



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 572

Bogotá, D. C., viernes, 21 de julio de 2017

EDICIÓN DE 8 PÁGINAS

DIRECTORES:	GREGORIO ELJACH PACHECO	JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
	SECRETARIO GENERAL DEL SENADO www.secretariassenado.gov.co	SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 265 DE 2017 SENADO, 94 DE 2016 CÁMARA

por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Representante

ÁLVARO LÓPEZ GIL

Comisión Séptima de Cámara

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 Piso 5°

Ciudad

Asunto: Comentarios al texto de publicación del Proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 94 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

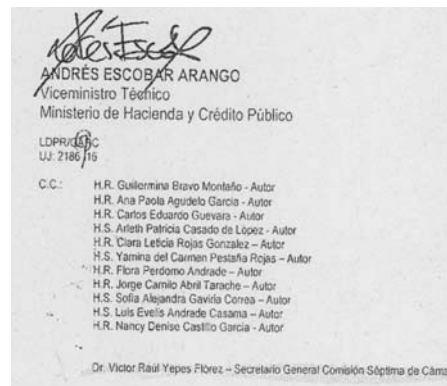
Respetado Presidente:

En atención a su solicitud mediante la cual se solicita concepto institucional sobre el proyecto de ley del asunto, me permito informar que esta Cartera no tiene objeciones de tipo fiscal.

No obstante lo anterior, y de conformidad con el artículo 7° de la Ley 819 de 2003, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estará al tanto del trámite legislativo del presente proyecto y, en caso de ser necesario, hará uso de la facultad del artículo referenciado, para poner de presente las observaciones

de carácter fiscal que sean necesarias dentro del trámite legislativo.

Cordialmente,



COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diecinueve (19) días del mes de julio del año dos mil diecisiete (2017).

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes consideraciones.

Concepto de: Ministerio de Hacienda

Refrendado por: Andrés Escobar Arango.

Al proyecto de ley: Proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 094 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

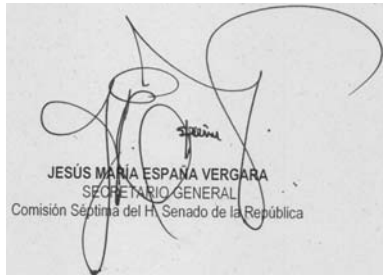
Número de folios: dos (2).

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: trece (13) de julio de 2017.

Hora: 5:15 p. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

* * *

**CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO
DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL
PROYECTO DE LEY NÚMERO 265 DE 2017
SENADO, 094 DE 2016 CÁMARA**

por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C.,

Doctor

VÍCTOR RAÚL YEPES FLÓREZ

Comisión Séptima Constitucional

Cámara de Representantes

Carrera 7ª N° 8-68

Ciudad

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 094 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

Señor Secretario:

Teniendo presente que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido, se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 613 de 2016.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2° del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3 del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinente realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones:

1. Contenido del proyecto de ley

Se propone la prohibición de la práctica de la prueba de embarazo o certificación de ausencia de estado de gravidez como un requerimiento en la selección, vinculación, promoción, permanencia o renovación en un cargo ya sea de índole público o privado, salvo que sea ineludible para un empleo u ocupación calificada como de Alto Riesgo, así declarado por el Ministerio de Trabajo (artículo 1°). Igualmente, la norma que se pretende contempla la imposición de multas a las empresas o entidades que cometan esta clase de conductas (artículo 2°).

Tras esto, es dable anotar que la iniciativa legislativa *sub examine* ya había sido radicada en legislaturas pasadas (Cfr. Proyecto de ley número 024 de 2012

Cámara, Proyecto de ley número 063 de 2014 Cámara y Proyecto de ley número 030 de 2015 Cámara), lo que conllevó a que esta Cartera se pronunciara mediante Conceptos número 201211402394091, número 201411401212161 y número 201511401309341. Por tal razón, se retomarán algunos de los elementos trabajados en su momento con ajustes y adecuaciones debido a su pertinencia y por mantenerse aún vigentes.

2. Consideraciones

2.1. La protección de la mujer y, en general de quienes se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, constituye un deber estatal y es proyección inequívoca del garantismo que caracteriza a nuestro ordenamiento constitucional.

