii) la persona recupere el estado de salud respecto de la enfermedad por la cual se le venía tratando. (Sentencia T-281 de 2011)

Para el caso concreto de la negación y postergación de servicios y respecto al principio de la continuidad nos encontramos frente al fenómeno de la negación de servicios en los eventos que la atención se interrumpe definitivamente. Mientras que será postergación cuando ésta se retrasa o atrasa sin justificaciones médicas que lo ameriten.

3. Ley de ética médica y derecho a la salud

Dentro del desarrollo legal del derecho a la salud, es importante hacer referencia a la Ley de 23 de 1981, la cual establece principios como el de beneficencia, el cual implica hacer todo lo posible por el bienestar del paciente⁸. Es importante señalar el Decreto 3380 del mismo año, el cual se encarga de desarrollarla, y que en el artículo 3º hace referencia a la responsabilidad médica en los casos de emergencia o urgencia. Esta norma establece:

Artículo 3o. Para señalar la responsabilidad médica frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o integridad de la persona y que requiera atención inmediata de acuerdo con el dictamen médico.

⁸Establece el juramento médico: ~~Prometo~~ solemnemente: [...] Velar solícitamente y ante todo, por la salud de mi paciente”.

En los eventos de negación y postergación de servicios de salud, estas normas juegan un papel relevante al señalar los aspectos éticos, además de los jurídicos, que debe valorar el médico a la hora de tomar la decisión respecto de dar la atención o prestar el correspondiente servicio. Y como quedó planteado con la jurisprudencia que desarrolla los principios, estamos en casos de emergencia o urgencia, en razón a la hipótesis es la producción de resultados lesivos para la vida o la integridad. Por ello, planteamos en la negación y postergación de servicios de salud, la concreción del carácter fundamental de la salud como derecho y la esencialidad de la misma como servicio público.

En cuanto a los derechos del paciente, la Resolución 1347 de 1991, que expidió el decálogo de sus derechos, fue catalogado por la Corte Constitucional como un desarrollo del artículo 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual toda persona tiene derecho a la asistencia médica. Igualmente, la Corte Constitucional establece como responsabilidad profesional, proteger el bienestar del paciente y minimizar los riesgos globales de sus terapias (Sentencia T-548 de 1992). En relación con la negación y postergación de servicios de salud, los derechos del paciente se ven vulnerados cuando la no prestación del servicio se da sin fundamentos médicos, sólo obedeciendo a criterios administrativos y financieros. Al respecto, la Corte Constitucional estableció en la sentencia T-635 de 2001, que:

Cuando una E.P.S., en razón a trámites burocráticos y administrativos tales como el vencimiento de un contrato con una I.P.S., demora la prestación del servicio de salud requerido por una persona que padece una enfermedad catastrófica, vulnera el derecho a la vida de ésta. Solamente razones estrictamente médicas justifican que se retrase la prestación del servicio de salud a personas.

En resumen, la demora en la prestación del servicio médico asistencial originada en trámites administrativos o presupuestales desconoce abiertamente los derechos de los pacientes, pues prolonga en el tiempo sus padecimientos, agravando su estado de salud y, de contera, vulnerando sus derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida en condiciones de dignidad.

Estos principios que desarrollan los postulados constitucionales, hacen especial énfasis en la prestación del servicio de salud, que ante la negación o postergación de los mismos, estando en riesgo la vida o la integridad, implicaría garantizar la atención, lo cual, en el evento que hemos planteado no se presentaría, deviniendo el resultado típico de muerte o daños en el cuerpo o en la salud como consecuencia de esa negación o postergación y consecuentemente la reflexión penal por esos resultados típicos desde la comisión por omisión.

La pregunta que surge luego de desarrollar, en términos generales, el marco normativo que regula la prestación de los servicios de salud, consiste en si estas normas influyen o no en la atribución de responsabilidad penal, para el médico o

administrador, que niega o posterga el servicio de salud, produciéndose finalmente el resultado *muerte* o *lesiones personales* para la persona que no recibió la atención. En concreto, se trata de determinar si estos elementos se tienen en cuenta para la estructuración del injusto típico de homicidio o lesiones personales en comisión por omisión, cuestión que se desarrollará en el siguiente capítulo.

III

RESPONSABILIDAD PENAL POR NEGACIÓN Y POSTERGACIÓN DE SERVICIOS DE SALUD

Las situaciones de desatención médica y sus consecuencias no constituyen fenómenos en absoluto inusuales en nuestra realidad cotidiana. En efecto, con cierta frecuencia los medios de comunicación hacen pública la noticia de que un enfermo ha fallecido debido a la falta de atención médica. Imaginemos que tal asistencia fuera posible y ofreciera a priori, esto es, desde la perspectiva ex ante, garantías de eficacia. En casos así, ¿responde el facultativo por homicidio en comisión por omisión, tan sólo por omisión del deber de socorro, o incluso ni siquiera esto último?

Silva Sánchez, 2004, p. 63.

Luego de haber presentado el marco normativo del sistema de salud, en el presente capítulo se presentará una propuesta de cómo vincular la normatividad del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con la dogmática de la comisión por omisión. Desde este mismo instante, se quiere hacer la aclaración de que no se trata de justificar o volver a un esquema formal como las teorías del deber, como se apreciará en el desarrollo de la presente sección; estos deberes,

en concepto del autor, no fundamentan la comisión por omisión por sí mismos, no bastan para configurar el injusto, no generan correspondencia con el respectivo tipo penal comisivo *per se*; pero sí constituyen criterios importantes que deben tenerse en cuenta para establecer la posición de garante, en el sentido de que axiológicamente lo esperado, en las situaciones de riesgo para la vida y la integridad personal, es la prestación del servicio de salud, no su negativa o postergación. Por lo que el marco normativo indica la existencia de deberes específicos, que en la negación y postergación de servicios de salud, determinaran si es posible hablar de una acción esperada en garantía de los bienes jurídicamente tutelados o protegidos de la vida o la integridad personal.

1. Relación del marco jurídico con los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal

El marco jurídico desarrollado es importante porque permite apreciar la proximidad frente a los bienes jurídicos tutelados de la vida y la integridad personal. Lo anterior con fundamento en que la obligatoriedad para prestar el servicio de salud, esto es, para no negarlo o postergarlo, se hace más contundente cuando está en riesgo la vida o la integridad personal, por la proximidad de la salud con tales bienes jurídicos. Por eso inicialmente la

tutelabilidad del derecho a la salud se realizaba por su conexidad con la vida y la integridad personal.

Además, coincide la situación de riesgo para los bienes jurídicos a la vida y la integridad personal, con la posibilidad de protección de la salud como derecho fundamental, porque estamos frente a situaciones de carácter *urgente*. Esto es, se trata de procesos de riesgo, que valorados *ex ante* suponen una situación de peligro para la vida o la integridad personal, lo que en términos constitucionales indica la protección del derecho a la salud como fundamental por estar en amenaza otros derechos fundamentales. Mientras que en derecho penal dicha situación de urgencia nos indica la situación de peligro para el bien jurídico y el deber de actuar frente a ese riesgo por parte de los profesionales en las conductas típicas omisivas.

Como se estableció en el primer capítulo, debemos recordar que los tipos penales en comisión por omisión, tienen como elemento la situación de peligro previa para los bienes jurídicos:

El tipo de estos delitos [*se refiere a los delitos de comisión por omisión*] tiene varias partes:

a) Una de ellas es la situación de peligro, elemento que debe ser calificado como objetivo, ya que un observador externo puede advertirlo. Es una porción del suceso (*factum*) que –al contrario de lo que ocurre en las figuras de pura omisión– no está

descrito en sus detalles por la ley, sino que la única referencia que ésta aporta es el resultado... (Terragni, 2011, p. 189-190)

Así como para la omisión es relevante el concepto de peligro para el bien jurídico, desde una perspectiva *ex ante*, también lo es la acción indicada, en el caso concreto, la posibilidad de apreciar que la atención en salud sería lo apropiado para evitar las lesiones personales o la muerte como consecuencia del proceso de riesgo que se viene generando. De esta manera, Silva Sánchez plantea: “Por acción indicada hay que entender una conducta que, desde una perspectiva *ex ante*, se estima objetivamente apropiada –más aún, necesaria– para la evitación del resultado lesivo del bien jurídico mediante una prestación positiva” (2006, p. 361). Esa prestación positiva nos viene indicada *ex ante* por el marco normativo referenciado, precisamente porque los principios establecen la obligatoriedad de la atención en salud, máxime cuando se encuentra en riesgo la vida o la integridad personal, por ello el carácter de esencialidad del servicio de salud, pues su suspensión puede poner en riesgo la vida o la integridad personal, de ahí que la acción valorada como indicada sea la prestación o la continuidad, no su negativa o retraso.

