

NUEVO DERECHO

Nuevo Derecho

ISSN: 2011-4540

nuevo.derecho@iue.edu.co

Institución Universitaria de Envigado

Colombia

Ruiz, Carlos Arturo

Acercamiento al bien jurídico salud pública

Nuevo Derecho, vol. 8, núm. 11, julio-diciembre, 2012, pp. 69-79

Institución Universitaria de Envigado

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=669770722007>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

Acercamiento al bien jurídico salud pública*

Carlos Arturo Ruiz**

Resumen: la delimitación y comprensión del bien jurídico salud pública, como interés protegido en algunas normas de conducta estipuladas en la parte especial del Código Penal colombiano, debe iniciar por su consagración positiva en la esfera internacional y luego en la nacional, como campo de lo jurídicamente establecido. Lo anterior no significa desconocer que el bien jurídico tiene su fuente en la realidad social, la cual es positivizada en un momento dado por parte de quienes ostentan el poder para ello, siempre y cuando lo hagan sujeto a las reglas previamente establecidas. Adicional a ello, se debe acudir a la doctrina penal. La razón obedece a que las reflexiones dogmáticas han permitido vincular de manera consciente la realidad con la ley, para dar respuesta pertinente al conflicto social y, a la vez, suministrar claridad en cada norma penal a las características básicas de la conducta punible.

Palabras clave: Estado social y democrático de derecho, dignidad humana, bien jurídico, salud pública, tratados internacionales, lesividad, esferas de protección.

Abstract: the definition and understanding of public health legal right as a protected interest in certain rules of conduct stipulated in the special part of the Colombian criminal codification, must initiate from its positive consecration in the international arena and then at the national level as a legally established field. This does not mean ignoring that the legal right has its source in social reality, which is positivized at a given time by those in power to do so as long as is submitted to previously established rules. Consideration of the criminal doctrine is a must because the dogmatic reflections had allowed to link reality with the law to give appropriate response to social conflict and, in turn, provide clarity in every criminal law on the basic characteristics of the criminal offense.

Keywords: social and democratic state of law, human dignity, legally, public health, international treaties, harmfulness, areas of protection.

Introducción

El estudio sobre el bien jurídico salud pública, como institución jurídica penal, se debe abordar como lo proponen metodológicamente Demetrio, Guirao y Alejandro, entre otros. La línea argumental a seguir es la siguiente: se abordará el fundamento político y filosófico del bien jurídico como fin que debe cumplir esta institución en el Estado social y democrático de derecho; en segundo lugar, se estudiará el fundamento norma-

tivo desde el cual se pueda mirar el rendimiento o función dogmática a cumplir, en el análisis de la conducta punible que atenta contra el bien jurídico salud pública.

Como dice Demetrio el vínculo entre los fines y funciones que deben cumplir las categorías normativas, como instituciones jurídicas del Estado, han de ser los derechos humanos (2006, p. 429). Desde allí se tenga que remitir necesariamente al tipo de hom-

* El presente artículo es informe parcial de la investigación denominada La omisión en la atención básica de urgencias, escrito por el autor dentro de su proceso de Maestría en Derecho Penal, en la Universidad Santo Tomás, Bogotá, en convenio con la Universidad de Salamanca, España.

** Abogado, Universidad de Antioquia. Magíster (c) en Derecho Penal, Universidad Santo Tomás. Docente de tiempo completo Fundación Luis Amigó.

Recibido: Septiembre 4 de 2012. Aprobado: Octubre 11 de 2012

bre o persona humana reconocida por el ordenamiento jurídico colombiano. Mucho más cuando hoy es de público conocimiento el fortalecimiento de las funciones eficientistas del sistema penal para solucionar el conflicto social.

Esto no implica dejar de lado a la persona humana. Es el hombre quien vive y se desarrolla en sociedad y a quien interesa que determinados aspectos de ella se respeten. La persona y sus necesidades tienen un rol fundamental, que se ve favorecido en modelos de Estado que así lo reconozcan y orienten hacia ello su actuación (Vargas, 2007, p. 68).

Fundamentos del bien jurídico salud pública

Fundamento político del bien jurídico

En un Estado social y democrático de derecho, como el colombiano, es punto de partida y de retorno el ser humano, en tanto el modelo estatal adopta como meta asegurar a los integrantes la vida, la justicia, la igualdad, la libertad, dentro de un orden social justo, y la convivencia pacífica. Colombia se fundamenta en el respeto de la dignidad humana, la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general, tal y como aparece consagrado en el preámbulo y en el artículo 1º de la Constitución Política.