Es más, comporta una obligación de la sociedad en su conjunto tomando en cuenta los deberes de la persona y el ciudadano, como lo es el de “*obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas*” (artículo 95 numeral 2 C. Pol.), estrechamente relacionado con el artículo 1° superior y con el Preámbulo. De ahí que el ordenamiento constitucional entronice el enfoque que ha desarrollado el profesor Luigi Ferrajoli en el sentido de caracterizarlo como la ley del más débil¹.

2.2. En cuanto a la protección de la mujer, históricamente se han dado pasos tendientes a mitigar el arraigado patriarcalismo de las relaciones sociales el cual, no obstante, ha guiado la conducta de los Estados² y de la sociedad. Hasta hace muy poco y para reproche mundial, los derechos de la mujer estaban seriamente restringidos. Para tomar solo un caso emblemático entre nosotros, el derecho al voto solo se conquistó hace 60 años. Ocurría lo propio en el escenario internacional, inserto en un pensamiento de minusvalía y de inferioridad en las capacidades, producto de visiones sesgadas de la sociedad que incluso llegaron a ser justificadas por pensadores de la talla de Kant o Schopenhauer, en frases lapidarias y misóginas.

Dentro de la Francia revolucionaria de fines del siglo XVIII, la mujer que osó proponer la Declaración de los Derechos de la Mujer y de la Ciudadana en 1791, Olympe de Gauges o Marie Gouze, terminó en la guillotina por su defensa a los Girondinos y por su posición antipatriarcal y de censura a la esclavitud.

Este imaginario propició muestras de violencia en su contra y tratamientos crueles que no eran propios a los de un sujeto de derechos. Uno de los aspectos olvidados ha sido, precisamente, la economía del cuidado que es esencial a cualquier aparato productivo aunque no se ha tenido presente o haya sido tratada de forma peyorativa.

En ese orden y como parte del propósito de hacer prevalecer dicha igualdad de modo comparativo y relacional, los Derechos Humanos de la Mujer en la esfera internacional, se han manifestado ascendientemente. Han ocupado la atención en el mundo

¹ FERRAJOLI, Luigi DERECHOS Y GARANTÍAS, LA LEY DEL MÁS DÉBIL. Editorial Trotta, Madrid 2001.

² Cfr. West Robin. Género y Teoría del Derecho. Ediciones Uniandes. 2004. En la novela de Gioconda Belli, *El país de las mujeres*, ed. la otra orilla, Bogotá 2010, se alude a una gestión del Estado a través de mujeres y con su sensibilidad propia.

y, de manera especial, en organismos de consenso como las Naciones Unidas. La principal preocupación ha sido cómo combatir la situación de discriminación, desigualdad y prejuicios acumulados contra ella. Es por ello que la elaboración de normas de protección internacional de la mujer se ha fundamentado en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la cual es conducente evocar: “**Artículo 2°.** *Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna [...]* **Artículo 7°.** *Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley [...]*”, preceptos que están en consonancia con lo señalado en los artículos 16 y 25 que se refieren a derechos fundados en la condición de la mujer.

La Corte Constitucional, por su parte, ha sintetizado la protección a la mujer a nivel internacional en los siguientes términos:

[...] 1.4.2.1. *Obligaciones internacionales en el campo de la protección de los Derechos Humanos.* En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la Corte recuerda las obligaciones estatales derivadas del derecho de las mujeres a vivir dignamente, libres de toda forma de discriminación y de violencia. Estas obligaciones están plasmadas, principalmente, en (a) la Declaración Universal de Derechos Humanos³, (b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴, (c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵, (d) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer⁶, y (e) la Convención interamericana

para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [...]^{7,8}

Este horizonte de protección quedó reflejado en los artículos 5°, 13, 43 y 53 de la Constitución Política. Al respecto, es de anotar que antes de 1991 no existía ningún artículo constitucional que consagrara los derechos de las mujeres; la inclusión de algunos de estos derechos y su reglamentación ha permitido una mayor y mejor participación de ellas, así como unas medidas específicas de salvaguarda. A nivel jurisprudencial, esta protección ha sido insistente en torno a la maternidad⁹, a la vez que ha incorporado gran cantidad de espacios donde la mujer se desarrolla a nivel político, social, laboral, etc., sin que se considere que se ha llegado a un punto final en la protección.

