



Al contestar cite Radicado 2024110001194071

Fecha: 06-11-2024 17:21:18

Destinatario: CÁMARA DE REPRESENTANTES - SECRETARÍA GENERAL

Consulte su trámite en:

<https://controldoc.minsalud.gov.co/ControlDocPQR/Consulta>

Código de verificación: CPOB5



Bogotá D.C., 30 de octubre de 2024

Doctor,

RICARDO ALFONSO ALBORNOZ BARRETO

Secretario Comisión Séptima Constitucional Permanente

Cámara de Representantes

Congreso de la República

comision.septima@camara.gov.co

secretaria.general@camara.gov.co

Calle 10 # 7-50

Bogotá D.C.

ASUNTO: Radicado 2024300000411543, concepto institucional componente jurídico al proyecto de Ley Ordinaria 065 de 2024 Cámara “*Por medio de la cual se regulan los exámenes médicos ocupacionales dentro de los procesos de contratos de trabajo y/o admisiones en empresas del sector privado y entidades del Estado y se dictan otras disposiciones*”.

Respetado doctor Albornoz,

Con relación al radicado del asunto, frente a la solicitud de concepto al Proyecto de Ley 065 de 2024 Cámara “*Por medio de la cual se regulan los exámenes médicos ocupacionales dentro de los procesos de contratos de trabajo y/o admisiones en empresas del sector privado y entidades del Estado y se dictan otras disposiciones*” que se encuentra en trámite en Comisión, esta Dirección Jurídica en ejercicio de las competencias que le asisten, en especial la prevista en el artículo 3, de la Resolución 879 de 2023, sin perjuicio de los comentarios que estimen pertinentes realizar otras autoridades para las cuales este tema resulte sensible, formula las siguientes observaciones conforme a las argumentaciones que se expondrán a continuación:

1. Antecedentes

Ministerio de Salud y Protección Social

Dirección: Carrera 13 No. 32-76, Bogotá D.C., Colombia

Conmutador en Bogotá: (+57) 601 330 5043

Resto del país: (+57) 01 8000 960020



La Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social, recibió el memorando radicado 2024300000411543 del Viceministro de Protección Social, por medio del cual remitió el concepto técnico unificado, consolidado y actualizado en un único radicado contentivo del documento en formatos editables del proyecto de Ley No. 065 de 2024 Cámara *“Por medio de la cual se regulan los exámenes médicos ocupacionales dentro de los procesos de contratos de trabajo y/o admisiones en empresas del sector privado y entidades del Estado y se dictan otras disposiciones”*.

2. Concepto institucional, componente jurídico

Una vez revisado y analizado el concepto técnico unificado, consolidado y actualizado suscrito por el Viceministro de Protección Social, se procedió a revisar el texto del proyecto de Ley 065 de 2024 Cámara, que se encuentra en la Gaceta del Congreso No. 1146 del 15 de agosto de 2024.

De conformidad con lo anterior, se presenta a continuación las observaciones desde un punto de vista jurídico, sobre el texto del proyecto de Ley No. 065 de 2024 Cámara radicado por la H.R. Ruth Amelia Caycedo Rosero del partido Conservador Colombiano, el día 24 de julio de 2024, que fue asignado a la Comisión Séptima Constitucional Permanente y se encuentra en trámite en Comisión.

El componente jurídico se construye sobre la base de las consideraciones técnicas del Viceministerio, que se encuentran en el concepto técnico radicado 2024300000411543 al proyecto de Ley No. 065 de 2024 Cámara, por tal razón, se traerá a colación su criterio.

2.1. Consideraciones jurídicas del proyecto de ley

2.2.1 Consideraciones generales

El objeto del proyecto de ley es regular la etapa precontractual laboral en relación con los exámenes médicos ocupacionales, estableciendo los derechos y obligaciones de empleadores y aspirantes a empleo. Así mismo, busca garantizar la transparencia, la no discriminación y el respeto a la privacidad y dignidad de los aspirantes, asegurando que los exámenes médicos ocupacionales sean realizados de manera objetiva y conforme a lo requerido para el cargo¹.

2.2.2 Consideraciones específicas

En el presente acápite se realizan observaciones a algunos artículos del proyecto de ley:

ARTÍCULOS	OBSERVACIONES
Artículo 1°. Objeto. La presente ley tiene por objeto regular la etapa precontractual laboral en relación con los exámenes	En el presente artículo se explica que el objeto del proyecto de ley es regular la precontractual laboral en relación con los

Ministerio de Salud y Protección Social

Dirección: Carrera 13 No. 32-76, Bogotá D.C., Colombia
Conmutador en Bogotá: (+57) 601 330 5043
Resto del país: (+57) 01 8000 960020