De lo anterior se desprende que:

La formulación del concepto de Estado social y democrático de derecho conlleva a que el Estado asuma una tarea asistencial y promotora del desarrollo social en condiciones de igualdad y solidaridad, interviniendo en los desequilibrios que genera el sistema económico. Este cambio se ha plasmado en derechos de contenido social [...], esto es, como derechos de una actuación del Estado que favorezca ciertos presupuestos materiales para el desarrollo del individuo (Castro, 2009, p. 109).

De esta forma, el Estado queda vinculado a proteger, en los casos necesarios, no solo los intereses vinculados a la persona en su relación con el otro, con el tú, como vida, salud personal, patrimonio económico, libertad

individual, autonomía personal, integridad y formación sexual, integridad moral, sino también:

[...] otra clase de valores que derivan de las posiciones que ostenta el ser humano entre y ante la comunidad en la que vive. De este modo, el Estado, que trasciende progresivamente desde posiciones en las que amenaza las libertades hacia otras en las que las promueve, queda ahora obligado a tutelar las distintas posiciones que encarna el individuo en su contexto social (Caparrós, 2010, texto en proceso de edición).

Con esto se llega a que a un Estado social y democrático de derecho, como el que consagra la Constitución colombiana de 1991, le es legítimo el control social en los casos en que sea necesario prevenir, mediante el sistema penal, aquellas conductas que pongan en peligro los presupuestos, la plataforma o condiciones necesarias para que el individuo desarrolle su proyecto de vida en un orden pacífico. Son estas realidades personales y sociales a las que se denomina bienes jurídicos; en pocas palabras, como afirma el profesor Caparrós “[...] en realidad todos los bienes jurídicos —con independencia de que su titularidad sea individual o colectiva— son siempre personales, referidos al ser humano” (2010, texto en proceso de edición).

Fundamento filosófico del bien jurídico

La Constitución colombiana establece, en su artículo 1º, la dignidad humana como pilar y eje central, tanto del ordenamiento jurídico, como de las instituciones sociales. Esto hace que cuando la persona entra en contacto, participa o interactúa con los poderes públicos o particulares deba ser respetada en su dignidad, porque de ella emanan los derechos fundamentales de todos.

A causa de ello, la Corte Constitucional ha entendido que de la dignidad humana se derivan dos tipos de normas, una como principio y otra como derecho, las cuales se

integran bajo las condiciones materiales de existencia comprendidas como:

[...] la posibilidad real y efectiva de gozar de ciertos bienes y de ciertos servicios que le permiten a todo ser humano funcionar en la sociedad según sus especiales condiciones y calidades, bajo la lógica de la inclusión y de la posibilidad real de desarrollar un papel activo en la sociedad (Sentencia C – 533, Araújo y Vargas, 2010).

En concreto, entiende la Corte en la providencia arriba mencionada que “un concepto de dignidad [...] incluye el reconocimiento de la dimensión social específica y concreta del individuo, y que por lo tanto incorpora la promoción de las condiciones que faciliten su real incardinación en la sociedad”.

Veamos ahora como, de lo dicho por la Corte en el pasado, se puede complementar e inferir que el modelo de sociedad democrática es dinámico y alimentado por la singularidad del individuo, así, pues, la organización social solo se justifica cuando se la considera un medio al servicio del hombre, fin en sí mismo. La sociedad es el medio y el hombre el fin.

Con lo dicho hasta aquí es suficiente para conocer, concretar y compartir, desde la fórmula política del Estado social y democrático concordado con el principio de dignidad humana, el siguiente concepto de bien jurídico:

Bienes jurídicos son las condiciones que propician y aseguran a los ciudadanos su normal participación en el sistema social. Y esas condiciones de participación han de mirar a la persona como individuo y como miembro de todo colectivo social [...] La posible protección de bienes jurídicos colectivos exige que se dé solo en la medida en que el respeto a los mismos se constituya en condición para crear un medio más adecuado para la realización individual de los ciudadanos (Cadavid, 1998, p. 134).