2.3. No obstante lo anterior, existen una serie de conductas soslayadas que afrentan la condición de la mujer y en especial su libre desarrollo de la personalidad, su intimidad, el derecho al trabajo y el derecho a la igualdad. Es lo que acontece cuando se exigen cierta clase de pruebas de ingreso que son efectivamente discriminatorias y que deben ser enérgicamente censuradas pues trastocan valores esenciales de nuestro Estado Social de Derecho, como

y a la humanidad” (Preámbulo) . que los Estados Partes se comprometen a “*seguir, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer*”, con claras obligaciones positivas que de allí se derivan (artículo 2°), por lo cual “*tomarán en todas las esferas, y en particular en las esferas política, social, económica y cultural, todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para asegurar el pleno desarrollo y adelanto de la mujer, con el objeto de garantizarle el ejercicio y el goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre*” (artículo 3°).

⁷ De conformidad con la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belem do Pará), “*la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades*”, “*la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*”, y “*la eliminación de la violencia contra la mujer es condición indispensable para su desarrollo individual y social y su plena e igualitaria participación en todas las esferas de vida*”, por lo cual los Estados Partes reconocen que “*toda mujer tiene derecho a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado*” (artículo 3°), “*toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*” (artículo 4°), “*toda mujer podrá ejercer libre y plenamente sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales y contará con la total protección de esos derechos consagrados en los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos*” y “*la violencia contra la mujer impide y anula el ejercicio de esos derechos*” (artículo 5°), obligándose en consecuencia a “*adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia*” (artículo 7°).

⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, Auto número 092 de 14 de abril de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁹ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-021 de 18 de enero de 2011, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.

³ En virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (artículo 1°) “*toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de... sexo*” (artículo 2°), y “*todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*” (artículo 7°).

⁴ Según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “*la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables*”, los cuales “*se derivan de la dignidad inherente a la persona humana*” (preámbulo), “*los Estados Partes en el Presente Pacto se comprometen a garantizar a hombres y mujeres la igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos enunciados en el presente Pacto*” (artículo 3°), y “*la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... sexo*” (artículo 26).

⁵ La Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que sus Estados Partes “*se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de... sexo*” (artículo 1°) y que todas las personas “*tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley*” (artículo 24).

⁶ La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que “*la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, que dificulta la participación de la mujer, en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país, que constituye un obstáculo para el aumento del bienestar de la sociedad y de la familia y que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país*

los ya referidos. Se trata de esta clase de código rojos¹⁰ empresariales que no son otra cosa que normas que se aplican velada o subrepticamente con mayor rigor que la propia norma válida pero que ninguna autoridad reconoce como realmente existentes. Resulta, no sobra decirlo, un atentado ostensible a su dignidad y una carencia absoluta de sujeción a las normas de protección a la mujer. Constituye, por lo tanto, una práctica violenta en el sentido en el que impone a la mujer una carga psicológica que doblega su ser y hace recordar prácticas esclavistas y de servidumbre.

En relación con la prohibición de la prueba de embarazo, es claro que ello constituye una práctica discriminatoria y reprochable que atenta contra principios fundamentales de nuestro Estado y así lo ha manifestado la Corte Constitucional:

[...] Se trata de la práctica de ciertas empresas, de exigir a sus trabajadoras pruebas de embarazo como condición para el ingreso o para la estabilidad en el empleo. Dicha conducta ha sido catalogada por la Corte Constitucional como reprochable y esta Corporación ha señalado que implica una grave vulneración de los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo de las empleadas.

Al respecto ha señalado lo siguiente:

“[...] toda mujer tiene derecho a la maternidad y es libre de definir, en los términos del artículo 42 de la Carta Política, junto con su pareja, el número de hijos y el momento en el cual quedará en estado de gravidez, independientemente de si se encuentra o no vinculada laboralmente.

“Ninguno de los dos derechos enunciados puede ser sacrificado, por la voluntad unilateral del patrono, en términos tales que se vea la mujer expuesta a una forzada escogencia entre sus oportunidades de trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad.

“En ese orden de ideas, todo acto del patrono orientado a “sancionar” o a impedir el embarazo de la empleada, o a investigar si él existe para que de allí dependa el acceso, la permanencia, o la promoción de la mujer en el trabajo, se revela como ilegítimo e inconstitucional y, en los términos dichos, puede ser objeto de acción de tutela.