<p>médicos ocupacionales, estableciendo los derechos y obligaciones de empleadores y aspirantes a empleo. Esta normativa busca garantizar la transparencia, la no discriminación y el respeto a la privacidad y dignidad de los aspirantes, asegurando que los exámenes médicos ocupacionales sean realizados de manera objetiva y conforme a lo requerido para el cargo.</p>	<p>exámenes médicos ocupacionales, sin embargo, no es claro si corresponde al régimen contractual público o privado. Se considera indispensable precisar; primero, la norma que exige los exámenes médicos ocupacionales y segundo, si la norma es aplicable a la contratación pública o privada. Una vez definida la información, se podrá determinar el ámbito de aplicación de la presente norma.</p> <p>Por otro lado, el Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.1. En relación con el objeto, es importante señalar que los exámenes médico ocupacionales no sólo se realizan al ingreso de una persona al inicio de relación laboral sino también incluyen los exámenes periódicos, para cambio de cargo, por incapacidad y egreso laboral, por lo tanto, se debe hacer precisión al alcance del proyecto de Ley, de manera que cubra las diferentes circunstancias en las que se practican los exámenes médico ocupacionales. De esta manera, el texto es coherente con otras normas que plantean exámenes tanto a quienes ya son trabajadores como a los aspirantes. (...)”.</i></p>
<p>Artículo 2°. Ámbito de aplicación. La presente ley se aplicará a todos los empleadores y empresas del sector privado, así como a las entidades públicas del Estado, incluyendo las empresas sociales del Estado y las organizaciones de economía solidaria. También abarcará las asociaciones público-privadas y todo tipo de sociedades. Asimismo, se incluirán todas aquellas entidades que cumplan con los requisitos para ser consideradas como empresas, empleadores, o entidades estatales contratantes.</p>	<p>La presente disposición dispone que el proyecto de ley se aplicará a los empleadores y empresas del sector privado, así como a las entidades públicas del Estado, incluyendo las empresas sociales del Estado y las organizaciones de economía solidaria. También abarcará las asociaciones público-privadas y todo tipo de sociedades.</p> <p>En relación con lo anterior, se sugiere construir el ámbito de aplicación, desde el punto de vista de los regímenes contractuales públicos y privados y no de las entidades públicas o privadas, pues las entidades del orden nacional o territoriales descentralizadas como las empresas sociales del estado, definen su régimen contractual de acuerdo a unas condiciones</p>

	<p>normativas. Al respecto Colombia Contra Eficiente, en concepto C – 857 de 2022, radicado RS20221214014838, manifestó:</p> <p><i>“[...] las empresas industriales y comerciales del Estado, las Sociedades de Economía Mixta, sus filiales y las Sociedades entre Entidades Públicas en las que el Estado tenga participación superior al cincuenta por ciento (50%), están sometidas, por regla general, al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, excepto aquellas que: i) desarrollen actividades comerciales en competencia con el sector privado y/o público, nacional o internacional o ii) desarrollen actividades en mercados regulados, eventos en los cuales ellas se rigen por las disposiciones que regulen su actividad. Lo anterior, sin perjuicio de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 1150 de 2007, esto es, del deber que le incumbe de aplicar, acorde con su régimen legal especial, los principios de la función administrativa y de la gestión fiscal consagrados en los artículos 209 y 267 de la Constitución Política, y el régimen de inhabilidades e incompatibilidades previsto legalmente para la contratación estatal.”.</i></p> <p>La finalidad del párrafo anterior, es mostrar la confusión que crea el presente artículo, pues enumera entidades públicas con régimen diverso y pareciera que solo le aplica a las allí descritas y es excluyente.</p> <p>Por tal razón, se sugiere considerar el ámbito de aplicación expuesto en el artículo 1 de la Resolución 2346 de 2007, expedido por esta cartera ministerial, en la cual regula la práctica de evaluaciones médicas ocupacionales. El citado artículo expresa <i>“La presente resolución se aplica a todos los empleadores, empresas públicas o privadas, contratistas, subcontratistas, entidades administradoras de riesgos profesionales, personas naturales y jurídicas prestadoras o proveedores de servicios de salud ocupacional, entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud y trabajadores independientes del</i></p>
--	---

	<p><i>territorio nacional.”.</i></p> <p>Por otro lado, el Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.2. Acerca del ámbito de aplicación, si bien parece ser muy abarcador, se sugiere incorporar claramente a las personas con contratos de prestación de servicios, así como personas naturales y jurídicas prestadoras o proveedoras de servicios de seguridad y salud en el trabajo, entidades promotoras de salud, instituciones prestadoras de servicios de salud y trabajadores independientes del territorio nacional. Lo anterior, sin perjuicio del carácter diferencial de su vinculación. (...)”.</i></p>
<p>Artículo 3°. Son exámenes médicos ocupacionales. Se entienden como exámenes médicos ocupacionales los análisis clínicos y paraclínicos de salud realizados a los trabajadores y/o aspirantes a empleos, con el propósito de determinar su aptitud física y mental para desempeñar las funciones inherentes a un puesto de trabajo específico. Estos exámenes incluyen, pero no se limitan a, evaluaciones físicas, pruebas de laboratorio, estudios de imagen, y evaluaciones psicológicas, y son realizados por profesionales de la salud con el fin de prevenir riesgos laborales, proteger la salud de los trabajadores.</p>	<p>Se sugiere armonizar la definición del presente artículo con la definición de “Examen médico ocupacional” contemplado en el artículo 2, literal A de la Resolución 2346 de 2007.</p> <p>Por otro lado, el Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.3. En lo que atañe la definición de exámenes médico ocupacionales, al que alude el artículo 3°, las expresiones “de prevenir riesgos laborales”, usado en el mismo se sugiere modificar a “monitorear la exposición a factores de riesgo y determinar la existencia de consecuencias en la persona por dicha exposición”. Lo anterior pues la expresión utilizada no corresponde a la finalidad de estas evaluaciones. La prevención de enfermedad o accidentes de origen laboral, se realiza a través del control de los riesgos presentes en los ambientes y actividades laborales, este control se realiza en la fuente, en el medio o en la persona; y los exámenes médicos ocupacionales identifican los efectos de una determinada exposición en la salud del trabajador.</i></p> <p><i>Cabe indicar que en el título de una norma</i></p>

