



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401309341

Fecha: 03-08-2015

Página 1 de 16

Bogotá D.C.,

Doctora
AMPARO YANETH CALDERÓN PERDOMO
Comisión Primera Constitucional
Cámara de Representantes
Carrera 7ª N° 8 – 68
Ciudad

ASUNTO: Concepto sobre el proyecto de ley **030/15 (C)** “por medio de la cual se adiciona un artículo en la Ley 1257 de 2008 para que se prohíba la práctica de la prueba de embarazo como requisito laboral y se dictan otras disposiciones”.

Cordial Saludo,

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.

Al respecto, este Ministerio, en ejercicio de las competencias constitucionales y legales que le asisten, en especial las previstas en el inciso 2º del artículo 208 de la Constitución Política y el numeral 3º del artículo 59 de la Ley 489 de 1998, formula las siguientes observaciones:

1. CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

Se propone la adición de un artículo a la Ley 1257 de 2008 en el sentido de eliminar la práctica de la prueba de embarazo o certificación médica de ausencia de estado de gravidez como requisito o prerrequisito en la “selección, vinculación, promoción laboral, permanencia o renovación laboral para cualquier cargo o empleo, sea este de carácter público o privado”, salvo que sea necesario para el empleo u ocupación calificada de Alto Riesgo. La norma proyectada contempla la imposición de multas a las empresas o entidades que cometan esta clase de conductas y complementa el tipo penal de discriminación contenido en la Ley 599 de 2000 y adicionado por la Ley 1482 de 2011.

Recibido
Paolo
12/08/15
11:36am



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401309341

Fecha: 03-08-2015

Página 2 de 16

Tras esto, es dable anotar que la iniciativa legislativa *sub examine* ya había sido radicada en legislaturas pasadas (Cfr. PL 024/12 – C y PL 063/14 – C), lo que conlleva a que esta Cartera se pronunciara mediante conceptos N° 201211402394091 y N° 201411401212161. Por tal razón, se retomarán algunos de los elementos trabajados en su momento 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. 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”* (art. 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 sólo un caso emblemático entre nosotros, el derecho al voto sólo 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.

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.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 3 de 16

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 ascendentemente. Han ocupado la atención en el mundo y, de manera especial, en organismos de consenso como las Naciones Unidas. La principal preocupación ha sido como 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 2º. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna [...] Artículo 7º. 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

³ En virtud de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*” (Art. 1), “*toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de... sexo*” (Art. 2), y “*todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación*” (Art. 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*” (Art. 3), y “*la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de... sexo*” (Art. 26).

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

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401309341

Fecha: 03-08-2015

Página 4 de 16

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 5º, 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

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” (Art. 1) y que todas las personas “tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley” (Art. 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 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 (Art. 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” (Art. 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” (Art. 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” (Art. 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” (Art. 5), obligándose en consecuencia a “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia” (Art. 7).

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

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

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

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 5 de 16

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 su defensa pues aún subsisten prácticas que siguen afectándolas sensiblemente.

- 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 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 catalogado 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.”

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, págs. 38 y 39.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 6 de 16

“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].

Al respecto, 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%

¹¹ **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-071 de 1º de febrero de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

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



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 7 de 16

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 etáreo 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 consagrada en el parágrafo 3º del artículo 1º, es conducente que se señale, concretamente, cuál sería el ente competente para imponerla (juez natural). En principio, tal atribución estaría a cargo del Ministerio del Trabajo, teniendo en cuenta las competencias asignadas a esa Cartera mediante el Decreto-ley 4108 de 2011, en la medida

¹³ Capítulo IV, pág. 41.

¹⁴ Capítulo IV, pág. 42.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401309341

Fecha: 03-08-2015

Página 8 de 16

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 (arts. 47 a 52).

Sobre el particular, 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 y, por ende, no podría ser procedente la suspensión de la licencia de funcionamiento en todos los casos, específicamente cuando se trata de entidades públicas para el evento de que ocurran tres o más casos comprobados.

- ii. En relación con lo previsto en el párrafo 2° y como se ha indicado, esta clase de conductas son reprochables. En temas tan sensibles, es evidente que las sujeciones normativas deben contar con respuestas condignas. Al respecto, 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

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

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

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

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].

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

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

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 10 de 16

Por ello es plenamente comprensible que la conducta se incorpore al catálogo de aquellas que merece 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 *ultima 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 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 una 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 los 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.