Fuera de lo anterior, debemos tener en cuenta al hablar de comisión por omisión, que entre bien jurídico y omitente existe una vinculación especial, porque quien omite debe evitar la producción del resultado, el bien jurídico se encuentra

bajo su guarda o tiene deberes de protección frente al mismo; en otros términos, debe garantizar la integridad o indemnidad del bien jurídico que está puesto en peligro o que ha resultado lesionado. Al respecto Gimbernat Ordeig plantea:

[...] segundo criterio diferenciador entre omisión propia y la impropia: en la primera el omitente no tendría ninguna vinculación especial con los bienes jurídicos que pueden resultar lesionados (es una persona cualquiera), mientras que en la segunda garantizaría frente a la comunidad la integridad del bien jurídico que resulta puesto en peligro o lesionado (es garante) (2003, p. 321).

Esa característica de los delitos de comisión por omisión, para el caso concreto, también se advierte a partir del marco jurídico referenciado, en el sentido de que se instauró un servicio público de carácter esencial, para resolver una necesidad básica insatisfecha que responde a la atención de un derecho humano, la salud; el cual se encuentra en relación directa con la vida y la integridad personal, derechos humanos fundamentales. Por ello, se crea un sistema de aseguramiento y se dispone de la prestación de ese servicio para garantizar precisamente la vida y la integridad personal, a través del cuidado y la atención en salud.

En consecuencia, no puede desconocerse esa finalidad que tiene el servicio de salud, cuya ejecución se lleva a cabo a través de personas, que tienen unas competencias y roles asignados, que los sitúa en una relación estrecha con estos fines y propósitos, especialmente la protección de la vida y la integridad personal.

Con fundamento en los planteamientos anteriores se aprecia que para poder definir *ex ante* la situación de peligro para la vida o la integridad personal, a partir de la negación o postergación de servicios de salud, el marco normativo planteado es de gran utilidad para que el operador jurídico, como observador imparcial, pueda realizar la valoración sobre la situación de riesgo o peligro como elemento necesario para la configuración de la situación típica en los delitos de comisión por omisión. Y, además, establece la vinculación especial entre sujeto y bien jurídico, esto es, el sujeto activo debe garantizar frente a la comunidad, mediante la prestación del servicio de salud, la integridad del bien jurídico en peligro o lesionado.

2. La acción debida y personas competentes para decidir en la negación y postergación de servicios de salud

Desde las teorías formales hasta las normativas, es importante establecer el contexto donde se presenta la comisión por omisión. En eventos como la negación y postergación de servicios de salud, ese contexto, desde lo normativo, está determinado por el marco jurídico que regula la prestación de los servicios, el cual otorga criterios de valoración para determinar elementos que constituyen el tipo penal de la omisión impropia, como lo es la acción debida y la posición de garante.

Ese marco indica cuál es la acción esperada o debida, aquella que precisamente no se realizó. Es decir, en un primer momento, estos principios y normas permiten establecer si estamos o no ante una posible conducta omisiva de quien toma una decisión de negación o postergación de servicios de salud, debido a que permiten valorar si la acción esperada era la prestación o la continuidad del servicio, a partir de los criterios que se establecieron y que regulan la atención en salud.

En las diferentes teorías sobre la comisión por omisión, sin importar donde se ubique categóricamente la posición de garante, en relación con la causalidad, en la antijuridicidad o en la acción típica, todas ellas hacen referencia a una acción esperada o a la existencia de un deber. Para poder saber cuáles son esos deberes o cuál sería la acción esperada, el marco jurídico referenciado, hace explícito el deber de prestar el servicio público y esencial de la salud, como derecho fundamental exigible por las personas en los casos de negación y postergación de esos servicios.

Como lo establece Kaufmann (2006), el problema de la omisión impropia, más que un problema dogmático, es un problema axiológico (pp. 282-283), para el cual es relevante conocer los principios que regulan la atención en salud, en relación con los resultados típicos de muerte o lesiones personales, que podrán suministrar elementos para realizar el juicio de adecuación típica en el caso concreto. Por ello

se expresó que desde lo formal, el ordenamiento jurídico constituye una fuente imprescindible para comprender el contexto de la atención en salud y poder determinar cuál es la acción esperada en caso de que alguien, con riesgo para su vida o su integridad personal, demande este tipo de atención.

En consecuencia, se puede establecer que la caracterización normativa del capítulo anterior nos sitúa en un plano normativo-social, esto es, determina funciones sociales habituales para ciertas personas en relación con los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal a través de la atención en salud, estableciéndose ésta (la salud) como derecho humano, servicio público de carácter esencial y necesidad básica insatisfecha, que se debe otorgar según criterios de accesibilidad, integralidad, continuidad y oportunidad.

A partir de ese contexto normativo-social se valora igualmente, desde una perspectiva *ex ante*, el riesgo para los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal, con la posibilidad de establecerse en un primer momento, si la persona en quien recaen los deberes que surgen de la regulación en salud debía ejecutar una acción que controlara o disminuyera el riesgo, además, si la correspondiente negativa o postergación, impacta en relación con el proceso de riesgo que se viene presentando. Y posteriormente, establecer si la correspondiente omisión, aumenta las posibilidades de que se concrete el resultado muerte o lesiones personales.

Para una mejor comprensión de las implicaciones del sistema de salud en nuestro contexto normativo-social, es necesario hacer referencia a las teorías funcionalistas, concretamente a la postura de Jakobs, debido a que su propuesta permite comprender la atención en salud como parte del sistema de seguridad social general; y en consecuencia el fenómeno de la negación o postergación de servicios de salud, al desarrollar elementos como el principio de confianza y la competencia institucional. Sin que se pretenda dar una respuesta fundamentada únicamente en las posturas normativistas radicales.

La propuesta de Jakobs permite visualizar el problema de la atención en salud de forma más clara, dada la complejidad social actual, haciéndose necesario describir algunos de sus principales postulados. A partir de la configuración social, Jakobs distingue una competencia por organización y una competencia institucional. Para el caso de la negación y postergación de servicios de salud, estaríamos haciendo referencia a la competencia institucional que, como explica el autor, hace referencia a deberes que no resultan del estatus especial de todo ciudadano, sino que afectan tan sólo a personas con una calidad específica o, relacionados con instituciones para la formación de un mundo común, de donde surgen deberes para quien ostenta esa competencia (1994, p. 37 y 1996a, p. 53).

Sobre la competencia institucional, explica Jacobo Dopico Gómez-Aller (2006) que en la postura de Jakobs existen instituciones de importancia básica para la constitución social que hacen a la persona competente por un suceso lesivo (p. 460). En términos muy generales, Jakobs distingue dentro de la competencia institucional, el cumplimiento de una relación de garantía preexistente, gobernada por una estructura organizativa, caso en el cual es la estructura organizativa (administración pública, hospital, etc.) la que genera la confianza, y la que asigna al obligado la realización de la tarea objeto de la confianza (Dopico, 2006, pp. 462-463).

Como se puede apreciar, competencia institucional y confianza, son conceptos que van de la mano, debido a que la estructura tiene unas competencias que son fundamento de su creación y obligan a quienes en ella se desempeñan a acatar esas tareas. Para el caso concreto de la atención en salud, se crea un sistema general de protección social, que como su nombre lo indica tiene un marco regulatorio enfocado a proteger a las personas, en el caso de la salud, generando la confianza o seguridad de que el sistema otorgará los respectivos servicios necesarios para impedir la muerte o lesiones producto de una lesión o enfermedad.

Sobre el principio de confianza Feijóo (2000) ha expresado que no es mera concepción colectiva causal, sino un principio básico del ordenamiento jurídico,

que puede ser de utilidad como criterio normativo de imputación, criterio interpretativo o principio general. De tal manera que en un Estado de derecho no impera el principio de desconfianza, sino que se parte como principio de que los otros respetarán las normas que regulan los contactos sociales (p. 38-39). Igualmente, ha establecido Jakobs:

... la confianza se dirige a que una determinada situación existente haya sido preparada de modo correcto por parte de un tercero, de manera que quien haga uso de ella, el potencial autor, si cumple con sus deberes, no ocasiona daño alguno. (1996c, p. 30)

El principio de confianza implica en consecuencia que los pacientes o usuarios del sistema de salud, esperaran que los demás que participan en él (aseguradoras, prestadores, médicos) actúen de acuerdo con los mandatos legales, dentro de su competencia, esto es, que en caso de riesgo para la vida o la integridad personal, garanticen la salud como derecho fundamental, otorguen el respectivo servicio sin negarlo o suspenderlo, menos en caso de urgencia.

Es por lo anterior, que la prestación de servicios de salud bajo un Sistema de Seguridad Social, constituido como servicio público, obligatorio y de carácter esencial, implica la configuración de un mundo común, desarrollándose una institucionalidad que desde lo normativo rodea de garantías a los ciudadanos con

la finalidad de generar confianza en la atención de un derecho: la salud, directamente relacionado con los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal.

Por lo anterior, principios como la accesibilidad, continuidad, integralidad, constituyen deberes que rodean las competencias institucionales. En consecuencia, la estructuración de un Sistema General de Seguridad Social en Salud, gobernado por esos principios, hace confiar en que éste cumplirá con los fines para los cuales fue creado, y que ante una problemática de salud, como una urgencia vital, se prestará el servicio correspondiente.