	<p><i>no resulta técnico utilizar un verbo, salvo que sea imprescindible, por lo que se sugiere eliminar la expresión “es”. (...)”.</i></p>
<p>Artículo 4°. Es consentimiento informado para exámenes paraclínicos. Es el proceso mediante el cual un trabajador o aspirante a un empleo, después de recibir información clara, completa y comprensible sobre la naturaleza, propósito, beneficios, riesgos y posibles consecuencias de los exámenes de laboratorio a los que será sometido, otorga su autorización voluntaria para la realización de dichos exámenes.</p> <p>Este consentimiento debe ser documentado por escrito, asegurando que el individuo ha tenido la oportunidad de hacer preguntas y ha comprendido plenamente la información proporcionada antes de decidir participar en los exámenes, documento que contendrá de manera detallada qué exámenes se van a realizar.</p>	<p>El Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.4. En relación con el consentimiento informado, el mismo no se restringe para exámenes de laboratorio. El consentimiento informado de los pacientes es una materia que se encuentra ampliamente regulada en el ordenamiento jurídico, por medio de subreglas jurisprudenciales de la Corte Constitucional. Esta arquitectura normativa se construyó sobre los derechos constitucionales de autonomía, pluralismo, integridad personal y salud, así como en algunas disposiciones legales de carácter preconstitucional, tales como el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, conforme al cual:</i></p> <p><i>“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente”</i></p> <p><i>Así mismo, el literal d) del inciso 1° del artículo 10 de la Ley 1751 de 2015 dispone que uno de los derechos de las personas en relación con su salud es el de tomar decisiones respecto de la misma. Ha dicho la Corte Constitucional sobre el particular:</i></p> <p><i>Respecto de este derecho es oportuno anotar que se trata de una manifestación específica de la autonomía, consagrada en el artículo 16 de la Carta. Se trata, de una prerrogativa a favor del paciente que supone la superación del antiguo modelo paternalista, según el cual, quien posee la información y el conocimiento, también es titular de la capacidad decisoria sobre la condición del tercero, en este caso, el paciente. Para la Sala, se trata de asuntos</i></p>

diferentes, el deber del galeno es referir los procedimientos y alternativas frente al padecimiento, las secuelas e implicaciones del mismo y aconsejar, justificadamente, lo que estime más conveniente. El paciente, conserva salvo casos especiales (discapacidad, estado de coma) el derecho a decidir que ha de hacerse con su humanidad. [3]

Dicho consentimiento, que se concreta en la facultad del paciente de tomar decisiones relativas a su salud ha sido considerado un derecho de carácter fundamental por la jurisprudencia constitucional [4]. Por medio de esta facultad, que se ejerce de manera previa a cualquier acto médico, incluso el más elemental, el paciente manifiesta su sometimiento al mismo; en su ausencia, se entiende que la persona rehúsa su aplicación [5].

Este derecho tiene una evidente faceta negativa, consistente en la posibilidad de rehusarse a los procedimientos médicos, y también posee una positiva que estriba, entre otras cosas, en la potestad de elegir entre los diferentes tratamientos médicos idóneos y sus modalidades, haciendo una evaluación personal de sus riesgos y beneficios, aún en contra de la recomendación médica [6].

El consentimiento que expresa el paciente debe reunir ciertas características para que pueda considerarse como válido para legitimar cualquier intervención médica. Se exige, en especial, que sea libre e informado [7]. Consentimiento libre significa que “la persona debe tomar su determinación sin coacciones ni engaños. Así, no es válido, por haber sido inducido en error, el asentimiento de un paciente que es logrado [por ejemplo] gracias a una exageración, por parte del médico, de los riesgos de la dolencia y una minimización de los peligros del tratamiento” [8]. Consentimiento informado significa que la decisión que se toma “debe fundarse en un conocimiento adecuado y suficiente de todos los datos que sean relevantes para

que el enfermo pueda comprender los riesgos y beneficios de la intervención terapéutica, y valorar las posibilidades de las más importantes alternativas de curación, las cuales deben incluir la ausencia de cualquier tipo de tratamiento. Esto implica (...) que, debido a que el paciente es usualmente lego en temas médicos, el profesional de la salud tiene el deber de suministrar al enfermo, de manera comprensible, la información relevante sobre los riesgos y beneficios objetivos de la terapia y las posibilidades de otros tratamientos, incluyendo los efectos de la ausencia de cualquier tratamiento, con el fin de que la persona pueda hacer una elección racional e informada sobre si acepta o no la intervención médica” [9]

Teniendo en cuenta la importancia que reviste una adecuada información en el logro de un consentimiento idóneo por parte de los pacientes, la Corte Constitucional ha establecido una gradación, que responde al criterio de gravedad o de riesgos derivados del procedimiento. Así, cuando se trata de procedimientos ordinarios, poco invasivos y no riesgosos, la información requerida puede ser menor, es así como “si bien el paciente tiene derecho a rechazar incluso esas terapias, el hecho de no manifestarlo y de aceptar las prescripciones clínicas, es un indicio suficiente para considerar una aceptación tácita que puede bastar para que el médico proceda con su tratamiento” [10]. Tratándose de tratamientos extraordinarios, invasivos y/o riesgosos, el grado de información requerido es mayor, además, en algunos de estos eventos, los más graves, la Corte ha impuesto exigencias adicionales orientadas al logro de un consentimiento cualificado; expresando que “es natural que se exijan incluso ciertas formalidades, como el consentimiento escrito, por medio de formularios especiales, y con la obligación de reiterar el asentimiento después de que haya transcurrido un período razonable de reflexión [consentimiento persistente, reiterado o constante]” [11]

La Corte ha aceptado que el derecho a la autonomía del paciente, garantizado ampliamente por las subreglas anteriormente enunciadas, encuentra también límites que se sustentan en el principio de beneficencia. Se trata de las siguientes hipótesis: i) los eventos de urgencia en los cuales el paciente se encuentra inconsciente o particularmente alterado o en grave riesgo de muerte [12]; ii) los eventos en que el rechazo de una intervención médica puede tener efectos negativos no sólo sobre el paciente sino también frente a terceros, lo cual explica la obligatoriedad de ciertas vacunas y medidas sanitarias [13]; iii) los eventos en que el paciente es menor de edad, situación en la cual, en general, se autoriza el consentimiento sustituto de los representantes legales en vista de que aún no goza de uno de los presupuestos del consentimiento idóneo, cual es la autonomía [14]. En este evento, sin embargo, la Corte ha admitido también límites, es el caso de cuando los representantes legales, con sus decisiones, ponen en peligro la vida y la salud de un menor (T-411/94); iv) Finalmente, el evento en que el paciente sufre de alguna discapacidad mental que descarta que tenga la autonomía necesaria para consentir el tratamiento médico [15], sin perjuicio de utilizar los apoyos necesarios para lograrlo.

De esta manera, la especial condición de cercanía del paciente no subsume la expresión de la voluntad de la persona capaz de decidir, siempre y cuando haya sido informado clara y previamente de las implicaciones de su determinación.

Adicionalmente, Resolución 3100 de 2019, en su anexo técnico, definió el consentimiento informado como: "...la aceptación libre, voluntaria y consciente de un paciente o usuario, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibirla información adecuada, para que tenga lugar un acto asistencial. Para efectos del estándar de historia clínica es el

	<p><i>documento que se produce luego de la aceptación en las condiciones descritas. En el caso que el paciente no cuente con sus facultades plenas, la aceptación del acto médico la hará el familiar, allegado o representante que sea responsable del paciente”. Conforme a lo expuesto, vale la pena precisar que normativamente no existe alguna formalidad para el otorgamiento del consentimiento informado por parte del paciente, sin embargo, lo indicado en la Resolución 229 de 2020, se colige la existencia de un derecho para el paciente y una obligación para el médico, en el sentido que, debe existir respecto de los diferentes tratamientos, constancia expresa de la aceptación o rechazo de los mismos por parte del paciente o de sus familiares. (...)”.</i></p>
<p>Artículo 5°. Obligación de información. El empleador o la entidad contratante deberá informar al trabajador o aspirante a un empleo sobre todos los exámenes clínicos y paraclínicos que se requieran como parte del proceso de selección, evaluación o monitoreo de salud ocupacional.</p> <p>La información proporcionada deberá incluir una descripción detallada de cada examen, su propósito, la metodología empleada, los posibles riesgos y beneficios, así como posteriormente los resultados.</p> <p>Parágrafo. El empleador o la entidad contratante deberá proporcionar al trabajador o aspirante a un empleo un documento de consentimiento informado, que debe contener toda la información de los exámenes clínicos y paraclínicos como se describen en el artículo 2. Este documento debe ser redactado en un lenguaje claro y accesible para asegurar su comprensión.</p>	<p>El Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.5. En lo que atañe con la obligación de información (art. 5°), deben realizar las siguientes precisiones:</i></p> <p><i>a. Desde la Ley 1562 de 2015, el término salud ocupacional se modificó a Seguridad y Salud en el Trabajo</i></p> <p><i>b. Los empleadores y contratantes no cuentan con el conocimiento técnico científico para proporcionar la información detallada que se requiere sobre la metodología de los exámenes, la cual, puede variar entre instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS), además de no conocer sobre los riesgos y beneficios de los procedimientos.</i></p> <p><i>c. Los empleadores no deben conocer los resultados de los exámenes médicos, estos hacen parte de la historia clínica y como tal, de acuerdo con la Resolución 1995 de 1999, esta hace parte de la historia clínica. Dicha norma establece, en su artículo 1°:</i></p> <p><i>“La Historia Clínica: es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las</i></p>