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

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



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 11 de 16

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

18. Estas consideraciones muestran que un Estado democrático fundado en los derechos humanos debe evitar los desbordamientos punitivos. Ni la idea del Estado social de derecho (CP art. 1º) ni los deberes de justicia y solidaridad que ésta impone (CP art. 2º), ni el reconocimiento de los deberes de las autoridades de respetar y garantizar los derechos humanos, implican una fuga hacia el derecho penal. Por el contrario, este tipo de Estado se funda en una minimización de la intervención punitiva del Estado, pues si el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares y la garantía y protección de los derechos humanos puede ser alcanzada por vías distintas a la penal, como la política social, las políticas preventivas o el uso de mecanismos administrativos de control, entonces es ilegítimo recurrir al instrumento penal. Por ello, por su opción por la libertad y la dignidad humanas, sólo de manera excepcional la Constitución o los pactos de derechos humanos imponen deberes de penalización, lo cual sucede específicamente con conductas extremas, atentatorias de bienes constitucionales superiores, como la vida e integridad personales, como son los delitos de lesa humanidad, los crímenes de guerra u otras violaciones muy graves a los derechos humanos, que el Estado colombiano, en desarrollo de deberes internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (CP art. 93) tiene el deber de investigar y 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,

¹⁹ Ministerio de Justicia y del Derecho, Comisión Asesora de Política Criminal, Informe Final, Bogotá, junio de 2012, pág. 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; ésta es más bien un producto de valoración legislativa [...]” (Roxin, Claus. *Dogmática Penal y Política Criminal*. Traducción Abanto Vásquez, Manuel A. Editorial Idemsa. Lima – Perú. 1998. Pág. 29).



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 12 de 16

desde el punto de vista de la criminología es preciso tener en cuenta que un incremento de penas, por sí sólo, 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.

- iii. Finalmente, en lo concerniente al tipo penal, se sugiere una descripción más técnica para evitar que la conducta no sea sancionada. Desde luego, en la norma no es posible incorporar expresiones como “puede ser catalogada” pues ello genera la opción de que no lo sea. Es claro, entonces, que el tipo penal debe ser asertivo y contundente y establecer, visiblemente, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la conducta de tal manera que se logre hacer frente a aquellos códigos rojos que existen en algunas empresas. En esta clase de conductas se responsabiliza a quien es, simplemente, un instrumento de una práctica ilegal. En consecuencia, se sugiere que el tipo penal sea construido y que no surja de una remisión pues plantearía problemas para el aplicador jurídico.

En este punto, es necesario preguntarse acerca de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Efectivamente, la misma doctrina ha evidenciado la necesidad de contrarrestar la creciente y moderna criminalidad económica o empresarial. También es de suma importancia tomar en cuenta el aspecto sociológico, pues diversos estudios especializados en la materia han venido a demostrar que las organizaciones complejas denotan una personalidad propia y particular, una aptitud grupal que, la más de las veces, queda al margen del comportamiento individual de sus miembros lo que pone de manifiesto que las personas cambian su conducta cuando se sienten protegidas dentro del grupo, llegando en casos extremos a cometer eventos delictuosos cubriéndose en la fachada de la persona jurídica.

Según la conocida “Teoría de la Realidad”, edificada por *Gierke*:

[...] una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se agrupan seres humanos, con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que entidades de este tipo llegan a alcanzar un elevado grado de concentración y organización manifestando en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa²¹.

²¹ Gracia, Martín L. Cita a Gierke en: “La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas”. Revista Peruana de Ciencias Penales N° 4 julio – diciembre de 1994, pág. 472.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401309341

Fecha: 03-08-2015

Página 13 de 16

Así, la Corporación es una persona real colectiva formada por hombres reunidos y organizados en una existencia conjunta que tiende a la consecución de fines que trascienden de la esfera de los intereses individuales, mediante la común y única fuerza de voluntad y acción. Este cuerpo social existe independientemente de toda intervención del Estado y su reconocimiento no proviene de la creación de un nuevo sujeto, sino que radica en la constatación de su existencia, tiene un simple valor declarativo. De otro lado, la persona colectiva expresa su voluntad a través de sus órganos y en este caso, no se trata de un supuesto de representación pues así como el ser humano se extingue por la destrucción de su organismo natural, la persona colectiva se extingue también por la destrucción de su organismo social o por autoridad de sus estatutos²².

Bajo este argumento, la persona física no sería la única a tomarse en cuenta como ente existente en el ordenamiento jurídico y en la misma línea de opinión, los entes colectivos no deben ser considerados únicamente como una proyección de la persona natural sino como una específica y autónoma realidad en el mundo de las relaciones humanas; por ello como refiere *Orestano Azione* “al igual que las personas físicas, las agrupaciones tienen también una voluntad que refleja naturalmente la estructura de los entes colectivos, se trata de una voluntad colectiva que se manifiesta por intermedio de sus órganos”²³.

Estas teorías entonces conciben a las empresas como sujetos sociales autónomos y en consecuencia,

[...] se trata de desarrollar una concepción racional de la regulación penal sobre las empresas partiendo de que los peligros no sólo provienen del titular de la corporación sino del sistema empresarial en si mismo pues la amenaza penal directa contra los bienes jurídicos protegidos proviene, en la mayor parte de los casos, de

²² En este sentido, López Wong, Rosario Susana, “Acerca de la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Determinación de la Naturaleza Jurídica de las consecuencias accesorias: ¿Sanción Penal o Medida Administrativa?”, en http://www.forumjuridicoabogados.com/Publicaciones/FJA_P19_06-11.pdf. [Acceso 30 de abril de 2015].

²³ Citado por Paliero, Carlo Enrico. En: Problemas y perspectivas de la responsabilidad penal de la persona jurídica en el Derecho Italiano. Anuario de Derecho Penal 1996 –Universitas Friburgensis–.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201511401309341

Fecha: 03-08-2015

Página 14 de 16

comportamientos de personas situadas en el plano directivo y no de los órganos de la persona jurídica y de otras personas con funciones de dirección²⁴.

Con esta reconocida dependencia —dice Alejandro Nieto²⁵— se hace tolerable la existencia de una potestad administrativa que repugna a tantos y, además, se facilita la aplicación a aquella de los principios del Derecho Penal.

El mismo autor sostiene, en lo referente al dogma de la culpabilidad en el caso de las personas jurídicas, que, *ab initio*, éstas, en cuanto no son personas físicas, no serían susceptibles de una imputación, como la culpabilidad, reservada por su propia naturaleza a los seres humanos. La consecuencia lógica sería la exclusión de tales personas de la responsabilidad penal o administrativa.

En nuestro medio, la Corte Constitucional, al referirse a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, señaló:

Es evidente que las sanciones a ser aplicadas a las personas jurídicas serán aquellas susceptibles de ser impuestas a este tipo de sujetos y siempre que ello lo reclame la defensa del interés protegido. En este sentido, la norma examinada se refiere a las sanciones pecuniarias, a la cancelación del registro mercantil, a la suspensión temporal o definitiva de la obra y al cierre temporal o definitivo del establecimiento o de sus instalaciones. Esta clase de sanciones —que recaen sobre el factor dinámico de la empresa, su patrimonio o su actividad— se aviene a la naturaleza de la persona jurídica y, en modo alguno, resulta contraria a las funciones de la pena. La determinación de situaciones en las que la imputación penal se proyecte sobre la persona jurídica, no encuentra en la Constitución Política barrera infranqueable; máxime si de lo que se trata es de avanzar en términos de justicia y de mejorar los instrumentos de defensa colectiva²⁶.

Y respecto a la responsabilidad de la persona jurídica, la misma providencia dijo:

Dado que a la persona jurídica y a la sociedad de hecho, sujetas a una sanción penal, se les debe garantizar el debido proceso, la Corte considera que la expresión “objetiva” que aparece en el último inciso del artículo 26 del proyecto es inexecutable. No se puede

²⁴ Dannecker, Gerhard. “Reflexiones sobre la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas”. Revista Penal N° 7 año 2001 —XII Edición de los Cursos de Postgrado en Derecho de la Universidad de Salamanca— España (enero de 2003).

²⁵ Nieto, Alejandro. *Derecho Administrativo Sancionador*, Ed. Tecnos, 2005, pág. 86.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, sent. C-320 de 30 de junio de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co

de la misma, pero no lo es con aquellos modelos que al menos en parte hacen depender la responsabilidad de la entidad del comportamiento que ésta adopte, que es, como se verá, el caso en Chile. Desde luego puede objetarse que dicho comportamiento, en cuanto siempre y necesariamente es de los órganos que actúan por ella, es en rigor también un hecho ajeno a la entidad, pero aunque eso fuera cierto — lo que es rebatido por un sector de la literatura que cree posible ver un comportamiento injusto propio de la organización — con esto se estaría extremando el argumento de la ficción a un punto que se vuelve contraproducente para quienes lo emplean, porque lo que es ficción hasta las últimas consecuencias sencillamente no puede ser titular de garantías fundamentales. No parece, en consecuencia, que se pueda impugnar con éxito — al menos en sus términos concretos — la constitucionalidad de la decisión legislativa en

²⁷ *Ibíd.*

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

Teléfono:(57-1)3305000 - Línea gratuita: 018000952525 Fax: (57-1)3305050 - www.minsalud.gov.co



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **201511401309341**

Fecha: **03-08-2015**

Página 16 de 16

favor de la responsabilidad penal de las personas jurídicas con base en el principio de culpabilidad [...] ²⁸.

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,


ALEJANDRO GAVIRIA URIBE
Ministro de Salud y Protección Social

²⁸ Hernández, Héctor. (2010). "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile". *Política criminal*, 5(9), 207-236. En: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992010000100005&lng=es&tlng=es#n28 [Acceso 30 de julio de 2015].