La importancia de la postura funcionalista consiste en permitir apreciar como desde lo normativo, el sistema está diseñado para garantizar el acceso a los servicios de salud, sin limitación alguna en caso de urgencias; estableciendo además una atención integral a partir de las necesidades de las personas, no según las disponibilidades del prestador o los intermediarios financieros. Igualmente, en relación con la continuidad en la atención, la confianza juega un papel fundamental, debido a que ésta constituye uno de los criterios que fundamentan esa atención continua, junto con el principio de la buena fe, debido a que la persona confía en que una vez iniciado el respectivo tratamiento vital, no se suspenderá. Estos criterios permiten evidenciar en consecuencia una relación de garantía preexistente en la prestación de servicios de salud, más patente

cuando está en riesgo la vida o la integridad personal para las personas que toman decisiones en relación con la prestación de los servicios respectivos.

No podemos desconocer en consecuencia la complejidad de la vida social actual, la cual sistematiza, especializa y normativiza instituciones donde operan criterios como la confianza para el correcto funcionamiento social. A partir de esa complejidad, el funcionalismo indica que no todos tienen los mismos deberes frente a la división y el funcionamiento social, pues además de la acción libre de los individuos que interactúan con los demás, se encuentran instituciones, y podríamos decir, también servicios, que procuran garantizar la seguridad de los ciudadanos en relación a la evitación de resultados lesivos para bienes jurídicos fundamentales como la vida y la integridad personal. En términos de Silva Sánchez (2006), debido a la forma de concebirse las relaciones individuo-comunidad, en el momento actual, la creciente complejidad social y distribución funcional, determinan un notable incremento de posiciones de responsabilidad especial (p. 427). De ahí que un Sistema de Seguridad Social, que configura todo un conjunto de instituciones y servicios para garantizar un derecho como la salud, otorgue competencias específicas, más allá de la solidaridad general, a las personas que se encargan de la prestación y ejecución de esos servicios, en aras de evitar que las problemáticas de salud desemboquen en afectaciones a la vida o la integridad personal.

De acuerdo con lo planteado, se afirma sobre el actual sistema de salud:

Existe una tendencia incontenible de los sistemas de salud actuales a organizarse cada vez más, mediante la sistematización y automatización de todos los procesos, tendencia en la que se encuentra inscrito todo el Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia. Cuanto mayor ha sido el nivel alcanzado por el sistema en la estructuración de la complejidad, gracias a la promulgación de múltiples decretos reglamentarios de la Ley, normas de los entes de dirección y de las propias Empresas Promotoras de Salud (EPS), tanto menos ha sido la perspectiva individual del médico que, poco a poco, se ha diluido en la organización y normativización de todos los procesos. (Acosta Gómez & Ramírez Gómez, 2009, p. 81).

Las teorías funcionalistas, como puede apreciarse, permiten comprender mejor el fenómeno de la toma de decisiones en salud, donde el actor principal ya no es el médico, sino que existen otros actores que pueden decidir sobre la prestación, suspensión o negativa del servicio en salud, teniendo en cuenta que con esa capacidad de decisión correlativamente se tiene la responsabilidad por ellas. Es necesario comprender que hoy, la atención no es únicamente en el consultorio médico o en el quirófano, dentro de la estructura administrativa de las entidades, juega un papel relevante no sólo el prestador del servicio (médico, enfermera, anestesiólogo), sino también por ejemplo el asegurador, quién autoriza o no los pagos del respectivo servicio y por ende su ejecutabilidad.

En las decisiones en salud, muchas veces el médico es quien menos influye o quien menor capacidad resolutive tiene para tomar la respectiva decisión sobre la prestación o continuidad de un servicio, teniendo mayor peso la orden de tipo administrativo sobre la procedencia, verbi gracia, de un examen diagnóstico esencial para la vida o la integridad de un paciente. De ahí que en este proyecto hayamos hecho referencia a la responsabilidad penal por negación y postergación de servicios de salud y no a responsabilidad penal médica, porque dentro del sistema, el médico no es el único que toma decisiones en cuanto a la prestación o continuidad de los servicios de salud, sino que en tales decisiones intervienen también coordinadores médicos, coordinadores científicos y administradores, que en un momento determinado pueden negar o postergar un servicio de salud.

Por ejemplo, es común que a los médicos se les controle administrativamente en relación con los exámenes diagnósticos que ordenan, debido a que éstos implican gastos. Algunas empresas aseguradoras desarrollan software que no le permite ordenar al médico más de determinados exámenes diagnósticos, así el paciente o usuario lo necesite, como sería por ejemplo una tomografía axial computarizada (TAC). En este caso, se niega un servicio de salud, y quien toma esa decisión no es propiamente el médico, sino el administrador. Otro caso puede darse cuando la persona está siendo asistida con diálisis para un problema renal y el tratamiento se suspende por una decisión de la gerencia de la entidad aseguradora, ante la falta de pago a la seguridad social.

Desde este punto de vista, es cierto que la forma en que está estructurado el Sistema de Salud genera nuevos riesgos para las personas, ya que la decisión no siempre la toma quien tiene el conocimiento sobre la situación de salud del paciente y la formación técnico-científica para decidir lo mejor en razón a esa situación, lo que repercute en falta de seguridad para el usuario. Y desde el marco jurídico analizado se tendrá que valorar, caso por caso, cuáles de esos nuevos riesgos son constitutivos de un injusto penal en caso de lesiones personales o muerte de una persona que requería un servicio de salud.

Como se puede observar, el marco normativo nos presenta el contexto en el que se toman las decisiones para la atención en salud, su negativa o postergación. Teniendo en cuenta precisamente que cuando se trata de eventuales riesgos para la vida o la integridad, se hace obligatoria la atención. Desde ese contexto, las teorías funcionalistas describen aspectos de la realidad social actual que son necesarios tener en cuenta a la hora de analizar la posible estructuración de un injusto penal por homicidio o lesiones personales en comisión por omisión, tales como la competencia institucional y el principio de confianza.

Sin embargo, como se planteó inicialmente, ese marco normativo es importante, más no suficiente para que por sí mismo configure la

responsabilidad penal por un delito en comisión por omisión. De ser así, sería una vuelta a las teorías estrictamente formales o una adscripción total al funcionalismo radical, que no tienen cabida en un derecho penal liberal como el nuestro, sustentado en la protección de bienes jurídicos⁹ y no en la protección de las expectativas normativas, regido además por principios como la legalidad, la proporcionalidad y la lesividad, elementos de contenido material de los que partimos.

En consecuencia, el marco normativo nos da claridad, desde lo formal, sobre cuál debe ser la acción debida o esperada en los casos de negación y postergación de servicios de salud, si el riesgo es o no permitido; y así mismo, indica la posición de garante, a partir de la relación próxima entre quien omite y los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal. Además, nos permite comprender el funcionamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud en función de la vida y la integridad personal, donde la negativa o postergación de un servicio que se debía cumplir, no sólo provienen de los médicos tratantes, sino también de personal administrativo que tiene esas competencias y que está obligado a cumplir con los principios que rigen la atención en salud.

⁹ Artículo 11 del Código Penal Colombiano.

3. Cláusula de correspondencia como requisito esencial para la comisión por omisión en la negación y postergación de servicios de salud

Luego de haber presentado la relación del marco jurídico con la dogmática del delito de comisión por omisión, se concluyó que éste es importante para determinar cuál sería la acción esperada, cuál sería el deber y realizar la valoración axiológica o normativo-social correspondiente. Sin embargo, se debe precisar que tal relación no es suficiente para estructurar la responsabilidad penal de un homicidio o unas lesiones personales en comisión por omisión, para ello se hace necesario constatar una *correspondencia* entre el respectivo tipo comisivo de homicidio o lesiones personales con la conducta de la negación o postergación de los servicios de salud que generan la muerte o el daño a la integridad física o la salud.

Lo anterior encuentra fundamento en lo planteado por Gimbernat, en el sentido de que la cualidad de garante no trae consigo la existencia de una omisión impropia, pues ésta exige, además, que la no evitación del resultado sea equivalente a su causación (2003, p. 321). Lo que para Silva Sánchez, de ser así, plantearía responsabilidad penal en comisión por omisión por el sólo hecho de ser médico, con fundamento en el código deontológico, como lo planteó de forma extensiva Eberhard Schmidt al establecer que existiría un “~~d~~ber profesional” que situaría al médico, como al policía o al bombero, en permanente posición de

garantía (2004, p. 64). Silva exige, para poder hablar de la realización de un tipo de la parte especial en comisión por omisión, la identidad estructural y material de la omisión con la correspondiente comisión activa, identidad estructural donde la posición de garante del sujeto omitente es elemento necesario pero no suficiente (2004 p. 74, 2006 p. 429)

La pregunta que debe realizarse en este momento sería: ¿En Colombia se exige *correspondencia estructural* entre la omisión de evitar el resultado y el producirlo? Para dar respuesta a este interrogante es necesario tener en cuenta el artículo 25 del Código Penal Colombiano (Congreso de la República, Ley 599 de 2000) que establece:

Artículo 25. Acción y Omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión.

Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.