	<p><i>condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervienen en la atención de un paciente. Dicho documento únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley”.</i></p> <p><i>Se debe aclarar el alcance del derecho a la intimidad en relación con la salud, buscando el equilibrio entre los intereses individuales y el interés general objeto de la salud pública. Aquí es preciso analizar el concepto de confidencialidad y consentimiento para el uso de datos personales, armonizado con las normas de protección de datos.</i></p> <p><i>De conformidad con el artículo 5 de la ley estatutaria 1581 de 2015, los datos relativos a la salud son considerados como datos sensibles y en principio su tratamiento está prohibido, salvo que el titular haya dado su autorización. En ese orden de ideas, el tratamiento del dato no puede ser suministrado a terceros sin autorización del titular.</i></p> <p><i>Sobre el particular, ha indicado la Corte Constitucional [16]:</i></p> <p><i>Así las cosas, se tiene que la historia clínica es un documento privado sobre el cual pesa una reserva de carácter legal dado que en su contenido se encuentran detalles íntimos sobre aspectos físicos, psíquicos y sociales del paciente así como información personal y familiar [17]. De allí que, en principio, se predique la imposibilidad para terceras personas de acceder a la información contenida en ella, salvo que la misma ley los autorice para los fines especificados por ella misma (como es el caso del equipo de salud que haya prestado la atención médico asistencial al paciente o de las EPS, ARS y ARP dentro de su labor de auditoría) ó que el paciente preste su consentimiento para acceder a la información contenida en ella. [18]</i></p> <p><i>La información que debe ser conocida por el</i></p>
--	---

	<p><i>empleador, debe estar contenida en el concepto médico-laboral, en donde se especifique la aptitud del trabajador para el cargo, así como las restricciones existentes y las recomendaciones o condiciones que se requieren adaptar para que el trabajador puede desempeñar la labor.</i></p> <p><i>Ya en lo relativo al párrafo del artículo en comento, el consentimiento informado se presenta en el marco de una atención médica y este es un deber de la IPS, bajo las condiciones y con las características mencionadas en el punto número 2.4 de este documento. (...)</i>”.</p>
<p>Artículo 6°. Firma y aceptación. El consentimiento informado, que trata el párrafo del artículo anterior deberá ser firmado por el trabajador o aspirante a un empleo como manifestación de su aceptación y conformidad con la realización de los exámenes clínicos y paraclínicos descritos.</p> <p>La firma del consentimiento informado no deberá ser coaccionada de ninguna manera, y el trabajador o aspirante a un empleo tendrá la opción de rechazar la realización de dichos exámenes, siendo informado de las posibles consecuencias de su decisión.</p>	<p>Se considera que la redacción del inciso primero del presente artículo no es coherente con el inciso segundo. En la primera parte del artículo se manifiesta “(...) <i>el párrafo del artículo anterior deberá ser firmado por el trabajador o aspirante a un empleo (...)</i>”, la palabra “deberá” se lee como una obligación. Sin embargo, en la segunda parte se expresa “(...) <i>La firma del consentimiento informado no deberá ser coaccionada de ninguna manera (...)</i>”. De la lectura de estas disposiciones, se puede concluir que coexiste el deber de firmarlo por parte del trabajador y el deber de no coaccionar la firma, sin embargo, si es obligatorio en virtud de la norma, es una obligación, por lo que no es coherente contemplarlo como un consentimiento. En ese sentido, no es clara a intención del presente artículo.</p> <p>Por otro lado, el Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2..6 En lo que atañe a la firma y aceptación (art. 6°), es preciso señalar que el hecho de que un aspirante no se realice el examen médico ocupacional de ingreso, significa que la empresa no pueda valorar realmente el riesgo del candidato a la exposición de los peligros presente en el proceso productivo, lo que puede generar una mala planeación en las actividades de</i></p>

	<p>prevención y como consecuencia, se generarían lesiones o enfermedades evitables en la persona.</p> <p><i>Por lo anterior, la realización del examen médico ocupacional se entenderá como una parte fundamental del proceso de ingreso a trabajar, por lo que, la no realización de este podría implicar la no aceptación de continuarlo. (...)</i>”.</p>
<p>Artículo 7°. Obligación de Traslado del Consentimiento Informado. El empleador o la entidad contratante deberá trasladar una copia del documento de consentimiento informado, debidamente firmado por el trabajador o aspirante a un empleo, a la Institución Prestadora de Salud (IPS) o laboratorio clínico encargado de realizar los exámenes clínicos y paraclínicos, entidad y/o empresa que deberá realizar exactamente los mismos exámenes que fueron autorizados por el trabajador o aspirante a un empleo.</p>	<p>El Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.7. En relación con la obligación de traslado del consentimiento informado, debe tenerse en cuenta lo indicado en los puntos 2.4 y 2.5. de estos comentarios. (...)”.</i></p>
<p>Artículo 8°. Obligación de entrega de resultados al trabajador o aspirante. La Institución Prestadora de Salud (IPS) o laboratorio clínico que realice exámenes clínicos y paraclínicos al trabajador o aspirante a empleo está obligada a entregar los resultados completos de dichos exámenes al usuario que se los realizó.</p> <p>La entrega de los resultados deberá realizarse de manera confidencial y segura, garantizando la privacidad de la información del trabajador o aspirante a empleo. Los resultados deberán ser entregados en un formato claro y comprensible, junto con una explicación de estos si así lo solicita el trabajador o aspirante a empleo.</p>	
<p>Artículo 9. Realización de Exámenes sin distinción de género. La entidad del Estado o empresa del sector privado contratante deberá garantizar que todos los aspirantes a un empleo sean sometidos a los mismos exámenes clínicos y paraclínicos, sin importar su género, asegurando que no exista discriminación de género en la evaluación de su estado de salud. La entidad Estatal o empresa contratante deberá</p>	<p>El Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.8. Ahora bien, en cuanto a la realización de exámenes sin distinción de género, no todos los exámenes clínicos y paraclínicos aplican para ambos sexos, toda vez que, por ejemplo, si una mujer va a ingresar a trabajar en una actividad</i></p>