“Así, la exigencia de “pruebas de embarazo” por parte de una empresa, con el propósito de condicionar el ingreso o la estabilidad de la trabajadora en la nómina de la misma, es una conducta reprochable que implica vulneración del derecho a la intimidad de la empleada y de su familia y que lesiona también el libre desarrollo de su personalidad, afectando por contera el derecho al trabajo”.

Independientemente de las discusiones legales que pueda propiciar la supuesta manipulación de los resultados de la prueba de embarazo presentada por la accionante a su empleador, desde una perspectiva constitucional, **resulta de tajo inaceptable la solicitud de este tipo de exámenes como requisito para ingresar a un empleo, dado que vulnera de manera grave los derechos a la intimidad, el libre**

desarrollo de la personalidad y el trabajo de las empleadas [...]¹¹. [Énfasis fuera del texto].

Sobre el particular, es alarmante que, según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud¹², un promedio de tres de cada diez mujeres se les exige de manera soslayada, la prueba de embarazo, corroborando el peso que aún tiene esa práctica inconstitucional e incluso hasta un certificado de esterilización.

El cuadro que se aporta en dicha investigación y al cual se alude en la exposición de motivos del proyecto de ley, resulta de la mayor relevancia para entender cuál es el alcance de dicha conducta y su entronización social, discriminada tanto por edades de la mujer como por departamentos.

En cuanto a lo primero, las cifras que a continuación se describen, extractadas de la mencionada encuesta, reflejan la magnitud de la vulneración:

Grupo etáreo	Exigencia prueba de embarazo (%)	Exigencia prueba de esterilización (%)
15-19	7,8%	0,7%
20-24	26,9%	1,7%
25-29	34,1%	2,1%
30-34	36,2%	2,2%
35-39	36,3%	2,8%
40-44	33,2%	2,9%
45-49	31,3%	2,1%

Fuente: Encuesta Nacional de Salud y Demografía 2010, Profamilia, 2011¹³.

Como se advierte, en el grupo etario de 35-39 la sumatoria de esta práctica llega a 39,1%. Desde el punto de vista regional, en una muestra, se resalta lo siguiente:

Departamento	Exigencia prueba de embarazo (%)	Exigencia prueba de esterilización (%)
Bogotá, D.C.	50,3%	2,2%
Cundinamarca	40,1%	2,5%
Valle	33%	2,7%
Antioquia	31,1%	1,8%
Chocó	10,3%	1,0%
Putumayo	9,7%	1,0%
Amazonas	8,8%	0,9%

Fuente: Encuesta Nacional de Salud y Demografía 2010, Profamilia, 2011¹⁴.

Como se logra percibir, es Bogotá, D. C. uno de los lugares donde ocurren con mayor frecuencia estas conductas (la suma sería de 52,5%), seguido de los departamentos de Cundinamarca (42,6%) y Valle (35,7%), al paso que en las zonas más alejadas de la geografía nacional esta clase de vulneraciones son bastante inferiores sin que se desconozca que sean representativas.

2.4. Estas circunstancias justifican la norma proyectada y la respuesta estatal frente a una práctica que debe ser eliminada. No obstante, en lo que se refiere al articulado propuesto, se efectúan ciertos comentarios, destinados a precisar algunos de los aspectos allí previstos:

i. En cuanto a la imposición de la multa, es conducente que se señale, concretamente, cuál sería el ente competente para imponerla (juez natural). En principio, tal atribución estaría a cargo del Ministerio de Trabajo, teniendo en cuenta las competencias asignadas a esa Cartera mediante el Decreto-ley 4108

¹⁰ En la vía de decisiones que son regla pero que no se hacen públicas porque son ilegales. Cfr. Cortina Adela, *Hacia un Pueblo de Demonios*, Ed. Taurus, Madrid 1998, páginas 38 y 39.

¹¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-071 de 1° de febrero de 2007, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

¹² Encuesta Nacional de Salud y Demografía, 2010, Profamilia 2011.

¹³ Capítulo IV, página 41.

¹⁴ Capítulo IV, página 42.

de 2011, en la medida que se trata de una norma que protege el acceso al trabajo en condiciones dignas y justas. Se entiende, en todo caso, que el procedimiento sería el previsto para el régimen administrativo sancionatorio contenido en la Ley 1437 de 2011 (artículos 47 a 52).

Al respecto, la Corte Constitucional¹⁵ ha insistido que el régimen sancionatorio administrativo debe estar caracterizado, entre otros, por los siguientes elementos:

- Tipicidad, o descripción clara de la conducta sancionable.

