



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711402141781

Fecha: 02-11-2017

Página 1 de 15

Bogotá D.C.,

Doctor  
**VÍCTOR RAÚL YEPES FLÓREZ**  
Comisión Séptima Constitucional  
Cámara de Representantes  
Carrera 7ª N° 8 – 68  
Ciudad



**ASUNTO:** Concepto sobre el **PL 063/17 (C)** “por medio de la cual se establecen los derechos de la mujer en el trabajo de parto, parto y postparto y se dictan otras disposiciones o ley de parto humanizado”.

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 N° 664 de 2017.

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

Retomando una propuesta de 2009, impulsada por la entonces senadora Claudia Rodríguez, se estima que persisten las situaciones que ameritan una protección especial a la mujer y una humanización en la atención. Desde esa perspectiva, se trae a colación los casos de Uruguay (Ley 17.386 de 2001), Argentina (Ley 25.929 de 2004) y Puerto Rico (Ley 156 de 2006).

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](http://www.minsalud.gov.co)





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 2 de 15

Consecuentemente, se pretende, en el artículo 1°, regular la materia en el sentido de “[...] *garantizar los derechos de madres: a vivir el trabajo de parto, parto y posparto con libertad de decisión, consciencia y respeto, así como los derechos de los recién nacidos*”. A su turno, el artículo 2° determina el ámbito de aplicación, posteriormente, en el artículo 3°, se enuncian los derechos de la mujer y, a renglón seguido, los derechos del recién nacido (art. 4°). Tras esto, en el artículo 5°, se indica que el incumplimiento de las disposiciones se catalogara como falta a los fines sancionatorios, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que haya lugar.

## **2. CONSIDERACIONES**

### **2.1. Antecedentes**

La protección a la mujer en estado de embarazo y al que está por nacer conforma una de las expresiones más importantes del garantismo dentro de un Estado Social de Derecho como el que nos gobierna. En efecto, en ella se resumen los valores y principios que enaltecen a una sociedad, le prodigan un sentido y una proyección. A través de su prisma se puede advertir si existen avances o retrocesos en la misma y constituye una condición *sine qua non* de bienestar y desarrollo humano.

En general, ese contexto de salvaguarda se ha ido ampliando a casi todas las situaciones en las que la mujer embarazada desenvuelve su cotidianidad (la no discriminación laboral, la estabilidad en el empleo, la atención especial en salud y psicoafectiva, el desarrollo de medidas de protección y limitación del riesgo, el derecho a recibir una licencia por maternidad, la reducción del maltrato, *inter alia*), en un haz de acciones positivas y necesarias. Es indudable que la mujer en estado de embarazo se encuentra en un momento determinante a nivel físico y afectivo, por lo que requiere que la sociedad la rodee y proteja de manera efectiva, le brinde ternura y comprensión. Sin que se pase por alto postulados constitucionales como el de solidaridad (arts. 1°, 95 numeral 2) o igualdad de derechos y oportunidades (art. 43). Por ello, no basta realizar diatribas o proclamas por el derecho a la vida y a la integridad física si a la par no se toman en cuenta las condiciones especiales de las mujeres en estado de embarazo, pues no sería otro escenario sino una réplica de *flatus vocis*.





Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711402141781

Fecha: 02-11-2017

Página 3 de 15

Sobre este particular, la Corte Constitucional se ha pronunciado en múltiples oportunidades en torno a los alcances de la normatividad que regula la materia y ha amparado a la mujer defendiendo sus derechos fundamentales. Para el Máximo Tribunal:

[...] 5.- La Constitución Nacional le confiere una especial protección a la mujer durante el embarazo y luego del parto. Esta protección se desprende de varios preceptos constitucionales y, en especial, de lo consignado en los artículos 13, 43 y 53 superiores. Según lo previsto en el artículo 43 de la Constitución Nacional, la mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. Este mismo artículo proscribiera cualquier suerte de discriminación en contra de las mujeres así como resalta que las mujeres gozan de **una especial asistencia y protección estatal durante el embarazo y luego del parto**. En aquellos casos en que se trate de mujeres desempleadas o desamparadas, esta protección implica la posibilidad de recibir un subsidio alimentario por parte del Estado. Agrega la disposición contenida en el artículo 43, que el Estado “*apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia*”. (Énfasis añadido).