implementar mecanismos de supervisión para garantizar el cumplimiento de este artículo y prevenir cualquier acto de discriminación durante el proceso de selección.

Parágrafo. Se prohíbe a los empleadores, públicos y privados, exigir la realización de pruebas de embarazo como condición para la selección, contratación, ascenso, permanencia, o cualquier otro proceso relacionado con el empleo.

La realización de pruebas de embarazo podrá ser requerida únicamente en aquellos casos en los que el estado de embarazo pueda impedir la ejecución de las funciones o actividades inherentes al cargo a proveer. En estos casos, el empleador deberá:

- a. Justificar documentalmente la necesidad de la prueba de embarazo en relación con la seguridad y la salud de la trabajadora y/o de terceros.
- b. Contar con el consentimiento previo, libre e informado de la trabajadora.
- c. Garantizar la confidencialidad de los resultados y la privacidad de la trabajadora.

económica que implique la exposición a sustancias químicas con efectos teratogénicos, se deberá realizar prueba de embarazo para evitar malformaciones o muerte del feto; en esta situación un hombre no tendría contraindicaciones, en tal sentido no procede la realización de esa prueba. Asimismo, ocurre cuando, en la vigilancia por exposición a radiaciones ionizantes a los hombres se les realiza espermograma, este examen no se puede realizar en una mujer, es por esto que, se recomienda hacer las modificaciones conceptuales del presente artículo.

En relación con la prueba de embarazo, a la que alude el parágrafo del artículo 9°, 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 nuestro ordenamiento constitucional. Adicionalmente, comporta una obligación de la sociedad en su conjunto, tomando en cuenta los deberes de la persona y el ciudadano entre los que se encuentra “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° del mismo ordenamiento y con su Preámbulo. El ordenamiento constitucional entroniza el enfoque que ha desarrollado el profesor Luigi Ferrajoli en el sentido de caracterizarlo como la ley del más débil [19].

Si bien históricamente se han dado pasos tendientes a mitigar el acendrado patriarcalismo de las relaciones sociales el cual, no obstante, ha guiado la conducta de los Estados [20] y de la sociedad. Hasta hace muy poco y para vergüenza 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. Otro aún más patético era la justificación penal de

conductas violentas. Ocurría lo propio en el escenario internacional, imbuido de 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 pero también 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 pero que no es tenida en cuenta o tratado de una manera peyorativa.

De esta manera y como parte del propósito de hacer prevalecer dicha igualdad de manera comparativa y relacional, los Derechos Humanos de la Mujer en el ámbito internacional, se han manifestado de manera ascendente. 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. La elaboración de normas de protección internacional de la mujer se fundamenta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos. El artículo 2, inc. 2, de dicha declaración dispone que los derechos y libertades proclamadas en la citada declaración, se entienden a favor de todas las personas, sin distinción de ninguna clase. El artículo 7 se refiere a la igualdad ante la ley y al derecho a igual protección de la ley. Los artículos 16 y 25 se refieren a derechos fundados en la condición de la mujer. La Corte Constitucional ha sintetizado la protección a

	<p>la mujer a nivel internacional de la siguiente manera:</p> <p><i>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 Humanos [21], (b) el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [22], (c) la Convención Americana sobre Derechos Humanos [23], (d) la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer [24], y (e) la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer [25].</i></p> <p><i>Este horizonte de protección quedó reflejado en los artículos 5, 13, 43 y 53 de la Constitución Política. Antes de 1991, no existía ninguna disposición constitucional que consagrara los derechos de las mujeres; la inclusión de algunos de estos derechos y su reglamentación han permitido una mayor y mejor participación de las mujeres, así como unas medidas específicas de protección. A nivel jurisprudencial, esta protección ha sido insistente en punto a la maternidad [26] pero 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.</i></p> <p><i>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</i></p>
--	--

nuestro Estado social de derecho, como lo ya referidos. Se trata de esta clase de códigos rojos [27] 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 es 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.

“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

	<p>trabajo y su natural expectativa respecto de la maternidad.</p> <p><i>“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.</i></p> <p><i>“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”. [30]</i></p> <p><i>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, [31] 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. [28]</i></p> <p><i>Al respecto, es alarmante que, según la Encuesta Nacional de Demografía y Salud de 2011[29], 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.</i></p> <p><i>El cuadro que se incluye en dicha investigación y al cual se alude en la exposición de motivo del proyecto de ley, resulta de la mayor relevancia para entender cuál es el alcance de dicha conducta y su</i></p>
--	--

	<p><i>entronización social, discriminada por tanto por edades de la mujer como por departamentos.</i></p> <p><i>En cuanto a lo primero, las siguientes cifras, extractadas de la mencionada encuesta, reflejan la magnitud de la vulneración:</i></p> <table border="1" data-bbox="853 504 1428 683"> <thead> <tr> <th>Grupo etáreo</th> <th>Exigencia prueba de embarazo (%)</th> <th>Exigencia prueba de esterilización (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>15-19</td><td>7,8%</td><td>0,7%</td></tr> <tr><td>20-24</td><td>26,9%</td><td>1,7%</td></tr> <tr><td>25-29</td><td>34,1%</td><td>2,1%</td></tr> <tr><td>30-34</td><td>36,2%</td><td>2,2%</td></tr> <tr><td>35-39</td><td>36,3%</td><td>2,8%</td></tr> <tr><td>40-44</td><td>33,2%</td><td>2,9%</td></tr> <tr><td>45-49</td><td>31,3%</td><td>2,1%</td></tr> </tbody> </table> <p><small>Fuente: Encuesta Nacional de Salud y Demografía 2010, Profamilia, 2011[30].</small></p> <p><i>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:</i></p> <table border="1" data-bbox="845 873 1444 1243"> <thead> <tr> <th>Departamento</th> <th>Exigencia prueba de Embarazo (%)</th> <th>Exigencia prueba de esterilización (%)</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>Bogotá, D.C.</td><td>50,3%</td><td>2,2, %</td></tr> <tr><td>Cundinamarca</td><td>40,1%</td><td>2,5%</td></tr> <tr><td>Valle</td><td>33 %</td><td>2,7%</td></tr> <tr><td>Antioquia</td><td></td><td></td></tr> <tr><td>Chocó</td><td>10,3%</td><td>1,0%</td></tr> <tr><td>Putumayo</td><td>9,7%</td><td>1,0%</td></tr> <tr><td>Amazonas</td><td>8,8%</td><td>0,9%</td></tr> </tbody> </table> <p><small>Fuente: Encuesta Nacional de Salud y Demografía 2010, Profamilia, 2011. [31]</small></p> <p><i>Para mayor sorpresa, es en donde se “hacen” las normas en donde ocurren estas conductas (la suma sería de 52,5%) al paso que en las zonas dispersas está clase de vulneraciones aunque representativas son bastante inferiores.</i></p> <p><i>Estas circunstancias justifican la prohibición y la respuesta estatal frente a una práctica que debe ser eliminada y, por ende, una tajante prohibición de esa práctica discriminatoria y que se debidamente fundamentada, para evitar que se concrete un acto de esa naturaleza. (...).”</i></p>	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%	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			Chocó	10,3%	1,0%	Putumayo	9,7%	1,0%	Amazonas	8,8%	0,9%
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%																																															
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																																																	
Chocó	10,3%	1,0%																																															
Putumayo	9,7%	1,0%																																															
Amazonas	8,8%	0,9%																																															
<p>Artículo 10. Sanciones. La Institución Prestadora de Salud (IPS) o empresa y/o entidad contratante tiene prohibido realizar exámenes clínicos y paraclínicos que no hayan sido previamente autorizados</p>	<p>En relación con el presente artículo es importante traer a colación la sentencia 11001032600020210020700 de 2023 de la Sección Tercera, subsección A del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso</p>																																																

mediante el consentimiento informado del trabajador o aspirante a empleo, garantizando que no se realicen procedimientos discriminatorios basados en el género del trabajador o aspirante a empleo. Todos los procedimientos deberán ser iguales para todos los aspirantes, independientemente de su género.

Parágrafo. En caso de que la IPS o empresa y/o entidad contratante realice exámenes clínicos y paraclínicos no autorizados mediante el consentimiento informado, se impondrán las sanciones que determine la superintendencia de salud o el Ministerio de Trabajo, según sea el caso.

Administrativo, con Consejera Ponente Marta Nubia Velásquez Rico, en la cual se explicó los elementos estructurales asociados a la sanción que deben ser definidos por el legislador, así:

“(...) En todo caso, siempre se requiere de un contenido mínimo legal que desarrolle el reglamento, ya que sería inadmisibles que, so pretexto de la existencia de la potestad reglamentaria, la ley le delegue el desarrollo normativo integral de una materia, con mayor razón si existen específicas reservas de ley sobre determinados tópicos [22].

Esa situación se presenta con la aplicación del principio de tipicidad –implícito en el de legalidad–, el cual compele a que los elementos estructurales asociados a la sanción sean definidos por el legislador, garantía que se justifica en que aquella conlleva la limitación de derechos de los individuos cuando infringen deberes, mandatos o prohibiciones establecidos en el ordenamiento jurídico [23].