2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

Para la configuración de la comisión por omisión, el artículo 25 del Código Penal Colombiano, constituye un dispositivo amplificador de los tipos penales de la parte especial, en concreto para la conducta. Sin embargo, no exige como requisito la equivalencia, correspondencia –como he preferido denominarle– con el respectivo tipo comisivo, en el sentido de una identidad material y estructural, dicho artículo se queda en la posición de garante como requisito para la configuración del injusto, incluso la primera parte daría a entender que basta la existencia del deber jurídico de impedir el resultado, como lo establecen las teorías formales del deber, para la aplicación de la misma escala punitiva del tipo comisivo. Y a continuación, el precepto desarrolla los criterios que harían que la persona responda por la misma pena del respectivo tipo penal que consagra el resultado típico.

En nuestro ordenamiento jurídico, se consagra una cláusula general que, además de confusa, no consagra como en España la palabra —~~equivalga~~—, que hace más precisa la exigencia de una correspondencia estructural entre no evitar el resultado y producirlo. Perdomo Torres (2001) ha expresado que el legislador optó por una teoría mixta, integrada por la teoría formal de los deberes jurídicos y la teoría funcional o material de Kaufmann (p. 50). Y en el mismo sentido lo hace Juan Carlos Forero (2002), al mencionar que el proyecto de código penal colombiano, desechó la teoría formal de los deberes jurídicos y se inclinó por una postura mixta (p. 99). También Gómez Pavajeau y Cruz Bolívar (2002) señalan que la adopción de una teoría mixta puede presentar problemas sistemáticos al tratar de conciliar posturas opuestas en un mismo código (p. 126).

En consecuencia, del análisis del artículo 25 del Código Penal Colombiano, se puede establecer, como lo ha indicado la doctrina nacional, que el legislador no optó por una teoría particular, sino que fundió en un artículo como mínimo dos teorías de momentos históricos diferentes y con fundamentaciones distintas, lo que dificulta la interpretación que pueda dársele a la comisión por omisión en Colombia. Siendo además, una norma constitutiva o de imputación, porque sólo a través de ella puede considerarse la comisión por omisión en los tipos de la parte especial, norma que por confusa, deja un margen amplio para la interpretación, la cual debe limitar el operador jurídico.

Gimbernat, ha expresado respecto al problema de la equiparación que subyace en la comisión por omisión, que puede ser resuelto de dos formas: una, cuando el legislador no ha desarrollado una cláusula general, caso en el cual se debe acudir a la “~~te~~na de incógnitas” de la teoría general de la comisión por omisión; y la otra, cuando el legislador ha decidido introducir una cláusula general, con una exégesis tampoco fácil (2003, p. 330). Para el caso colombiano, donde se ha consagrado una cláusula general, que como se indicó, efectivamente no tiene un exégesis fácil, habría que añadir, a lo señalado por Gimbernat, que cuando el legislador consagra una cláusula general, ambigua y confusa, como la del Código Penal Colombiano, hay que remitirse obligatoriamente a la “~~te~~na de incógnitas” de la teoría general de la comisión por omisión y a los principios generales del derecho penal para limitar las posibles interpretaciones extensivas que resulten de la hermenéutica de dicha cláusula.

Por las dificultades interpretativas del artículo 25, se asumió, como se indicó en el primer capítulo, que la norma que contiene la comisión por omisión es una norma de prohibición y no una norma de mandato, debido a que entenderlo de ésta última forma podría extender la interpretación sin exigirse correspondencia con el respectivo delito de la parte especial. Mientras que entendida como norma de prohibición, al contenerse la comisión por omisión dentro del mismo tipo comisivo, la correspondencia será un elemento necesario para establecer el

injusto típico del delito respectivo, así no lo diga expresamente el denominado artículo.

Además, la exigencia de la correspondencia con el respectivo tipo comisivo deriva de la interpretación de principios como: legalidad material y proporcionalidad fundamentalmente. Teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo referenciado, trae como consecuencia de la omisión la aplicación de la misma escala punitiva. En este sentido, se comparte lo planteado por Naranjo (2004), acerca de que la fundamentación jurídica-legal que existe sobre el delito de comisión por omisión en nuestro país resulta contraria a principios como los mencionados, en razón a la aplicación de la misma escala punitiva a comportamientos que no tienen igual desvaloración jurídica (p. 31).

Frente al principio de legalidad material y contenido de injusto basta decir que el artículo 25 remite a la escala punitiva del respectivo tipo comisivo que tipifica el resultado, sin exigir un mismo desvalor de acción. No teniendo en cuenta que la comisión por omisión plantea como decisivo el criterio de identidad entre acción y omisión, máxime cuando la entendemos como norma de prohibición contenida en el tipo comisivo, lo que requiere a su vez determinar el tipo de injusto, exigiéndose tanto el desvalor de resultado como el de acción.

Frente al principio de proporcionalidad, relacionado con la legalidad, se tiene que se consagra la misma pena del tipo activo, para nuestro caso, homicidio y lesiones personales, sin exigir un criterio material que permita justificar la aplicación de la misma consecuencia jurídica. Respecto de la proporcionalidad en materia de sanciones, estableció la Corte Constitucional:

La relación que debe existir entre la falta cometida y la sanción a imponer es una cuestión que debe resolver en cada caso el juzgador. En esa tarea resulta obligado aplicar la pena consagrada en la ley de acuerdo con el grado de culpabilidad del sujeto. El juicio de proporcionalidad - que debe ceñirse estrictamente a lo establecido en la ley - es necesariamente individual. A la luz de sus criterios podrá estimarse si el castigo impuesto guarda simetría con el comportamiento y la culpabilidad del sujeto al cual se imputa. (Sentencia C-591, 1993)

Esa relación de simetría entre comportamiento y sanción, grado de culpabilidad y pena, no se aprecia con el sólo enunciado que realiza el legislador de la aplicación de la escala punitiva del tipo activo al deber de no evitar un resultado típico. Por lo tanto, es fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, exigir la *correspondencia estructural* entre el tipo en comisión por omisión y el respectivo delito activo.

Una hermenéutica del artículo 25, acorde con los principios, podría presentarse interpretando en el mismo la necesidad de correspondencia con el tipo activo. Lo

cual puede inferirse si tenemos en cuenta que el legislador, para la conformación de un tipo penal en comisión por omisión tiene en cuenta dos eventos. El primero sería la existencia del deber jurídico de impedir un resultado, lo cual se realiza a partir de los criterios que se especifican posteriormente acorde a la constitución y la ley. Y en segundo lugar, ese deber jurídico hace referencia a un resultado perteneciente a una descripción típica, lo que quiere decir que debe estructurarse acorde el injusto del correspondiente tipo comisivo. De esta forma, acorde a los principios, puede concluirse que el artículo 25 si exige identidad entre la omisión y la comisión para la estructuración del respectivo tipo de omisión impropia.

Para lo anterior, es fundamental comprender la comisión por omisión dentro de la norma de prohibición y no como norma de mandato, en razón a que con esta última podría justificarse la configuración de la comisión por omisión únicamente con fundamento en la existencia del deber, o bastaría la configuración de la posición de garante, realizando una interpretación extensiva del artículo 25. Mientras que si la comisión por omisión se comprende dentro de la norma de prohibición, no bastaría la existencia del deber jurídico y tendría que estructurarse la correspondencia entre la acción comisiva y la respectiva omisión impropia, debido a que es el tipo penal en concreto el que indica los elementos del injusto y no la cláusula general del artículo 25.

En virtud de lo anterior se restringe la interpretación que pueda dársele al confuso artículo 25, que puede ser supremamente extensiva desde su tenor literal, y además, como lo plantea Terragni (2011), desde el plano típico, la cláusula de correspondencia tiene como misión cerrar el tipo, que el mero enunciado de la posibilidad de imputación en comisión por omisión deja abierto. Por ello, el autor argentino, sitúa la *cláusula de correspondencia* en un mismo nivel de importancia a la posición de garantía, señalando que su presencia constituye un baluarte contra la extensión ilimitada de la responsabilidad penal por omisión (pp. 232 y 233).

La fórmula entonces para la comisión por omisión no es: *omisión + posición de garante = pena del delito comisivo*. Sino que implicaría: *omisión + posición de garante + equivalencia estructural = pena del delito comisivo*. De esta forma podríamos hablar de una correspondencia entre omisión y comisión, siendo fundamental comprender la omisión impropia como lesión de una norma prohibitiva.

Para determinar la correspondencia o equivalencia estructural, se requiere de un criterio material que permita establecer si dentro de la norma prohibitiva del homicidio o las lesiones personales, también se encuentra en el caso concreto la no evitación de la muerte o las lesiones. Para lo cual, Gimbernat Ordeig (2003), establece que podría tenerse en cuenta el concepto de la desestabilización del

foco de peligro, distinguiendo entre los delitos imprudentes y los dolosos. Para los primeros, esa desestabilización se presentará al no aplicarse la medida de precaución que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado (pp. 270-273). En relación con los dolosos, la desestabilización del foco se deberá presentar intencionadamente por quien estuviera encargado de vigilarlo, condicionando dicho foco con toda seguridad el resultado típico (pp. 275-277). Este criterio es importante en la medida que no permite desvincularnos del bien jurídicamente tutelado o protegido; y nos sitúa en el plano típico con un criterio común a la comisión y la omisión impropia, que sería la imputación objetiva del resultado, en el sentido de valorar en ambos el riesgo, en los comisivos su creación; y en los omisivos su desestabilización, debiendo concretarse ambos en la realización del resultado. Además, es importante porque la valoración de esa desestabilización del foco sólo puede determinarse caso por caso, contrario a lo que sucede con los deberes de garante, los cuales de manera *ex ante* están determinados por el ordenamiento jurídico.