Función dogmática del bien jurídico

El bien jurídico, tal y como ha sido expuesto, sirve de barrera de contención a la voluntad del legislador penal, por criticarle de manera constructiva aquellas normas penales que carecen de bien jurídico tutelado las que se agotan en conductas que afectan la moral o la simple motivación por él presentada al momento de su creación. De igual forma, sirve de criterio hermenéutico del tipo penal, ya que posibilita determinar el campo de la prohibición penal, entendiendo por tal la modalidad de aquellos comportamientos que lo afectan de la manera antijurídica. Esto hace del bien jurídico una base irrenunciable al momento de la persecución penal.

Aténgase ahora a la función hermenéutica del bien jurídico: el tipo penal debe delimitar de forma específica y particular las características básicas de la conducta que conllevan una desvaloración antijurídica para el bien jurídico tutelado o, dicho de otra manera, el desvalor de la acción se concreta en la dañosidad social de la conducta conformada por las circunstancias de tiempo, modo y lugar que lo fundamentan o lo agravan.

Prosiguiendo con el tema, se requiere de modo adicional que la conducta afecte al bien jurídico de manera efectiva, ya sea que lo lesione o lo ponga en peligro de manera concreta. A esta afectación denomínese “desvalor de resultado”. Reconociendo que el legislador en su técnica de configuración puede crear delitos de peligro abstracto al momento de la iniciación del sistema penal, pero esta técnica legislativa responde a una lógica distinta al proceso de adecuación de una conducta a un tipo penal.

Ambos criterios o desvalores permiten graduar el injusto en consumado o tentado; de acuerdo a la técnica utilizada por el legislador se clasificarán de igual forma en delitos de lesión o de peligro para el bien jurídico

protegido. De manera semejante, en Colombia, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ha destacado que:

[...] además del desvalor de la conducta, que por ello se torna en típica, concurre el desvalor del resultado, entendiendo por tal el impacto en el bien jurídico al exponerlo efectivamente en peligro de lesión o al efectivamente dañarlo, que en ello consiste la llamada antijuridicidad material contemplada en el artículo 11 del Código Penal” (Sentencia con radicado No24612, Quintero, 2006).

Lo anterior se traduce en que el juicio del injusto implica en el proceso de adecuación típica una doble valoración. La primera, en las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se realiza la conducta, constatar su idoneidad para afectar el bien jurídico tutelado de manera significativa y antijurídica. Segundo, verificar de modo real y verdadero la afectación al bien jurídico, en los términos del artículo 11° del Código Penal.

Con las anteriores consideraciones se ha llegado al núcleo del asunto: el haber demostrado la necesidad dogmática de delimitar en cada uno de sus elementos el bien jurídico tutelado en cada una de las disposiciones normativas consagradas en la parte especial del Código Penal. La razón se encuentra en el papel hermenéutico que juega el bien jurídico, al momento de determinar y delimitar el delito en cada caso concreto. Por ello se procede a cumplir lo antes anunciado adelantando lo pertinente con el bien jurídico salud pública y su caracterización en el ordenamiento jurídico.

Derecho a la salud pública en el marco de los tratados internacionales

Se debe comenzar con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, la cual consagra, en el artículo 11°, el derecho a la *asistencia médica* de acuerdo a los recursos públicos y de la comunidad con que cuenten el gobierno y la sociedad. La declaración tiene como

aspecto central de tutela el acceso al servicio médico, el cual tendrá una cobertura dependiendo en mayor medida de la riqueza económica, tanto pública como privada, con que cuente esa sociedad. Por ello, las medidas sanitarias y sociales adoptadas por el gobierno para garantizar la salud de su población constituyen un criterio objetivo en concordancia con la riqueza de dicha sociedad y no debe estar sujeto a la buena voluntad de la clase política de turno.

Por otra parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos, del 10 de diciembre de 1948, en su artículo 22° dice: “toda persona tiene derecho a la seguridad social y de acuerdo a los recursos de cada Estado a la satisfacción de los derechos sociales indispensables para su dignidad y libre desarrollo de su personalidad”. A esto se añade el artículo 25°, el cual nos informa que “toda persona, al igual que su familia, tiene derecho a la salud, a un nivel adecuado de aseguramiento en la asistencia médica, así como a un refuerzo de tutela en cabeza de la materna, la infancia y la niñez”.