- Consecuencia por incurrir en la conducta, *v. gr.*, la sanción. Debe, igualmente, estar plenamente determinada de tal forma que no se deba acudir a analogías o adaptaciones normativas.

- Proporcionalidad de la sanción, vale decir, correspondencia entre el comportamiento sancionable y el resultado a que ello conduce.

- Entidad competente para su imposición.

De otro lado, la sanción que se imponga debe tener en cuenta la naturaleza de la entidad.

ii. Acorde con lo que se viene tratando y como se ha expresado, en temas tan sensibles, es evidente que las sujeciones normativas deban contar con respuestas condignas. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado:

[...] Si mientras la Constitución protege el derecho a la vida, el legislador no hace punible el delito de homicidio, y el juez no cumple eficazmente con su función judicial, un homicidio impune es, no solamente la vulneración de un derecho fundamental por parte de un particular, sino, en última instancia, un hecho cuya responsabilidad compete directamente al Estado.

Por ello, el hecho de que exista nueva concepción de orden constitucional y de los derechos fundamentales, que se convierten en normas de obligatorio cumplimiento frente a todos, no implica que el Estado diluya o comparta su responsabilidad, sino por el contrario la acrecienta, debiendo responder, de una u otra manera, por la eficaz aplicación de tales derechos [...]

[...] Todo lo cual lleva a la conclusión de que, si bien los particulares están vinculados por la fuerza normativa de los derechos constitucionales fundamentales, es el Estado el principal responsable de su protección, garantía, respeto y promoción [...]

[...] el Estado tiene una responsabilidad en relación con los derechos constitucionales fundamentales cuando, de manera organizativa y estructural, opera negligentemente: Esto es, cuando no administra justicia de manera eficiente; cuando no legisla en relación con los derechos, de tal manera que el ciudadano carezca de instrumentos legales para defenderse de abusos y violaciones; cuando la administración solo actúa en favor de intereses particulares. En fin, en este otro aspecto de la relación Estado-derechos, los ejemplos también son innumerables.

En Colombia, la responsabilidad que se deriva de estas dos modalidades de actuación del Estado en relación con los derechos constitucionales fundamentales, ha sido objeto de un sabio e importante

¹⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-379 de 23 de abril de 2008, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

desarrollo jurisprudencial, fundado principalmente en el concepto de “falla en el servicio”, desarrollado básicamente por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

Pues bien, en virtud de que el Estado también es responsable en relación con los derechos constitucionales fundamentales –en el sentido de que no solo no debe vulnerarlos sino que debe hacer todo lo que esté a su alcance para respetarlos, garantizarlos, protegerlos y promoverlos–, es como se explica la existencia de una norma como la acusada en este proceso de inconstitucional, vale decir, el artículo 279 del Código Penal.

En efecto, una de las formas en que el Estado cumple su deber de proteger los derechos constitucionales fundamentales es tipificando como delitos, conductas en que los particulares o los agentes del Estado pueden vulnerar dichos derechos. Tal es el caso del tipo penal de tortura. La inexistencia de ese tipo penal eliminaría un eficaz instrumento de protección de derechos, mediante el cual el Estado anuncia una sanción penal para quien realiza esa conducta vulneradora y, de realizarse, la aplica.

Por ser precisamente esta norma un instrumento eficaz de protección de los derechos constitucionales fundamentales (en particular del derecho a la integridad personal y a la autonomía personal), como ha quedado explicado, el cargo no prospera y la norma será declarada exequible [...] ¹⁶. [Énfasis fuera del texto].

Por ello es plenamente comprensible que determinadas conductas se incorporen al catálogo de aquellas que merecen sanción de carácter penal. Existe un sustrato social y político que permite vislumbrar la necesidad de crear figuras especiales de carácter penal. En general, se protegen, de esta manera, los valores y derechos que tienen una mayor entidad y cuya vulneración produce grandes repercusiones en la sociedad.

No obstante, en el Estado Social de Derecho la facultad punitiva se encuentra limitada por el principio de necesidad, lo que implica que el uso del derecho penal es la *última ratio* a utilizar dentro del plexo de facultades de las que puede hacer uso el Estado para mantener una convivencia pacífica¹⁷. En tal sentido, el profesor Nicolás García Rivas, ha señalado que los criterios de *merecimiento de protección del bien jurídico y la necesidad de protección penal de dicho bien*, son directrices adecuadas para abordar el derecho punitivo y, en tal virtud, aclara:

[...] la admisión de un bien jurídico en el ámbito penal no se debe efectuar siguiendo únicamente el criterio de la importancia del bien, sino teniendo en cuenta al mismo tiempo **la gravedad de los ataques que se pretenden prevenir** [...] Este carácter “mínimo” o subsidio de la intervención penal nos sitúa desde otro ángulo, en el clásico postulado de la fragmentariedad del Derecho punitivo, que exige justamente que los bienes merecedores de protección penal sean tutelados, por regla general - de manera “fragmentaria”, es decir, únicamente **contra las modalidades de agresión**

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, C-587 de 12 de noviembre de 1992, M. P. Giro Angarita Barón.

¹⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-647 de 20 de junio de 2001, M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

más graves y relevantes rechazando una tutela abrumadora o “totalitaria” y, por ello, también uniforme e indiferenciada. En definitiva el principio de fragmentariedad impone que el Derecho penal siga siendo un archipiélago de pequeños islotes en medio del gran océano de lo penalmente indiferente (aun siendo jurídicamente relevante) [...]

[Énfasis fuera del texto]¹⁸.

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

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

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

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

que hacen parte del bloque de constitucionalidad (C. P. artículo 93) tiene el deber de investigar y sancionar¹⁹.

Conforme con lo precedente, la acción típica y por ende, el desvalor que ella implica frente a una acción y resultado determinado, está signada por una decisión del legislador y, por tanto, es producto de la valoración legislativa que debe atacar precisamente las modalidades más graves y relevantes de agresión a los bienes tutelados, por ejemplo, en la vida, la salud, el patrimonio, la seguridad pública, etc., como en el presente caso se pretende²⁰. Ahora bien, desde el punto de vista de la criminología es preciso tener en cuenta que un incremento de penas, por sí solo, no es garantía de cumplimiento de las normas. Incluso se ha llegado a concluir que es más importante y tiene un valor superior que las existentes sean acatadas.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia.

Atentamente,

COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE
LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diecinueve (19) días del mes de julio del año dos mil diecisiete (2017)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes Consideraciones.

Concepto de: Ministerio de Salud

Refrendado por: Alejandro Gaviria Uribe

Al proyecto de ley: Proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 094 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

Número de folios: trece (13)

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: trece (13) de julio de 2017.

Hora: 5:15 p. m.

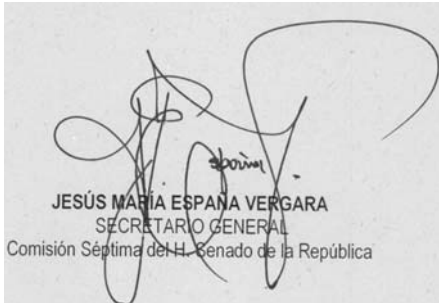
¹⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho, Comisión Asesora de Política Criminal, Informe Final, Bogotá, junio de 2012, página 19.

²⁰ Una de las vertientes contemporánea más importantes, como lo es la del doctrinante alemán Claus Roxin, postula al fundamentar su Teoría de la Imputación Objetiva –y del Injusto Penal– que: “[...] un sistema de Derecho Penal racional en cuanto a sus fines se diferencia en el ámbito del injusto de los proyectos sistemáticos causales y finales no solamente a través de su apertura a los empírico y político-criminal, sino precisamente por no reconocer que la acción típica sea exclusivamente algo dado previamente conforme al ser; esta es más bien un producto de valoración legislativa [...]” (Roxin, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción Abanto Vásquez, Manuel A. Editorial Idemsa. Lima-Perú. 1998. Página 29).

¹⁸ García Rivas, Nicolás. Poder Punitivo en el Estado Democrático. Servicio de Publicaciones de la Universidad de Castilla - La Mancha. 1996. Página 55.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL INSTITUTO NACIONAL DE SALUD AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 265 DE 2017 SENADO, 094 DE 2016 CÁMARA

1000 – 13619

Bogotá, D. C., 29 de septiembre de 2016

Doctor

VÍCTOR RAÚL YEPES FLÓREZ

Secretario

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68 piso 5°.

Email: comision7septima@gmail.com, comision7septima@camara.gov.co.

Teléfonos: 3824060-3824062

Bogotá, D. C.