6.- De otra parte, y por virtud de lo dispuesto en el artículo 13 superior, se prohíben las discriminaciones por razones de sexo y se ordena al Estado promover las condiciones para que la igualdad entre las personas sea real y efectiva así como se exige adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados [...].

[...] 7.- El artículo 53 de la Constitución Nacional establece, a su turno, varios asuntos de suma importancia en relación con el tema que ocupa la atención de la Sala en la presente ocasión. Reconoce este artículo que el Congreso de la República es la institución encargada de expedir el estatuto de trabajo pero fija, de manera simultánea, las fronteras dentro de las cuales habrá de moverse la capacidad de configuración de la legislación. Establece, en tal sentido, que la ley correspondiente se formulará de modo que tenga en cuenta los principios mínimos fundamentales que enumera el mismo artículo 53 y que son los siguientes:

(i) Garantizar igualdad de oportunidades a las personas trabajadoras; (ii) asegurarles una “*remuneración mínima vital y móvil proporcional a la cantidad de trabajo, [así como] estabilidad en el empleo*”; (iii) evitar que las personas trabajadoras deban renunciar “*a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales*”; (iv) hacer efectivas las “*facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles*”; (v) garantizar a las personas trabajadoras que se haga efectiva la situación que más las favorezca cuando se presenten dudas en la aplicación o interpretación de las fuentes formales del derecho; (vi) ratificar “*la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos en las relaciones laborales*”; (vi) confirmar que se haga efectiva la “*garantía de seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario, [la] protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad*”; (vii) procurar que se garantice el derecho “*al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales*” (Énfasis fuera del texto original).

El artículo 53 destaca, además, que los Convenios Internacionales del Trabajo debidamente ratificados por Colombia, forman parte de la Legislación y subraya que “**la ley, los contratos, los**





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 4 de 15

***acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores***” (Énfasis fuera del texto original).

8.- En concordancia con la protección derivada del texto constitucional, la legislación colombiana en general<sup>1</sup> y las leyes laborales, en particular, consignan un conjunto de instituciones dirigidas a amparar a la mujer trabajadora durante el embarazo y a procurar su recuperación luego del parto así como a obtener el bienestar de la o del recién nacido<sup>2</sup>. Esta protección abarca el descanso remunerado en la época del parto o en caso de aborto, lo mismo que durante la lactancia e implica, así mismo, la prohibición de despido por causa de encontrarse la mujer en estado de embarazo o de lactancia<sup>3</sup> [...] <sup>4</sup>.

La Corte, además, ha amparado a la mujer en estado de embarazo frente a situaciones en las que pierde su trabajo y se irrespeta el fuero de maternidad previsto en la legislación laboral. Al respecto, ha precisado:

**[...] El despido de la mujer embarazada es una forma de discriminación por razones de género.**

El inciso primero del artículo 13 de la Constitución Política alude al derecho fundamental a la igualdad. La Corte ha entendido que esta garantía implica, entre otros aspectos, la prohibición de discriminación por razones de sexo, raza, lengua, entre otros, por tratarse de condiciones inherentes al ser humano que no pueden ser transmutadas por el simple querer de las personas.

<sup>1</sup> Por ejemplo el Sistema de Seguridad Social Integral creado a partir de la Ley 100 de 1993 “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”, las normas integrantes del Código Sustantivo del Trabajo y la Ley 82 de 1993 “*por la cual se expiden normas para apoyar de manera especial a la mujer cabeza de familia*”, modificada por la Ley 1232 de 2008.

<sup>2</sup> En virtud del artículo 162 de la Ley 100 de 1993, el Plan Obligatorio de Salud –POS– “[...] *permitirá la protección integral de las familias a la maternidad* [...]” y según el texto del artículo 207 de la misma Ley, el régimen contributivo reconocerá y pagará para los afiliados la licencia por maternidad. La garantía de protección a la maternidad prevista en el Plan Obligatorio de Salud –POS– del Régimen Contributivo también se encuentra dispuesta para el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado –POSS–. De otro lado, conforme al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, establece que la madre trabajadora tiene derecho a “[...] *catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso* [...]”.