En virtud de lo precedente, en el derecho administrativo sancionatorio, la jurisprudencia [24] ha señalado que, al menos de forma general, los siguientes aspectos o elementos deben ser previstos en la ley, dado su carácter esencial o estructural: i) la descripción de la conducta que da lugar a la sanción; ii) la determinación de la sanción, iii) la autoridad competente para aplicarla y iv) el procedimiento para su imposición. La posibilidad de que tales elementos sean previstos en la ley de manera genérica se materializa a través de conceptos parcialmente indeterminados o de tipos en blanco, técnica, la primera, que es la que se aplica en este caso, según se constatará más adelante. (...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente artículo no cumple los elementos estructurales asociados a la sanción que debe definir el legislador, por lo tanto, el Ministerio de Salud y protección Social, no puede imponer las sanciones a que se hace

	<p>mención.</p> <p>Por otro lado, el Viceministerio de Protección Social, en concepto técnico 2024300000411543, se pronunció frente al presente artículo, así:</p> <p><i>“(...) 2.9. En relación con las sanciones, se efectúan los siguientes comentarios, destinados a precisar algunos de los aspectos allí previstos:</i></p> <p><i>i. En cuanto a la imposición de la multa, es preciso señalar, específicamente, cuál sería el competente para imponerla (juez natural). Aunque podría considerarse que el párrafo 3° del artículo 10° de la propuesta lo contempla, no está lo suficientemente claro, si además plantea una alternatividad. Se entiende, en todo caso, que el procedimiento sería el previsto para el administrativo sancionatorio contenido en la Ley 1437 de 2011 (arts. 47 a 52).</i></p> <p><i>A este respecto, no sobra indicar que la Corte Constitucional [32] ha insistido que el régimen sancionatorio administrativo debe estar caracterizado, entre otros, por los siguientes elementos:</i></p> <ul style="list-style-type: none"><i>- Tipicidad, o descripción clara de la conducta sancionable.</i><i>- Consecuencia por incurrir en la conducta, v. gr., la sanción. Debe, igualmente, estar claramente determinada de tal forma que no se deba acudir a analogías o adaptaciones normativas.</i><i>- Proporcionalidad de la sanción, vale decir, correspondencia entre la conducta sancionable y la consecuencia a que ello conduce.</i><i>- Entidad competente para su imposición.</i> <p><i>ii. Se deben determinar las sanciones atribuibles por las conductas y no dejar a la aplicación que considere el ente que debería imponerla.</i></p>
--	---

	<p><i>iii. Se deben señalar más explícitamente las conductas vulneratorias pues estas no se limitan a afectar el consentimiento informado. (...)</i>”.</p>
<p>Artículo 11. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.</p>	<p>No hay comentarios frente al presente artículo.</p>

3. Conclusiones

Teniendo en cuenta el análisis anterior, se enuncia las siguientes conclusiones:

3.1 Se considera necesario realizar los ajustes sugeridos en los comentarios específicos. Adicionalmente, se solicita ajustar el proyecto de ley a los comentarios del Viceministerio de Protección Social, en el concepto técnico radicado 2024300000411543. En el citado concepto el área técnica concluyó:

“(...) 3. CONCLUSIÓN

Con base en el análisis efectuado se observa que existen una serie de reparos frente el proyecto, por lo que se solicita, comedidamente, realizar los ajustes considerados, a saber:

3.1. Especificar que tales exámenes no se limitan al ingreso y que involucran a contratistas.

3.2. Modificar el término prevención de riesgos laborales.

3.3. Aclarar el alcance del consentimiento informado.

3.4. Garantizar la reserva de la historia clínica.

3.5. Hacer énfasis en la protección de la mujer frente a pruebas de embarazo.

3.6. Adecuar el régimen sancionatorio que se pretende expedir pues el propuesto carece de los elementos básicos que debe ser regulador directamente por el legislador. (...)”.

En estos términos, se emite el concepto institucional, componente jurídico, por parte de la Dirección Jurídica del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa de la referencia.

4. Solicitud de publicación de concepto institucional en la gaceta del Congreso de la República



En vista de la relevancia del proyecto de ley aquí conceptuado, y en cumplimiento de lo establecido en el numeral 7 del artículo 6 del Decreto 4107 el cual preceptúa:

“(...) ARTÍCULO 6°. Funciones del Despacho del Ministro de Salud y Protección Social. Además de las señaladas por la Constitución Política y el artículo 61 de la Ley 489 de 1998, el Despacho del Ministro de Salud y Protección Social tendrá las siguientes funciones:

(...) 7. Presentar, orientar e impulsar los proyectos de actos legislativos y de ley ante el Congreso de la República, en las materias relacionadas con los objetivos y funciones del Ministerio. (...)”.

Solicitamos amablemente se realice la publicación del presente concepto en la gaceta oficial de la Cámara de Representantes y se vincule el concepto institucional de esta cartera ministerial al proyecto de ley en mención.

Cordialmente,

 Firmado digitalmente por Rodolfo Enrique Salas Figueroa

RODOLFO ENRIQUE SALAS FIGUEROA
Director Jurídico

Proyectó: Mhuertas
Revisó y aprobó: Crabello