En concreto, la declaración universal nos dice que el derecho a la salud está conformado por la seguridad social, la asistencia médica y la protección especial para la materna, la infancia y la niñez. Su cobertura es proporcional al grado de riqueza del Estado y la sociedad a la cual pertenece la persona y su familia. Por su lado, la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, en su preámbulo, considera que:

[...] el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento. Principio 2, el niño gozará de protección especial, dispondrá de oportunidades y servicios [...] para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable. Principio 4, El niño debe gozar de los beneficios de la seguridad social. Tendrá derecho a crecer y desarrollarse en buena salud; con este fin deberán proporcionarse, tanto a él como a su madre, cuidados especiales, incluso

atención prenatal y postnatal. El niño tendrá derecho a disfrutar de alimentación, vivienda, recreo y servicios médicos adecuados. Principio 9, [...] No deberá permitirse al niño trabajar antes de una edad mínima adecuada; en ningún caso se le dedicará ni se le permitirá que se dedique a ocupación o empleo alguno que pueda *perjudicar su salud* o su educación o impedir *su desarrollo físico, mental o moral*.

La declaración de los derechos del niño contiene, entre los elementos que conforman el derecho a la salud, la tutela a un desarrollo físico y mental saludable, gozar del acceso a la seguridad social, a los servicios médicos adecuados en todas las fases de su desarrollo; es decir, tiene el derecho a ser protegido de manera especial e integral en la etapa prenatal y postnatal con acceso a los servicios médicos especializados. Por último el derecho a la salud comprende tanto el aspecto físico como el mental y espiritual.

Además, las reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, de 1955, determinan que todo establecimiento penitenciario y carcelario debe contar, al interior del penal, con la asistencia médica, que comprende el servicio de salud física, psiquiátrica y odontológica. El médico debe velar por la salud física y mental de la población carcelaria, por ello se le exige que tenga un perfil de médico siquiatra. En las prisiones para mujeres, las maternas poseen una protección especial para ellas y sus hijos.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de las Naciones Unidas, del 21 de diciembre de 1965. La convención dedica, en su artículo 5º literal e, un espacio para los derechos económicos, sociales y culturales y en el numeral IV establece el derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del 16 de diciembre de 1966, consagra, en

el artículo 9º, el derecho de toda persona de acceder a la seguridad social, incluye un contrato de seguro social; en su artículo 10º se refiere a la tutela reforzada de la materna antes y después del parto. En el evento en que las madres trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social y adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes. Continúa, en su artículo 12º, de la siguiente manera:

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Del Pacto se infiere que es deber del gobierno ofrecer a todos los pobladores de su territorio los servicios de salud, encaminados a brindar el nivel más alto posible de salud física y mental, de acuerdo a la riqueza del Estado y de la sociedad; busca que los gobiernos brinden una cobertura universal de los servicios médicos asistenciales. Por último, reconoce una tutela especial de la materna y de la población infantil en todas las fases de desarrollo. Por otro lado, entra en consideración la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, del 11 de diciembre de 1969, de la Asamblea General de la ONU:

Artículo 10º, literal a) [...] la garantía del derecho al trabajo incluye el *mejoramiento de la salud*. d) El logro de los más altos niveles de salud y la prestación de servicios de protección sanitaria para toda la población, de ser posible en forma gratuita. Artículo 11º, la provisión de *sistemas amplios de segu-*

ridad social y [...] la mejora de sistemas de servicios y seguros sociales para todas aquellas personas que por enfermedad no pueden ganarse la vida [...] b) la protección de los derechos de madres y niños; la preocupación por la salud de los niños; la aplicación de medidas destinadas a proteger la salud y el bienestar de las mujeres, especialmente de las mujeres embarazadas que trabajan y madres de niños de corta edad [...], la concesión a la mujer de permisos y de subsidios por embarazo y maternidad, con derecho a conservar el trabajo y el salario; c) [...] la protección de las personas física o mentalmente desfavorecidas. Artículo 19 a) la adopción de medidas para proporcionar gratuitamente servicios sanitarios a toda la población y asegurar instalaciones y servicios preventivos y curativos adecuados y servicios médicos de bienestar social accesibles a todos; b) el establecimiento y la promulgación de medidas legislativas y reglamentarias encaminadas a poner en práctica un amplio sistema de planes de seguridad social y servicios de asistencia social y a mejorar y coordinar los servicios existentes.