<sup>3</sup> Artículos 236 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo.

<sup>4</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-145 de 1 de marzo de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Igualmente, *cfr.* sent. T-534 de 6 de agosto de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 5 de 15

En el caso particular del periodo de gestación, desde el punto de vista biológico, sólo es posible atribuirlo a la mujer. Por ello, existe una protección constitucional reforzada<sup>5</sup> para el disfrute pleno de la maternidad, sin olvidar que el hombre y la mujer están en igualdad de condiciones y pueden gozar de las mismas oportunidades. Así, cualquier discriminación causada por el estado de embarazo, es una violación al derecho a la igualdad por razón del género.

Como reconocimiento de los actos discriminatorios de los que puede ser víctima la mujer, los Estados han realizado un esfuerzo especial para garantizar la igualdad real entre los hombres y las mujeres. El Estado Colombiano, en desarrollo de este compromiso y para hacer real el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, ha ratificado instrumentos como el convenio sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el cual en su artículo 11 establece:

“2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para:

- a) Prohibir, bajo pena de sanciones, el despido por motivo de embarazo o licencia de maternidad y la discriminación en los despidos sobre la base del estado civil;
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales;
- c) Alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños;
- d) Prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajos que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella”.

De otro lado, teniendo en cuenta todas las acciones discriminatorias contra la mujer a causa del embarazo, como despidos, falta de oportunidades laborales y de ascenso, denunciadas por la OIT, la sentencia T-160 del 2 de marzo de 2006 estableció que:

“[...] la Organización en cita insta a los Estados Parte a crear mecanismos que otorguen las herramientas necesarias para procurar la igualdad real y efectiva de las mujeres en edad fértil, igualdad ésta que para conseguirse requiere de la **implantación de acciones afirmativas**,

---

<sup>5</sup> Artículo 43 de la Constitución Política: “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada [...] El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 6 de 15

tales como la seguridad del empleo durante el embarazo, la licencia de maternidad, el periodo de lactancia y sus beneficios, con el fin de que la especial protección de la mujer no se traduzca en una excepción a la igualdad de trato, sino en una condición para la no discriminación en el empleo [...]” (negrilla fuera de texto).

Sin embargo, pese a la obligatoriedad jurídica implícita en la ratificación de dichos Convenios, se sigue discriminando a la mujer por causa de su papel en la procreación y de los roles que históricamente se le asignan, particularmente en las cargas del hogar. No hay duda entonces, de la necesidad urgente de que se siga otorgando una protección constitucional reforzada a la mujer en estado de gravidez y de desarrollar acciones efectivas para garantizar el compromiso de eliminar toda practica discriminatoria por razón de la maternidad, en desarrollo del principio y del derecho a la igualdad entre hombres y mujeres [...] <sup>6</sup>.

Ahora bien, como surge de las sentencias citadas, al revisar la legislación existente se encuentran normas de protección a la maternidad tanto internas como de carácter supranacional<sup>7</sup> que se incorporan al bloque de constitucionalidad, esto es, corresponden a tratados o convenios que reconocen derechos de índole prevalente y que no pueden ser afectados en estados de excepción (art. 93 C. Pol.). Adicionalmente, con la Ley 1098 de 2006 “*por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia*”, se prevé, en materia de acceso a la salud para la madre gestante y para el que está por nacer, lo siguiente:

**Artículo 41. Obligaciones del Estado.** El Estado es el contexto institucional en el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes. En cumplimiento de sus funciones en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal deberá:

[...] 11. Garantizar y proteger la cobertura y calidad de la atención a las mujeres gestantes y durante el parto; de manera integral durante los primeros cinco (5) años de vida del niño, mediante servicios y programas de atención gratuita de calidad, incluida la vacunación obligatoria contra toda enfermedad prevenible, con agencia de responsabilidad familiar [...]

[...] 15. Asegurar los servicios de salud y subsidio alimentario definidos en la legislación del sistema de seguridad social en salud para mujeres gestantes y lactantes, familias en situación de debilidad manifiesta y niños, niñas y adolescentes [...].

Es más, es claro que en el artículo 166 de la Ley 100 de 1993, se dispone:

<sup>6</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-088 de 15 de febrero de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

<sup>7</sup> Entre estas cabe destacar la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer”, adoptada en nuestro ordenamiento en virtud de la Ley 51 de 1981.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 7 de 15

**Artículo 166. Atención Materno Infantil.** El Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

El Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente Ley y sus reglamentos.

Además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

**Parágrafo 1º.** Para los efectos de la presente Ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada [...].

Lo anterior en concordancia con el artículo 25 de la Ley 1438 de 2011 y con el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud.

A esto deben sumarse las medidas preventivas adoptadas en el Plan Decenal de Salud Pública 2012 – 2021 (mediante la Resolución 1841 de 2013), de conformidad con lo previsto en el artículo 6º de la Ley 1438 de 2011. En dicha herramienta, una de las estrategias del componente de prevención y atención integral en Salud Sexual y Reproductiva desde un enfoque de derechos, consiste en el abordaje integral de la mujer antes, durante y después del evento obstétrico<sup>8</sup>. Esto incluye:

- Fortalecer inspección, vigilancia y control.
- Desarrollo de tecnologías de información y comunicación.
- Empoderamientos de las mujeres, hombres, familias y comunidad.
- Política Nacional de humanización de los servicios de salud.
- Calidad de la atención.
- Vigilancia en salud pública.
- Fortalecimiento institucional y desarrollo de capacidades del talento humano.

<sup>8</sup> Plan Decenal de Salud Pública, PDSP 2012 – 2021, Ministerio de Salud y Protección Social, Imprenta Nacional, Bogotá 2013.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 8 de 15

Adicionalmente, la Ley 1257 de 2008 *“por la cual se dictan normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres, se reforman los Códigos Penal, de Procedimiento Penal, la Ley 294 de 1996 y se dictan otras disposiciones”*, contiene, una serie de normas tendientes a la protección de la mujer.

De otro lado, la Ley 1468 de 2011 aumentó el término de la licencia de maternidad a 14 semanas y, mediante la Ley 1822 de 2017, la misma quedó en 18 semanas.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 determinó, entre los sujetos de especial protección, a las mujeres en estado de embarazo estableciendo criterios favorables, a saber:

**Artículo 11. Sujetos de especial protección.** La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención.

En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud [...].

Con base en el enfoque contenido en la norma estatutaria, en el marco de lo contemplado en el artículo 65 de Ley 1753 de 2015, se expidió la Resolución 429 de 2016, por medio de la cual se adopta la Política de Atención Integral en Salud – PAIS. En su propósito articulador, desarrolla una forma operacional conocida como Modelo Integral de Atención en Salud – MIAS con el fin de garantizar efectivamente el acceso a la salud. Uno de los componentes de dicho modelo son las Rutas Integrales de Atención en Salud – RIAS, definidas en el artículo 5°, numeral 5.2, de la citada resolución:

[...] Las RIAS son una herramienta obligatoria que define a los integrantes del Sector salud (Entidad territorial, EAPB, prestador) y de otros sectores, las condiciones necesarias para asegurar la integralidad en la atención a partir de las acciones de cuidado que se esperan del individuo, las acciones orientadas a promover el bienestar y el desarrollo de los individuos en los entornos en los





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 9 de 15

cuales se desarrolla, así como las intervenciones para la prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación de la discapacidad y paliación.

Las RIAS integran las intervenciones individuales y colectivas que realizan los diferentes integrantes dentro de sus competencias, las cuales deben adaptarse a los ámbitos territoriales y a los diferentes grupos poblacionales. Para el efecto, se definen tres tipos de rutas: Ruta de Promoción y Mantenimiento de la Salud; Rutas de Grupo de Riesgo; Rutas de eventos Específicas de Atención.

En caso de ser requerida la conformación de otros grupos de riesgo no incluidos en la presente resolución así como la elaboración de sus respectivas rutas, los diferentes integrantes podrán definirlos y elaborarlas teniendo en cuenta la metodología que establezca para el efecto el Ministerio de Salud y Protección Social.

Teniendo en cuenta lo anterior, mediante la Resolución 3202 de 2016, se adoptaron, entre otras, la RIAS para la población materno-perinatal (*Cfr.* art. 6°, numeral 6.2-8 y, art. 7°, numeral 7.2). Esta ruta se encuentra a su vez descrita en el sitio web de este Ministerio<sup>9</sup> y sobre lo cual es pertinente reseñar los siguientes elementos estructurales:

- Análisis situacional.
- Estrategias de búsqueda.
- Intervenciones.
- Hitos.
- Implementación.

Tras esto, se tiene que existe una normatividad de base, altamente garantista, la cual debe ser desarrollada y respetada por las autoridades competentes. Es por ello que, en materia de salud y bienestar, se pregunta acerca de la necesidad de una regulación más específica y, esencialmente, más protectora, tema que se abordará en próximo acápite.

## **2.2. Test de necesidad de la norma**

Sin perjuicio de lo que se ha venido tratando y como se ha indicado en otras ocasiones, la propuesta que ahora se revisa debe analizarse a la luz del *test de necesidad de la norma*. En efecto, una norma es requerida cuando:

---

<sup>9</sup> En: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/rutas-integrales-de-atencion-en-salud.aspx>. (24.10.2017).





Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 201711402141781

Fecha: 02-11-2017

Página 10 de 15

- i. Hay un vacío normativo (por lo menos en teoría), traducido en ambigüedad (múltiples interpretaciones) o vaguedad (imprecisión) de las normas susceptibles de ser aplicadas al caso que se pretende regular. Generalmente, ello ha ocurrido en temas como las nuevas tecnologías, sin perjuicio de que existan normas aplicables a casos similares. Actualmente, hay sendos debates en materia de células madre, alquiler de vientres, *inter alia*.
- ii. Se deben corregir o puntualizar las regulaciones, como parte de su adaptación a las nuevas situaciones. Esta hipótesis es, si se quiere, una derivación de la primera pero sobre la base de una normatividad específica al caso controvertido. Las correcciones pueden ser de diferente índole según el diagnóstico que se realice, esto conlleva a que se produzcan reformas integrales o parciales de una materia. A la postre, debe haber una fundamentación que haga laudable la estructura del siguiente silogismo:
  - Existe un hecho **X** no contemplado en la norma o regulado de un modo que ya no se considera conveniente.
  - El hecho **X** es relevante y debe ser regulado o su regulación modificada.
  - La regulación **Y** da solución al hecho **X**, en una relación de estrecha conexidad.
- iii. Subyace una necesidad de concreción o diferenciación en la regulación de un tema que, por su amplitud, no permite comprender la temática específica o, en su defecto, en el evento de abarcarlo no produce las consecuencias asociadas a esa regulación, dado que operan diferentes principios.
- iv. Es indispensable expedir una norma que interprete y de alcance a otra que, por su ambigüedad o vaguedad generan dificultad interpretativa.
- v. En ámbitos como el penal y en salvaguarda del principio de tipicidad, se exige que la regulación sea lo más exacta posible pues, como es bien sabido, no es dable que el intérprete aplique la analogía.
- vi. Uno de los casos que debe examinarse dentro de las hipótesis planteadas, tiene que ver con la eventual relevancia de consagrar legalmente lo que ya viene establecido a nivel reglamentario, vale decir, la necesidad de que el legislador “retome” una competencia que, en principio ha deferido en el ejecutivo. Este tema





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 11 de 15

determina una consideración en relación con la conveniencia y validez de la fijación de una regla de esa naturaleza.

- vii. Estos aspectos pueden conducir a otra faceta, como lo es la del retiro total de la regulación por ausencia de necesidad en la misma.

Si bien no se agotan las posibilidades de adecuación normativa en general, debe estar claro que en la legislación existe un proceso de agregación de normas frente a los hechos regulados y no una reiteración de éstas. Por otro lado, el peligro de la reiteración normativa, además de la falta de economía, está en el debilitamiento de los alcances y ejecución de la ley y en una ulterior dificultad interpretativa.