El criterio planteado por Gimbernat, puede complementarse con lo expresado por Silva Sánchez (2006), quien relaciona el compromiso del garante con el proceso de riesgo también desde el ámbito de la imputación objetiva. Establece el autor que el compromiso del garante deber ser inequívoco, permitiendo establecer que el garante toma en sus manos el riesgo real o hipotético, actuando a modo de barrera de contención de él, control normativo, que al no contener el riesgo

muestra una identidad estructural cuando el riesgo amenaza con realizarse en el bien jurídico (p. 465) Además, Silva Sánchez (2004), frente al médico en concreto exige, para poder hablar de equivalencia entre omisión y comisión, que el dominio del hecho no se halla en la asunción efectiva del tratamiento, sino en la confianza que ésta despierta en la víctima o en otros terceros, la cual provoca en ellos reacciones consecuentes: el abandono de otras medidas de protección o la renuncia a adoptarlas. En consecuencia, la esencia de la asunción es la creación de un momento de peligro para el bien jurídico (p. 68).

A partir de lo anterior, en relación con el caso concreto de negación y postergación de servicios de salud, el legislador tolera la existencia de focos de peligro, problemáticas de salud que pueden repercutir en afectación de la vida o la integridad personal, nadie está ajeno a sufrir un accidente o una enfermedad, eso es tolerado porque no hay más remedio que hacerlo, no se puede controlar, es una realidad de la naturaleza humana y la convivencia social. Esos riesgos serán tolerables sólo en la medida en que no excedan un determinado índice de peligrosidad, prohibiéndose cualquier desequilibrio por encima de ese nivel. Por omisión, en nuestro caso, ese desequilibrio puede darse cuando en contra de lo normativamente previsto como mecanismos de precaución del peligro (atención en salud con garantías de acceso, calidad, integralidad, continuidad), no se aplica la medida de precaución concreta que haría posible mantener el foco dentro de lo jurídicamente tolerado, dándose la identidad entre la acción y la omisión si la

persona encargada de llevar a cabo dicha acción debía servir como barrera de contención de ese proceso de riesgo, y en el caso concreto, ese compromiso con el bien jurídico provocó, como lo establece Silva Sánchez: —un efecto de confianza y de abandono en el sujeto potencialmente afectado y en terceros potencialmente intervinientes” (2006, p. 471).

Con fundamento en lo argumentado, la existencia de una competencia institucional en los profesionales de la salud por sí misma, no estructuraría un tipo penal en comisión por omisión, sólo nos plantearía la situación de compromiso específico con el bien jurídico por parte de la persona que actúa dentro del sistema. Siendo necesario, analizar en el caso concreto si el desconocimiento de esa situación desestabilizó el foco de peligro, al no hacer de barrera de contención del proceso de riesgo el profesional, frente a lo necesitado para mantenerse en lo tolerado, y habiendo generado la confianza ante la persona enferma o terceros para tener en cuenta otro tipo de intervenciones

En conclusión, no basta para la configuración del delito de homicidio o lesiones personales en comisión por omisión la posición de garante, se requiere correspondencia o identidad estructural entre el respectivo tipo penal y la negación o postergación del servicio de salud, la cual puede ser establecida bajo el criterio de la desestabilización del foco de peligro por quien tenía en sus manos el proceso del riesgo y debía servir como barrera de contención del mismo.

4. La responsabilidad penal en negación y postergación de servicios de salud

Por lo planteado se puede establecer, frente a la responsabilidad penal por negación y postergación de servicios de salud, que en Colombia debería darse una clasificación tripartita, acogiendo lo planteado por Silva Sánchez (2006), en el sentido de que una exposición integral de las diversas clases de omisiones permite apreciar conjuntamente múltiples perspectivas: político-criminales, axiológicas, jurídico positivas, estructurales (p.426). Como lo plantea el autor en comentario, cabe apreciar la existencia de: i) realizaciones típicas omisivas basadas en consideraciones de solidaridad general; ii) otras cuyo fundamento se halla en la asunción por el sujeto de una base funcional específica, es decir, de una posición individual de responsabilidad cualificada; y iii) omisiones que muestran una identidad estructural con la correspondiente comisión activa (pp. 427-430)

La clasificación tripartita encuentra también respaldo en la relación del marco jurídico con la vida y la integridad personal en razón a la existencia de deberes que sitúan, desde una perspectiva *ex ante*, una relación más lejana, al constituir meros deberes de solidaridad. Mientras que existen otros, más específicos, que vinculan al sujeto con la prestación de servicios de salud y en una proximidad mayor frente a los bienes jurídicos de la vida y la integridad personal. Y finalmente,

en determinados casos, habrá de valorarse si quien teniendo el deber, en la situación específica, no toma las medidas tendientes a detener o controlar el riesgo frente a la vida o la integridad personal, producto de la negación o postergación del servicios de salud, guarda correspondencia con los tipos penales comisivos del homicidio y las lesiones personales, en el sentido de que generó la confianza para que la persona en riesgo confiara y se abandonara a la atención y se excluyó, por dicha razón, la intervención de terceros.

En este punto resulta importante, resaltar los elementos que se destacaron de la teoría funcionalista de Jakobs anteriormente. De acuerdo al párrafo previo, cuando sólo exista una competencia institucional, fundamentada en los deberes especiales que surgen de la regulación en salud, eso dará lugar a una omisión de carácter intermedio, debido a que hace falta la correspondencia con el delito activo, la cual estará dada por el criterio de la desestabilización del foco de peligro.

Igualmente, se señaló que dicha teoría permitía identificar, para la negación y postergación de servicios de salud, otros actores diferentes a los médicos, que sería el personal administrativo con competencia para negar y postergar servicios de salud, tales como el coordinador médico y el auditor. Sobre este particular es necesario hacer una breve reflexión de su posible responsabilidad penal, haciendo un paréntesis previo a la presentación de la clasificación tripartita de la omisión.

En la atención médica, la intervención del personal administrativo, puede dar lugar al fenómeno de la interrupción de cursos salvadores ajenos, situación problemática que no es objeto de ésta investigación profundizar, presentándose la tesis minoritaria que considera que en estas situaciones se presenta una comisión por omisión. En estos eventos describe Gimbernat (2006) que la ruptura de cursos causales salvadores ajenos se caracteriza porque un proceso causal que se va a iniciar o que se encuentra ya en marcha, y que habría podido evitar la lesión del bien jurídico, es interrumpido mediante un movimiento corporal de un tercero. Sobre este fenómeno, Silva Sánchez (2012) indica que: *“la doctrina ha considerado que la conducta que interrumpe un curso salvador ajeno debe imputársele el resultado lesivo sufrido por el tercero afectado (no salvado)”* (p. 1113). Siguiendo al mismo autor (2006), en estos casos debe tenerse en cuenta que la interrupción propiamente dicha crea un riesgo, incrementa el peligro para el bien jurídico por encima de los niveles ya existentes, generándose en la persona que interrumpió el curso causal un deber especial por el actuar precedente, que obliga al sujeto a reducir el riesgo a los niveles existentes de modo previo a su intervención, de no hacerlo, se hará responsable por la producción del resultado en comisión por omisión (p. 299).

En el caso de la prestación de servicios de salud, si bien el personal administrativo puede negar o postergar un servicio de salud, se debe tener en cuenta que la acción debida va dirigida no únicamente a autorizar el tratamiento,

sino a su realización efectiva, la cual sólo puede ser llevada a cabo por un médico, quien posee el conocimiento técnico para tal intervención. Siendo entonces el curso salvador la correspondiente prestación del servicio médico. Por esta razón, cuando un administrador (auditor o coordinador médico) niega o posterga un servicio de carácter vital, él no está en posibilidad de prestarlo, sólo de autorizarlo o permitirlo, hace las veces de intermediador; y si el tratamiento médico con seguridad hubiera evitado el resultado, el administrador responderá al interrumpir un curso salvador ajeno, para el caso de la negación y postergación de servicios de salud, el del médico que no pudo practicarlo por la restricción (interrupción) administrativa.

Un ejemplo podría presentarse cuando una persona, luego de practicársele exámenes diagnósticos, se entera de que requiere, de forma vital, un tratamiento de alto costo. El administrador encargado de su autorización (entidad aseguradora), luego de haber sido informado sobre la necesidad vital del tratamiento por el médico tratante, decide negarlo por estar fuera del plan obligatorio, a pesar de previamente ante la demora en contestar, se había interpuesto una acción de tutela, la cual fue favorable a la persona que requiere el examen, y el juez ordenó a la EPS otorgar el respectivo tratamiento. Finalmente, se produce la muerte de la persona al no otorgársele el respectivo tratamiento, que hubiera sido efectivo para el problema de salud del sujeto.

Dejando a un lado la reflexión previa, y continuando con la clasificación de la omisión, en el primer tipo de omisión, no recae en la persona un deber especial que fundamente una posición de garante como responsable de la atención en salud, sino tan sólo un deber genérico de solidaridad, que puede desconocer cualquier ciudadano que no lleve a cabo la acción indicada, por ejemplo, el médico que pese a su formación y conocimientos, decide no auxiliar a un herido, cuando va rumbo a su lugar de trabajo. En este caso el médico, no atiende consideraciones de solidaridad, generales para todo ciudadano, incurriendo en una omisión de socorro.

El segundo tipo de omisión, ha sido denominado por la doctrina como un nivel intermedio, al encontrarse entre las omisiones puras y la comisión por omisión (Silva, 2006, p. 432, Bernate, 2011, p. 255). Igualmente, Terragni (2011) considera que la calificación intermedia alude a la posición entre los extremos de la omisión propia (mínimum) y la omisión impropia (máximun), y lo que se castigaría sería el incumplimiento de una obligación calificada, la de garantizar que el bien jurídico permanezca indemne (p. 296).

Silva Sánchez (2006), considera éstas omisiones, omisiones de garante, fundamentadas en la existencia de una base funcional específica, sólo con posibilidad de ser realizadas por un determinado círculo de sujetos caracterizados por la ostentación de una posición de responsabilidad especial (p. 432). Por

ejemplo, la situación del médico de urgencias que no presta el servicio al indigente que se encuentra gravemente herido y que luego de haber sido llevado de un centro de salud a otro fallece por falta de atención.

En Colombia, se intentó crear una omisión de tipo intermedia con el artículo 131A¹⁰, declarado inexecutable por la Corte Constitucional (Sentencia C-302, 2010) y que pretendía sancionar la falta en la atención inicial de urgencias.

En virtud de que éste tipo de omisiones requeriría consagración legislativa expresa, la cual no existe por ahora en Colombia, en los eventos de omisiones de garante o de nivel intermedio, que impliquen la negación postergación de servicios de salud, podría responderse por el delito de omisión de socorro, al faltarse al deber general de la solidaridad, valoración que tendría que hacerse en cada situación específica.

¹⁰Artículo 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.

Y finalmente, en un tercer nivel, se presentaría la comisión por omisión, en las cuales habría correspondencia con el respectivo tipo comisivo de homicidio o lesiones personales, donde quien toma la decisión, además de la posición de garante frente a la vida o la integridad personal por medio de la atención en salud (entendida como derecho humano, servicio público esencial y necesidad básica insatisfecha, regido por los principios de accesibilidad, integralidad, continuidad, oportunidad), desestabiliza el foco de peligro al no servir de barrera de contención de riesgos, generando con su compromiso de actuar un efecto de confianza y de abandono, tanto en el sujeto pasivo como en terceros potencialmente intervinientes, generándose finalmente el resultado *muerte o lesiones personales*.

Un ejemplo podría darse cuando un médico comienza el tratamiento de una persona con apendicitis, cuando se encuentra practicando la cirugía, se da cuenta que el paciente se ha complicado y ha avanzado su enfermedad a una peritonitis, decidiendo no operar la peritonitis por no estar cubierta por el Plan Obligatorio de Salud (POS), muriendo finalmente el paciente con ocasión de la peritonitis. En este ejemplo, además de los deberes de garantía del derecho fundamental a la salud, el médico, desestabiliza el foco de peligro al no controlar la situación de riesgo que está en sus manos, esto es, en el caso concreto es barrera de contención del riesgo de la peritonitis, pasando el riesgo de permitido a jurídicamente desaprobado, pues lo mandado era la continuación del servicio así estuviera fuera del POS. Además, al negar el servicio, incorpora en su esfera

personal esa situación de peligro para la vida, existiendo una dependencia absoluta de la persona frente a su proceder como profesional de la salud. Por lo que su negativa, hace que el riesgo para la vida o la integridad personal del paciente pase de lo tolerado a lo ilícito, existiendo equivalencia entre la negación del servicio y la acción de dar muerte, generándose responsabilidad penal por homicidio en comisión por omisión.

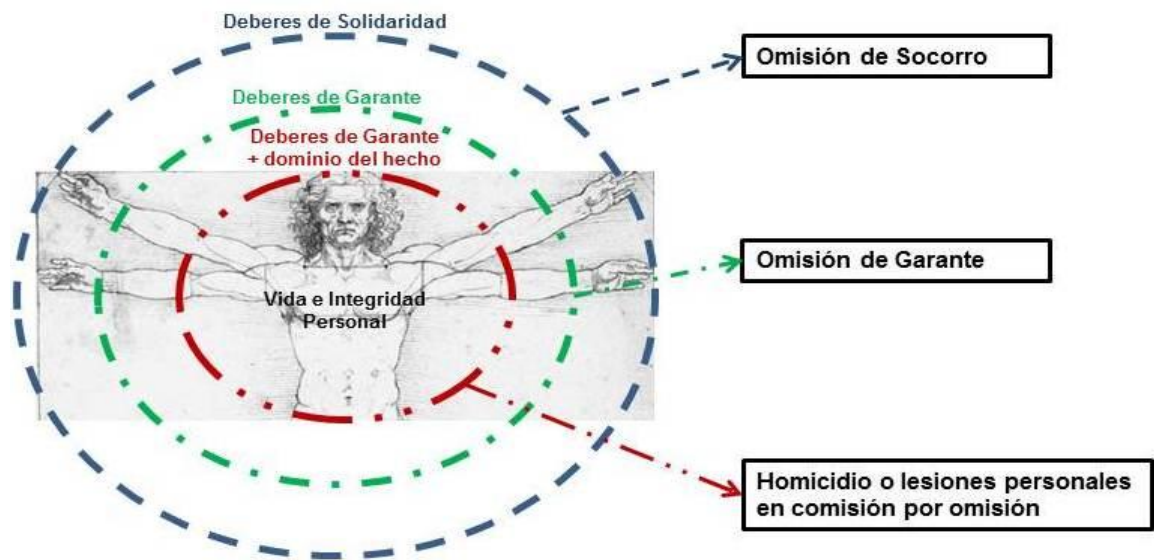


Grafico No. 1. Responsabilidad penal tripartita en la negación y postergación de servicios de salud

El gráfico anterior muestra la relación de los deberes más generales, como la solidaridad; los específicos de garante, como la continuidad, la integralidad, la accesibilidad; y los deberes de garante más la equivalencia estructural o

correspondencia con el tipo comisivo, para nuestro caso con el respectivo tipo de homicidio o lesiones personales. La relación más próxima en la que confluyen la posición de garantía y la correspondencia estructural con el tipo comisivo, generaría responsabilidad penal de homicidio o lesiones personales en comisión por omisión. Mientras que la sola existencia de deberes específicos de garante generaría un delito de omisión específico, en caso de que existiera su consagración taxativa en el Código Penal Colombiano. Finalmente, si no recaen en la persona deberes especiales de garante, sino sólo el deber general de solidaridad, habría una responsabilidad penal por el delito de omisión de socorro.

La clasificación tripartita de las omisiones, frente a la negación y postergación de servicios de salud, además de limitar el alcance del artículo 25 del Código Penal Colombiano, reconocería las situaciones complejas que se presentan hoy en lo social, como sucede con la prestación de servicios de salud.

ANEXO

Ley 100 de 1993. Artículo 2o. Principios. El servicio público esencial de seguridad social se prestará con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación:

a. *Eficiencia.* Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b. *Universalidad.* Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c. *Solidaridad.* Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables.

d. *Integralidad*. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e. *Unidad*. Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social, y

f. *Participación*. Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.

Parágrafo. La seguridad social se desarrollará en forma progresiva, con el objeto de amparar a la población y la calidad de vida.

Ley 1438 de 2011. Artículo 3o. Principios del sistema general de seguridad social en salud. Modifícale el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, con el siguiente texto: —~~So~~ principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

3.1 *Universalidad*. El Sistema General de Seguridad Social en Salud cubre a todos los residentes en el país, en todas las etapas de la vida.

3.2 *Solidaridad*. Es la práctica del mutuo apoyo para garantizar el acceso y sostenibilidad a los servicios de Seguridad Social en Salud, entre las personas.

3.3 *Igualdad*. El acceso a la Seguridad Social en Salud se garantiza sin discriminación a las personas residentes en el territorio colombiano, por razones de cultura, sexo, raza, origen nacional, orientación sexual, religión, edad o capacidad económica, sin perjuicio de la prevalencia constitucional de los derechos de los niños.

3.4 *Obligatoriedad*. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia.

3.5 *Prevalencia de derechos*. Es obligación de la familia, el Estado y la sociedad en materia de salud, cuidar, proteger y asistir a las mujeres en estado de embarazo y en edad reproductiva, a los niños, las niñas y adolescentes, para garantizar su vida, su salud, su integridad física y moral y su desarrollo armónico e integral. La prestación de estos servicios corresponderá con los ciclos vitales formulados en esta ley, dentro del Plan de Beneficios.

3.6 *Enfoque diferencial*. El principio de enfoque diferencial reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, raza, etnia, condición de discapacidad y víctimas de la violencia para las cuales el Sistema General de Seguridad Social en Salud ofrecerá

especiales garantías y esfuerzos encaminados a la eliminación de las situaciones de discriminación y marginación.

3.7 *Equidad*. El Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar el acceso al Plan de Beneficios a los afiliados, independientemente de su capacidad de pago y condiciones particulares, evitando que prestaciones individuales no pertinentes de acuerdo con criterios técnicos y científicos pongan en riesgo los recursos necesarios para la atención del resto de la población.

3.8 *Calidad*. Los servicios de salud deberán atender las condiciones del paciente de acuerdo con la evidencia científica, provistos de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada.

3.9 *Eficiencia*. Es la óptima relación entre los recursos disponibles para obtener los mejores resultados en salud y calidad de vida de la población.

3.10 *Participación social*. Es la intervención de la comunidad en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en conjunto.

3.11 *Progresividad*. Es la gradualidad en la actualización de las prestaciones incluidas en el Plan de Beneficios.

3.12 *Libre escogencia*. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

3.13 *Sostenibilidad*. Las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo.

3.14 *Transparencia*. Las condiciones de prestación de los servicios, la relación entre los distintos actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y la definición de políticas en materia de salud, deberán ser públicas, claras y visibles.

3.15 *Descentralización administrativa*. En la organización del Sistema General de Seguridad Social en Salud la gestión será descentralizada y de ella harán parte las direcciones territoriales de salud.

3.16 *Complementariedad y concurrencia*. Se propiciará que los actores del sistema en los distintos niveles territoriales se complementen con acciones y recursos en el logro de los fines del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

3.17 *Corresponsabilidad*. Toda persona debe propender por su autocuidado, por el cuidado de la salud de su familia y de la comunidad, un ambiente sano, el uso racional y adecuado de los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud y cumplir con los deberes de

solidaridad, participación y colaboración. Las instituciones públicas y privadas promoverán la apropiación y el cumplimiento de este principio.

318 *Irrenunciabilidad*. El derecho a la Seguridad Social en Salud es irrenunciable, no puede renunciarse a él ni total ni parcialmente.

3.19 *Intersectorialidad*. Es la acción conjunta y coordinada de los diferentes sectores y organizaciones que de manera directa o indirecta, en forma integrada y continua, afectan los determinantes y el estado de salud de la población.

3.20 *Prevención*. Es el enfoque de precaución que se aplica a la gestión del riesgo, a la evaluación de los procedimientos y la prestación de los servicios de salud.

3.21 *Continuidad*. Toda persona que habiendo ingresado al Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene vocación de permanencia y no debe, en principio, ser separado del mismo cuando esté en peligro su calidad de vida e integridad.

Ley 23 de 1981. Artículo 1°. – La siguiente declaración de principios constituye el fundamento esencial para el desarrollo de las normas sobre Ética Médica.

1°. – La medicina es una profesión que tiene como fin cuidar de la salud del hombre y propender por la prevención de las enfermedades, el perfeccionamiento de la especie humana y el mejoramiento de los

patrones de vida de la colectividad, sin distinciones de nacionalidad, ni de orden económico-social, racial, político o religioso.

El respeto por la vida y los fueros de la persona humana constituyen su esencia espiritual.

Por consiguiente, el ejercicio de la medicina tiene implicaciones humanísticas que le son inherentes.

2°. – El hombre es unidad síquica y somática, sometido a variadas influencias eternas. El método clínico puede explorarlo como tal, merced a sus propios recursos, a la aplicación del método científico natural que le sirve de base, y a los elementos que las ciencias y la técnica ponen a su disposición.

En consecuencia, el método debe considerar y estudiar al paciente, como persona que es, en relación con su entorno, con el fin de diagnosticar la enfermedad y sus características individuales y ambientales, y adoptar las medidas, curativas y de rehabilitación correspondientes. Si así procede, a sabiendas podrá hacer contribuciones a la ciencia de la ciencia de la salud a través de la práctica cotidiana de su profesión.

3°. – Tanto en la sencilla investigación científica antes señalada, como en la que lleve a cabo con fines específicos y propósitos deliberados, por más compleja que ella sea, el médico se ajustará a los principios metodológicos y éticos que salvaguardan los intereses de la ciencia y los

derechos de la persona, protegiéndola del sufrimiento y manteniendo incólume su integridad.

Decreto 1011 de 2006. Artículo 3º. Para efectos de evaluar y mejorar la Calidad de la Atención de Salud, el SOGCS deberá cumplir con las siguientes características:

1. *Accesibilidad.* Es la posibilidad que tiene el usuario de utilizar los servicios de salud que le garantiza el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2. *Oportunidad.* Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o su salud. Esta característica se relaciona con la organización de la oferta de servicios en relación con la demanda y con el nivel de coordinación institucional para gestionar el acceso a los servicios.

3. *Seguridad.* Es el conjunto de elementos estructurales, procesos, instrumentos y metodologías basadas en evidencias científicamente probadas que propenden por minimizar el riesgo de sufrir un evento adverso en el proceso de atención de salud o de mitigar sus consecuencias.

4. *Pertinencia.* Es el grado en el cual los usuarios obtienen los servicios que requieren, con la mejor utilización de los recursos de acuerdo con la

evidencia científica y sus efectos secundarios son menores que los beneficios potenciales.

5. *Continuidad*. Es el grado en el cual los usuarios reciben las intervenciones requeridas, mediante una secuencia lógica y racional de actividades, basada en el conocimiento científico.

Resolución 13437 de 1991. Artículo 1o. Adoptar como postulados básicos para propender por la humanización en la atención a los pacientes y garantizar el mejoramiento de la calidad en la prestación del servicio público de salud en las Instituciones Hospitalarias Públicas y Privadas, los Derechos de los pacientes que se establecen a continuación: Todo paciente debe ejercer sin restricciones por motivos de raza, sexo, edad, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen social, posición económica o condición social:

1. Su derecho a elegir libremente al médico [...].
3. Su derecho a recibir un trato digno respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tenga sobre la enfermedad que sufre.
5. Su derecho a que se le preste durante todo el proceso de la enfermedad, la mejor asistencia médica disponible, pero respetando los

deseos del paciente en el caso de enfermedad irreversible.

6. Su derecho a revisar y recibir explicaciones acerca de los costos por los servicios obtenidos, tanto por parte de los profesionales de la salud como por las instituciones sanitarias. Al igual que el derecho a que en casos de emergencia, los servicios que reciba no estén condicionados al pago anticipado de honorarios.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Bacigalupo, E. (2005). *Delitos impropios de omisión*. Cuadernos Luis Jiménez de Asúa No. 25. Madrid, España: Dykinson.

Bernate O., F. (2010). *Imputación objetiva y responsabilidad penal médica*. Bogotá, Colombia: Universidad del Rosario.

Camps, V. (2001). *Una vida de calidad. Reflexiones sobre bioética*. Barcelona, España: Ares y Mares.

Defensoría del Pueblo Colombia. (2010). *Primera evaluación de la política pública de salud a la luz del derecho*. Recuperado el 10 de marzo de 2012, de http://www.defensoria.org.co/red/?_item=090501&_secc=09&ts=2&hs=0905.

Defensoría del Pueblo Colombia. (2011). *La tutela y el derecho a la salud 2011 - 20 años del uso efectivo de la tutela*. Recuperado el 7 de agosto de 2012, de http://www.defensoria.org.co/red/?_item=090501&_secc=09&ts=2&hs=0905.

De la Vega M., O. (2010). *El delito de omisión y su explicación causal*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Dopico G., J. (2006). *Omisión e injerencia en derecho penal*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Fernández C., J. (1998). *Derecho Penal Fundamental*. Tomo II. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Forero R., J. C., (2002). *El delito de omisión en el Nuevo Código Penal*. Bogotá: Legis S.A.

Gimbernat, E. (2003). *Estudios sobre el delito de omisión*. México D.F, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

Gómez O., C. & Cruz B., L. (2002). *Estudios sobre omisión*. Colección de Pensamiento Jurídico No. 2. Bogotá, Colombia: Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Jakobs, G. (1994). *La competencia por organización en el delito omisivo*. Cuadernos de conferencias y artículos No. 1. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Jakobs, G. (1996a). *La imputación penal de la acción y de la omisión*. Cuadernos de conferencias y artículos No. 12. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Jakobs, G. (1996b). *Sociedad, norma, persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Cuadernos de conferencias y artículos No. 13. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Jakobs, G. (1996c). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Ad - Hoc.

Kaufmann, A. (2006). *Dogmática de los delitos de omisión*. Barcelona, España: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Lascuraín S., J. (2005). *Penar por omitir. Fundamento de los deberes de garantía*. Bogotá, Colombia: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibañez, Universidad Santo Tomas.