La declaración arriba mencionada amplía el derecho a la salud de manera significativa; circunscribe una cobertura universal a los servicios de salud, protección sanitaria de manera gratuita, mejora y ampliación del sistema de seguridad social a través de sus planes y servicios. Refuerzo de tutela a la mujer, a la mujer gestante trabajadora y a la niñez.

Por su parte los principios de ética médica aplicables a la función del personal de salud, especialmente los médicos, en la protección de personas presas y detenidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes, del 18 de diciembre de 1982 de la ONU:

Principio 1. El personal de la salud a las personas presas o detenidas tienen el deber de 'brindar protección a la salud física y mental' y tratar las enfermedades 'al mismo nivel de calidad que brindan a las personas que no están presas o detenidas. Principio 3. Constituye una 'violación de la ética médica', en particular de los médicos, 'cualquier relación cuya sola finalidad no sea evaluar, proteger o mejorar la salud física y mental de éstos.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de

1989, contempla el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. La calidad de la prestación de los servicios de salud se encuentra en relación a la disposición de los recursos asignados por el gobierno de turno, dineros destinados de manera concreta a:

a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez; b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud; c) Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente; d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos.

La Convención del Niño apunta a obtener de manera integral la más alta calidad posible de salud, que comprende en atención primaria el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; atención prenatal y postnatal a la materna; asegurar la prestación del servicio médico y atención sanitaria necesaria a todos los niños y a beneficiarse de la seguridad social. Cuando se trate de niños con discapacidades posibilitarle el acceso a las prestaciones especiales que demande. Por otra parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", del 17 de noviembre de 1988, artículo 10º:

1.Toda persona tiene derecho a la salud, entendida como el disfrute del más alto nivel de bienestar

físico, mental y social [...]. a) la atención primaria de la salud, Convención sobre los Derechos del Niño b) la extensión de los beneficios de los servicios de salud a todos los individuos [...] c) la total inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; d) la prevención y el tratamiento de las enfermedades endémicas, profesionales y de otra índole; e) la educación de la población sobre la prevención y tratamiento de los problemas de salud, y f) la satisfacción de las necesidades de salud de los grupos de más alto riesgo y que por sus condiciones de pobreza sean más vulnerables.

El protocolo adicional asume la conexidad que existe entre la seguridad social y el derecho a la salud y lo entiende como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, que va desde el servicio de atención médica general hasta la cobertura de los grupos de personas de más alto riesgo, como la materna y los pobres en situación de vulnerabilidad.

Continuando en la misma línea, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, del 18 de diciembre de 1990, de la ONU, estipula que los trabajadores y sus familias tienen el derecho a acceder a los servicios de atención básica de urgencias en igualdad de condiciones de los nacionales del Estado, para evitar daños irreparables a la salud o preservar la vida; este servicio no está sujeto a la calidad de legal o ilegal que ostente la persona en ese momento.

Para concluir, se trae a colación la observación número 14, del 11 de mayo del 2000, expedida por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). Para el Comité, el derecho a la salud comprende la obligación que tiene el Estado de crear a favor de sus habitantes un sistema de protección de la salud que brinde más que el derecho a estar sano, el acceso al disfrute del nivel más alto posible de salud. Este disfrute, a criterio del Comité, está íntimamente relacionado, tanto a las condiciones biológicas

y socioeconómicas esenciales de la persona, como a los recursos con que cuenta el gobierno de turno. Por ello concluye que el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud:

El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones preexistentes en un determinado Estado Parte: a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas [...]. b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte [...]. c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate. d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad [...]. La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad, apartado d, del párrafo 2, del artículo 12, tanto física como mental, incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental.

Derecho a la salud pública en el contexto nacional

A pesar de sus diferentes conceptualizaciones, el Ministerio de Protección Social denota a la salud pública como la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la

salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida de todos los habitantes del territorio nacional.

El constituyente primario de 1991, en la intención de garantizar una mayor protección y garantía en la prestación de los servicios de salud, redactó en el artículo 49º las bases para asegurar la prestación eficiente, oportuna, continua y equitativa para favorecer los sectores marginales de la población:

La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud [...]. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control.