A este respecto, se ha manifestado:

[...] Los estudios que se han realizado en esta materia han identificado, como los más relevantes a los siguientes: La proliferación o inflación normativa, antinomias, redundancias, estratificaciones, abrogaciones innominadas, faltas de mínima coordinación normativa, inorgánica regulación [de] áreas del quehacer jurídico, hipostenia legislativa (un marcado déficit en los grados de eficacia de las normas, lo que trae aparejado un debilitamiento y desconfianza respecto a la legislación como marco de solución de los conflictos sociales) y ausencia de un marco ético justificatorio de su obligatoriedad. Dichos males generan graves problemas legislativos y prácticos que debilitan la autoridad de la ley, perjudicando, además, la labor de quienes son llamados a interpretar y aplicar dichas normas, como también a los ciudadanos destinatarios de las leyes [...] <sup>10</sup>.

El filósofo Jeremy Bentham advertía, igualmente, que la racionalidad de la legislación no es sólo la racionalidad formal o la racionalidad técnica -esto es, la racionalidad de los medios- sino también y en primer término, la racionalidad de los fines <sup>11</sup>.

Se precisa que la reiteración de regulaciones no es garantía de su cumplimiento; por el contrario, pueden suscitar dudas en torno a su aplicación y obligatoriedad e incluso malas interpretaciones o confusiones.

De esta forma, el incumplimiento de una norma, si fuera el caso, no supone que deba expedirse otra disposición para lograr que la misma se acate. La inexistencia de un

<sup>10</sup> Rodrigo Pineda Garfias, *Teoría de la legislación, algunos planteamientos generales*, en: [https://www.camara.cl/camara/media/seminarios/academia/rodrigo\\_pineda.pdf](https://www.camara.cl/camara/media/seminarios/academia/rodrigo_pineda.pdf) (24-10-2017).

<sup>11</sup> *Ibíd.*





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 12 de 15

diagnóstico conduciría a concluir que la redundancia de normas no necesariamente fortalece la regulación de una materia sino que, más bien, refleja el que se puede denominar como “*hiato de ejecutabilidad*”, vale decir, la distancia que existe entre la proposición normativa, su aplicación y su ejecución<sup>12</sup>. Esa distancia –que siempre existirá en mayor o menor medida– entre la norma y su cumplimiento permite recordar ese aforismo, que además era un contrasentido, y que recorrió las colonias hispánicas según el cual la ley “*se obedece pero no se cumple*”, a la espera de una decisión ulterior que permitiera su aplicación<sup>13</sup> y así sucesivamente.

### **2.3. Comentarios al articulado**

Teniendo en cuenta lo anterior, se encuentran una serie de observaciones a la iniciativa *sub examine*, a saber:

- i. En relación con el objeto (art. 1°) y de acuerdo con lo expresado *ut supra*, se considera que ya existen normas tanto a nivel general como particular que desarrollan los elementos que allí se enuncian dentro de los principios de libertad de decisión, conciencia y respeto, aspecto que se vislumbra respecto de cada una de las disposiciones que se proponen. Es más, las mismas aparecen incompletas dejando entrever uno de los riesgos de esta clase de enunciaciones.
- ii. En cuanto al ámbito de aplicación (art. 2°), se hace perceptible un problema en la enunciación. El género es la Institución Prestadora de Salud, y las especies son las Empresas Sociales del Estado y los hospitales. Tal y como está redactada la norma parecieran significar figuras diferentes creando una diferenciación terminológica, realmente inexistente.

---

<sup>12</sup> Este tema está expresado como un drama del derecho actual, que pareciera exigir de otra norma que apaleneque la anterior, aún de la misma jerarquía. Cfr. EL DESAFÍO CÍNICO seguido de EL DERECHO CIVILIZADOR, Oscar Reyes M., ediciones Desde Abajo, Bogotá, D.C., marzo de 2003, pág. 216.

<sup>13</sup> Cfr. LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA, Consolidación institucional de libertades individuales y derechos sociales, Jorge Orlando Melo González. En: *Revista Credencial Historia*, (Bogotá - Colombia). Edición 156, diciembre de 2002. En cuanto a la validez e ineficacia de las normas coloniales, *vid.* NATALIA ARBELÁEZ JARAMILLO, “Divorcio entre el derecho y el hecho: la constante de la época colonial”, en *Revista Pensamiento Jurídico*, número 43, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, enero-junio 2016, págs. 115 a 117. Cfr., en general, a DAVID E. LLINÁS ALFARO, *Estado Indiano, Estado Responsable*, Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2013, último capítulo.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 13 de 15

- iii. Sobre los derechos de la mujer (art. 3°), es importante aclarar el tema de la interrupción voluntaria del embarazo – IVE como una opción que se tiene frente a situaciones límite. La no mención plantea un elemento intrínseco de negación que debe ser advertido y, si se llegara a expedir una regulación sobre el particular, debería mencionarse.

En efecto, acorde con la sentencia C-355 de 2006, se reconoció como derecho de la mujer embarazada la posibilidad de optar por IVE, en los siguientes casos:

- (i) Cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- (ii) Cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico; y,
- (iii) Cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto<sup>14</sup>.

En estos supuestos, la IVE no constituye delito, de ahí que se integre a la serie de derechos con que cuenta la mujer en su condición de embarazo, lo cual, además, debe formar parte de la educación que se le brinde para tomar una decisión de tal índole.

Esto no significa que la mujer que se encuentre en las circunstancias descritas no deba contar con el apoyo y acompañamiento debido de sus allegados y de personal especializado, eso sí, siempre que no se convierta en una talanquera para poder optar por la IVE que, en estos eventos, se reconoce como un derecho. Este es el reparo que la Corte Constitucional realiza en la sentencia T-388 de 2009<sup>15</sup>, fallo que, adicionalmente, impone unas órdenes a las autoridades.

<sup>14</sup> Cfr. **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. C-355 de 10 de mayo de 2006, M.M.P.P. Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería.

<sup>15</sup> **CORTE CONSTITUCIONAL**, sent. T-388 de 28 de mayo de 2009, MP. Humberto Antonio Sierra Porto.





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 14 de 15

Esto no se traduce, en manera alguna, que se impulse una práctica determinada sino, más bien, el que no se desconozca la posibilidad de que en ciertas situaciones pueda producirse, tal y como lo ha previsto la Alta Corporación.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con las prerrogativas que se enuncian en el artículo 3°, es conducente señalar que las mismas se encuentran tanto en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 10°, como en la carta de derechos y deberes del pacientes, formalizada en la Resolución 4343 de 2012, en cumplimiento de la sentencia T-760 de 2008.

Con todo, el numeral (d) del citado precepto debería complementarse teniendo en cuenta los casos en los que haya lugar a una urgencia que ponga en riesgo la vida de la paciente, suceso en el que el profesional de la salud especializado tendría la potestad de aplicar las medidas que considere pertinentes en bien de la mujer y del que este por nacer o recién nacido.

El numeral (h) podría complementarse con la posibilidad de que la madre tenga cuidados especiales.

El numeral (k) debería ser complementado con lo siguiente: *“y acceder al método anticonceptivo de su preferencia que más se ajuste a sus necesidades y condiciones, antes del alta de la Institución si ella lo estima conveniente”*.

- iv. Lo propio debe examinarse respecto del artículo 4°. En lo atinente a los derechos del recién nacido no sobra incluir la previsión constitucional contenida en el artículo 50 de la Carta. La atención gratuita en salud no sólo se predica de los recién nacidos sino que cubre a los menores de un año.

Adicionalmente, para el numeral (b) se debería complementar con lo siguiente: *“de forma automática al Sistema de Seguridad Social en Salud y ser inscrito en el Registro Civil de Nacimiento preferiblemente antes de salir de la institución de Salud”*.

A todo esto, faltan además, entre los derechos de los recién nacidos, el que no sean sometidos a procedimientos dolorosos innecesarios, y a ser acompañados por sus





**Al contestar por favor cite estos datos:**

Radicado No.: **201711402141781**

Fecha: **02-11-2017**

Página 15 de 15

padres permanentemente desde el momento de su nacimiento y a no ser separados de ellos de manera innecesaria.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. Por las razones expuestas, se considera que el ordenamiento jurídico contiene disposiciones dirigidas a la protección de la madre y al que está por nacer en todas las etapas. Adicionalmente, se encuentran reparos respecto a la forma en que se trata la interrupción voluntaria del embarazo y a las implicaciones que ello tiene frente el cumplimiento de la sentencia C-355 de 2006.

Atentamente,



**ALEJANDRO GAVIRIA URIBE**

Ministro de Salud y Protección Social