Asunto: Concepto Proyecto de ley número 094 de 2016 Cámara.

Respetado doctor Yepes:

En respuesta a su solicitud, respecto a la emisión de concepto relacionado con el Proyecto de ley número 094 de 2016 Cámara, *por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones* me permito manifestar lo siguiente:

Cuando se realiza el proceso de selección al personal a nivel laboral, no se debe exigir la prueba de embarazo, dado que se trata de una práctica de discriminación hacia la mujer y por otro lado la Corte Constitucional, la ha catalogado como reprochable y ha señalado que implica una grave vulneración de los derechos a la intimidad, el libre desarrollo de la personalidad y el trabajo de las empleadas.

Al respecto la Constitución Política de Colombia en diferentes apartes señala:

Artículo 25:

“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Artículo 42:

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos,

por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

Las relaciones familiares se basan en la igualdad de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

(...)”.

Artículo 53:

“(…) La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

(...)

En el Capítulo V del Código Sustantivo del Trabajo establece la protección especial a la maternidad, dentro de la cual hace parte la prohibición de despedir a la trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, lo anterior aunado a las disposiciones contempladas en la Ley 1468 de 2011, en especial en su artículo 2°.

Además se constituye como una violencia de género, dado que se está incurriendo en un acto de discriminación, ya que hay exigencias adicionales a las de los hombres.

Frente a lo anterior la Corte Constitucional en reiteradas Jurisprudencias expone:

“(i) Existe una obligación general y objetiva de protección a la mujer embarazada y lactante a cargo del Estado; (ii) esa protección se traduce en un fuero de la mujer frente a posibles discriminaciones en el ámbito laboral como consecuencia de su estado de gravidez o maternidad (entiéndase periodo de lactancia); (iii) el valor que tiene la vida en nuestro ordenamiento constitucional impone el deber al Estado de proteger no solo a la mujer como gestadora de vida, sino también al natus y al que acaba de nacer; y (iv) la protección a la madre embarazada o en periodo de lactancia garantiza además la salvaguarda de la familia como institución base de la sociedad”¹.

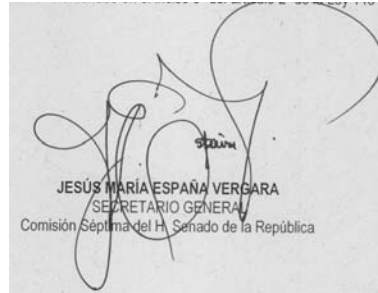
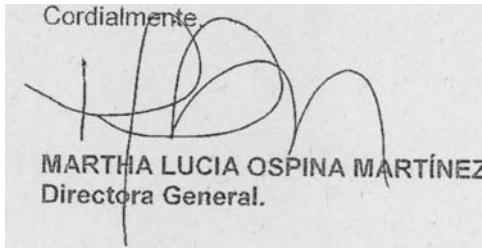
A diferencia de la prueba de embarazo, se considera por parte de este Despacho, que sí debería ser necesario la solicitud de la prueba de Creatinina, dado que con esta se podría detectar precozmente daño en la función renal de la población, la cual debería ser obligatoria a los empleadores quienes deberían entregar los

¹ Sentencia T-092 de 2016 M. P. Alejandro Linares Cantillo.

resultados de esta prueba de ingreso a la ARL y a su vez reportarlas al Ministerio de Salud y Protección Social, para que el país pueda aprovechar esta medición en sus acciones y políticas en salud pública.

Lo anterior en cumplimiento a lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario,



COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los diecinueve (19) días del mes de julio del año dos mil diecisiete (2017)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República, las siguientes Consideraciones.

Concepto de: INS

Refrendado por: *Martha Lucía Ospina Martínez*

Al proyecto de ley: Proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 094 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.

Número de folios: cuatro (4)

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: trece (13) de julio de 2017.

Hora: 5:15 p. m.

CONTENIDO

Gaceta número 572 - viernes 21 de julio de 2017

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTO JURÍDICO

Págs.

Concepto Jurídico Ministerio de Hacienda y Crédito Público al proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 94 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.	1
Concepto jurídico del ministerio de salud y protección social al proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 094 de 2016 Cámara, por medio de la cual se prohíbe la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones.	2
Concepto jurídico del instituto nacional de salud al proyecto de ley número 265 de 2017 Senado, 094 de 2016 Cámara.....	7