En segundo lugar, el legislador desarrolló este modelo en la Ley 100 de 1993. Nos dice en el preámbulo: “la Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de naturaleza irrenunciable de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida”. El Sistema General de Seguridad Social en Salud es un servicio público esencial y de carácter integral que cubre todas las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, de acuerdo a los niveles de atención y de complejidad que previamente se definan. Con el sistema se pretende crear condiciones para que todos los habitantes, las familias y, de manera especial, las maternas puedan acceder a un plan obligatorio de salud con calidad y en la oportunidad requerida con servicios de salud eficientes.

En tercer lugar, la Ley 1122 de enero 9 del 2007 determina, en el artículo 32, que “La

salud pública está constituida por el conjunto de políticas que buscan garantizar, de una manera integrada, la salud de la población por medio de acciones de salubridad dirigidas, tanto de manera individual, como colectiva”.

En cuarto lugar, la Ley 1438, del 19 de enero del 2011, señala que:

[...] tiene como objeto el fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de un modelo de prestación del servicio público en salud que en el marco de la estrategia Atención Primaria en Salud permita la acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable, que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país.

En quinto lugar, el Ministerio de Salud, en el decreto 806 del 30 de abril de 1998, dispuso, en el artículo 2 que:

En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad [...] planes diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como afiliado cotizante, como afiliado beneficiario, como afiliado subsidiado o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

La salud pública como bien jurídico colectivo

Un bien jurídico de naturaleza colectiva se puede caracterizar como aquella condición, presupuesto o interés indispensable para potencializar al hombre en su desarrollo y convivencia en un contexto social propicio; es decir, son presupuestos básicos conectados íntimamente con la autorrealización de la vida en sociedad que tienen como finalidad mantener y promover el orden requerido para tal cometido.

Esta conceptualización genera la necesidad de delimitar, en cada uno de sus elementos, el bien jurídico salud pública. Para alcanzar este propósito se hará el rastreo de los pronunciamientos de la doctrina nacional. En caso de que no se logre la meta designada, se propondrá.

Se entiende por bien jurídico salud pública y los elementos que lo componen, acorde con la normativa internacional y nacional:

Doctrina nacional

El bien jurídico salud pública se tarda en existir, en primer lugar, porque “la salud, la enfermedad y la muerte se tenían por hechos gratuitos distribuidos según el capricho de las divinidades, que a veces expresaban en ellos sus designios de premio o de castigo” (Pérez, 1990, p. 422); en segundo lugar, porque para el derecho solamente existen bienes de naturaleza individual. Para Pérez, el bien jurídico salud pública indica las situaciones especiales de la salud del pueblo o parte de ella, eso hace que sean condiciones observables, medibles como hechos concretos de tutela penal. Cuando se “habla de salud pública, las ideas correspondientes inducen a la adopción de las garantías indispensables para que la población goce de seguridad por ese aspecto” (Pérez, 1990, p. 423).

Pérez es de la idea de que los elementos o condiciones que configuran el mencionado bien jurídico lo compone todo aquello que le sirve a los seres humanos para alimentarse y conservarse en condiciones favorables para su integridad física y mental. Por ejemplo, en materia de salud mental nos dice que se “perturba con la repetición de conductas agravadoras de la angustia colectiva por el desamparo y el temor de acontecimientos adversos que el individuo no sabe cómo evitar” (1990, p. 424).

Se puede inferir de manera razonable que para Pérez los delitos contra la salud pública son de estructura de peligro, en donde con el mero comportamiento peligroso del autor se afecta la seguridad colectiva —la salud— de un número indeterminado de personas. El riesgo es suficiente para afectar o lesionar el bien ya que de manera efectiva se disminuye o se desestabiliza su integridad.

En el mismo sentido, la tutela del bien jurídico salud pública se encuentra en el interés que tiene la sociedad y los individuos que la componen de no verse afectados en términos generales en la salud del cuerpo. Tal y como expresa Valencia, “la salud general del país es el objeto genérico de afectación sobre situaciones de riesgo y peligrosidad, y no se requiere que el bien jurídico deba ser dañado, sino apenas puesto en peligro” (2007, p. 9).

Para Pabón Parra, la salud se transforma en bien jurídico colectivo cuando se compone de elementos o condiciones que permiten preservar el funcionamiento adecuado, tanto físico, como psíquico de la generalidad de los coasociados. La lesividad del bien está precisamente en afectar estas partes que sirven de escenario a la salud de cada uno de los individuos (2005, p. 1147).