Lombana V., J. (2007). *Derecho penal y responsabilidad médica*. Bogotá, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké& Universidad del Rosario.

Manfred A., M. (1998). *Desarrollo a escala humana*. Barcelona, España: Icaria &Nordan – comunidad.

Mir Puig, S. (2003). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona, España: Editorial Reppertor.

Molina, G., Muñoz E., I., Ramírez G., A. [et al]. (2011). *Dilemas en las decisiones en la atención en salud en Colombia. Ética, derechos y deberes frente a la rentabilidad financiera*. Medellín, Colombia: La carreta, Facultad Nacional de Salud Pública, Universidad de Antioquia.

Novoa M., E. (1984). *Fundamentos de los delitos de omisión*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma.

Orts A., F. (1978). *Delitos de comisión por omisión*. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Gheresi.

Perdomo T., J. (2001). *La problemática de la posición de garante en los delitos de comisión por omisión*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia. Centro de Investigaciones de Derecho Penal y Filosofía del Derecho.

Shünemann, B. (2009). *Fundamento y límites de los delitos de omisión impropia*. Madrid, España: Marcial Pons.

Silva S., J. (2004). *Estudios sobre los delitos de omisión*. Lima, Perú: Editorial Jurídica Grijley.

Silva S., J. (2006). *El delito de omisión. Concepto y sistema*. Buenos Aires, Argentina: Editorial B de F.

Silva S., J. (2012). Interrupción de cursos salvadores ajenos dentro de la propia esfera de organización: un problema de justificación. En Araque D. (Coordinador Académico), *Estudios de Derecho Penal. Libro homenaje a Juan Fernández Carrasquilla* (pp. 1111-1133). Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.

Solórzano G., C. (2011). *Derecho penal responsabilidad médica en Colombia*. Bogotá, Colombia: Ediciones nueva jurídica, Universidad Católica de Colombia.

Terragni, M. (2011). *Delitos de omisión y posición de garante en derecho penal*. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal – Culzoni editores.

Vallejo J., J. (2006). *Responsabilidad penal por denegación institucional de servicios médicos*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké.

Vargas G., J, Cárdenas P., M. &Dussán H., O. (2010). *Delitos de omisión impropia*. Bogotá, Colombia: Editorial Ibañez& Universidad Militar Nueva Granada.

Welzel, H. (1956). *Derecho Penal. Parte General*. Buenos Aires, Argentina: Roque Depalma Editor.

Zaffaroni, E. (2006). *Manual de derecho penal. Parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial Jurídica Ediar.

Artículos

Acosta G., J. & Ramírez G., A (2009). Implicaciones éticas de las decisiones médicas en ambientes controlados por el Sistema General de Seguridad Social en Salud de Colombia. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública. Investigación Cualitativa. Universidad de Antioquia, enero-abril, No. 27, (1), 81 – 86.*

Feijóo S., B. (2000). El principio de confianza como criterio normativo de imputación en el derecho penal: fundamento y consecuencias dogmáticas. *Revista Derecho Penal y Criminología, vol. 21, No. 69, 37 – 76.*

Gracia M., L. (1999). La comisión por omisión en el derecho penal español. *Revista Nuevo Foro Penal, mayo-agosto, No. 61, 125 – 168.*

Gimbernat O., E. (2006). Una tercera forma de realización del tipo: la interrupción de cursos causales salvadores. *Revista CINIPEC. Universidad de los Andes Venezuela, enero, (2006), 1 – 31.*

Gómez P., C. (2005). La solidaridad en la antigüedad y la dogmática de la omisión. *Revista Derecho Penal y Criminología del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas. Universidad Externado de Colombia, XXVI, enero-abril, (77), 137 – 226.*

Torío L., A. (1984). Límites políticos criminales del delito de comisión por omisión. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales. Ministerio de Justicia y Consejo*

Superior de Investigaciones Científicas, Tomo XXXVII, Fascículo III, Septiembre-diciembre, 693 – 708.

Vargas J. & Molina G. (2009). Acceso a los servicios de salud en seis ciudades de Colombia: limitaciones y consecuencias. *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*. Universidad de Antioquia, 27, no. 2, 121-130

Tesis

Gañán R., J. (2010). *Los muertos de la ley 100: prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del plan obligatorio de salud del régimen contributivo (POSC)*. Tesis de doctorado no publicada. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

Jiménez E., L. (2009). *Acercamiento a la responsabilidad médica en su ámbito penal*. Monografía de pregrado no publicada. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Naranjo, S. (2004). *La responsabilidad penal del médico por omisión en el ordenamiento jurídico-penal colombiano*. Monografía de pregrado no publicada. Universidad EAFIT, Medellín, Colombia.

Uribe B, C. (2006). *La omisión impropia: necesidad o no de una cláusula de equiparación*. Monografía de pregrado no publicada. Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.

Cibergrafía

Delgadillo, E. (1998). Elementos de responsabilidad penal médica. *Revista Médico-legal on-line Colombiana para los profesionales de la salud*. Recuperado el 7 de junio de 2012, de <http://www.medicolegal.com.co/articulo/subtema/467>.

Fuentes B., W. (2006). Delito de Comisión por Omisión (Omisión impropia). *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, 2, (3). Recuperado el 12 de junio de 2011, de www.juridicas.unam.mx.

García S, J. (2001). Responsabilidad penal por denegación de asistencia sanitaria. *Revista actualidad penal*, 30, (23). Recuperado el 20 de junio de 2011, de perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080604_03.pdf.

Gullock V., R. (2008). *Fundamentos teóricos básicos del delito de omisión*. Heredia, San Joaquín de Flores: Escuela Judicial. Recuperado el 12 de junio de 2011, de www.poder-judicial.go.cr/escuelajudicial/.../omision_impropia.pdf

Jurisprudencia

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-487 del 11 de agosto de 1992*. Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-548 del 2 de octubre de 1992*. Magistrado ponente Ciro Angarita Barón.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-591 del 14 de diciembre de 1993*. Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-473 del 27 de octubre de 1994.*
Magistrado ponente Alejandro Martínez Caballero.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-401 del 12 de septiembre de 1994.*
Magistrado ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-663 del 8 de junio de 2000.*
Magistrado ponente Antonio Barrera Carbonell.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-925 del 29 de agosto de 2001.*
Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-113 del 21 de febrero de 2002.*
Magistrado ponente Jaime Araújo Rentería.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-344 del 9 de mayo de 2002.*
Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-331 del 29 de abril de 2003.*
Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-351 del 5 de mayo de 2003.*
Magistrado ponente Rodrigo Escobar Gil.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-800 del 16 de septiembre de 2003.*
Magistrado ponente Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-143 del 18 de febrero de 2005.*
Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-581 del 2 de junio de 2005.*
Magistrado ponente Alfredo Beltrán Sierra.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-1032 del 5 de diciembre de 2006.*
Magistrado ponente Nilson Pinilla Pinilla.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-234 del 29 de marzo de 2007.*
Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-1081 del 13 de diciembre de 2007.*
Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-1087 del 14 de diciembre de 2007.*
Magistrado ponente Jaime Córdoba Triviño.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-216 del 29 de febrero de 2008.*
Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-649 del 1 de julio de 2008.* Magistrado
ponente Clara Inés Vargas Hernández.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-715 del 16 de julio de 2008.*
Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-053 del 30 de enero de 2009.*
Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-035 del 1 de febrero de 2010.*
Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-117 del 16 de febrero de 2010.*
Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-158 del 5 de marzo de 2010.*
Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-224 del 23 de marzo de 2010.*
Magistrado ponente Mauricio González Cuervo.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-302 del 28 de abril de 2010.*
Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-654 del 30 de agosto de 2010.*
Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-860 del 29 de octubre de 2010.*
Magistrado ponente Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-058 del 04 de febrero de 2011.*
Magistrado ponente Jorge Iván Palacio Palacio.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-091 del 15 de febrero de 2011.*
Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-178 del 14 de marzo de 2011.*
Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-233 del 31 de marzo de 2011*. Magistrado ponente Juan Carlos Henao Pérez.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia T-281 del 12 de abril de 2011*. Magistrado ponente Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional Colombia. *Sentencia C-122 del 22 de febrero de 2012*. Magistrado ponente Jorge Ignacio PreteltChaljub.

Normas

Congreso de la República de Colombia. *Ley 23 de 1981, normas en materia de ética médica*. Diario Oficial No. 35.711, del 27 de febrero de 1981.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral*. Diario Oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993.

Congreso de la República. *Ley 599 de 2000, por la cual se expide el Código Penal*. Diario Oficial No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

Congreso de la República de Colombia. *Ley 1438 de 2011, Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud*. Diario Oficial No. 47.957 de 19 de enero de 2011.

Constitución Política de Colombia. Publicada en la Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991

Ministerio de Salud de Colombia. *Resolución 1347 de 1991, por la cual se constituyen los comités de ética hospitalaria y se adoptan el decálogo de los derechos de los pacientes.*

Presidencia de la República de Colombia. *Decreto 1011 de 2006, por el cual se establece el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad de la Atención de Salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud.*