Ardila Barreto expresa: “la salud pública puede considerarse como un conjunto de condiciones que positiva y negativamente garantizan y fomentan la salud de todos los conciudadanos” (2004, p. 271). Adicionalmente, nos dice que el carácter de público hace referencia al número de personas afectadas con esta modalidad de conducta.

En el mismo sentido, para Arboleda y Ruiz el bien jurídico salud pública es entendido como “el derecho a la conservación de la salud pública [...] común desde su origen a todos los asociados, a consecuencia del hecho de asociarse; no es un derecho social

que proceda precisamente de la sociedad civil, sino que resulta del solo hecho de la asociación natural". (2008, p. 1156) que tendrá siempre un carácter social. Los autores comparten el concepto establecido por la OMS que entiende por tal "el estado completo de bienestar físico, mental y social, conceptuándose como pública si afecta a un número indeterminado de sujetos [...], valor dinámico en continua transformación, susceptibles no solo de ser garantizada, sino también promovida y potenciada".

A esto añaden, Arboleda y Ruiz, el concepto de salud, entendido como un tiempo de normalidad físico, mental y social que posibilitan la adaptación de la persona al grupo social o entorno al cual pertenece de manera armónica y equilibrada (2008, 1157). Lo público hace alusión al número indeterminado de personas que pueden verse afectados por conductas que las pueden lesionar. La salud pública no se refiere de manera exclusiva a la enfermedad que afecta a la población sino a toda alteración de las condiciones del individuo, incluidas las sociales (2008, 1158).

Recapitulación

Como puede observarse del seguimiento que se ha hecho a los tratados internacionales, la evolución del derecho a la salud inicia con la atención médica, luego pasa a incluir la seguridad social, después agrega la atención sanitaria. En otro momento, se interrelacionan la asistencia médica, la seguridad social y la atención sanitaria con servicios adecuados, para culminar con el compromiso por parte de los Estados de crear un sistema de protección de la salud que brinde, más que el derecho a estar sano, el acceso al disfrute del nivel más alto posible de salud.

Se puede determinar que en Colombia el derecho a la salud pública está conformado por un sistema de seguridad social que cubre

todas las fases de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad, de acuerdo a los niveles de atención y de complejidad a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es, como afiliado cotizante, como afiliado beneficiario, como afiliado subsidiado o como vinculado al sistema.

Para la doctrina nacional el bien jurídico salud pública está integrado por aquellas condiciones que le sirven al cuerpo social o coasociado a mantener o recuperar la salud física y mental. El titular del bien jurídico es el colectivo social, esto es, un grupo indeterminado de personas.

El peligro comprende la consumación del delito. La lesividad del bien jurídico salud pública se comprende como la afectación del escenario que reserva la salud del coasociado o, dicho de otro modo, lo que se afecta con la conducta externa del autor o participe son las condiciones que le permiten al individuo mantener o recuperar su salud.

Referencias

- Ardila B., H. y otros. (2004). *Lecciones de derecho penal, parte especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arboleda V., M. y Ruiz S. (2008). *Manual de derecho penal, parte general y especial*. 9ª ed. Bogotá: Editorial Leyer.
- Castro C., C. G. y otros (2009). *Derecho penal en la sociedad del riesgo*. Bogotá: Editorial Ibáñez.
- Cadavid Q., A. (1998). *Introducción a la teoría del delito*. Medellín: Biblioteca jurídica Dike.
- Caparros, F. E. (2010). *Doctrina internacional sobre el bien jurídico*. Texto en proceso de edición.
- Demetrio C., E. (2006). Derecho penal del enemigo. Sobre la ilegitimidad del llamado "derecho penal del enemigo" y la idea de seguridad. Recuperado de http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/pdf/El_derecho_penal_del_enemigo.pdf

Pabón P., P. A. (2005). *Manual de derecho penal, parte general y especial*. 7ª ed. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.

Pérez P., L. C. (1990). *Derecho penal: parte general y especial*. Tomo III, 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis.

Vargas P., T. (2007). *Delitos de peligro abstracto y resultado*. Pamplona (España): Editorial Aranzadi.

Valencia, J. E. (2007). *Derecho penal colombiano, parte especial*. Tomo I. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley.