



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVI - N° 713

Bogotá, D. C., viernes, 18 de agosto de 2017

EDICIÓN DE 44 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 89 DE 2017 SENADO

*por medio de la cual se modifica la Ley
Estatutaria 1581 de 2012.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene las siguientes finalidades:

1. Adicionar principios y medidas proactivas sobre tratamiento de datos no incluidos en la Ley 1581 de 2012 y que contribuyen a fortalecer el debido tratamiento de los datos personales.
2. Proteger a las personas respecto del indebido tratamiento de sus datos personales por parte de responsables o encargados que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia.
3. Permitir que las autoridades colombianas puedan adelantar investigaciones o cualquier gestión, de oficio o a petición de parte, con miras a exigir el respeto del derecho fundamental al hábeas data y a la protección de los datos personales que sean tratados por personas ubicadas o domiciliadas fuera del territorio de la República de Colombia.
4. Fortalecer la garantía de los derechos de los colombianos cuando sus datos son exportados a otros países.

Artículo 2°. Adiciónese el siguiente párrafo al párrafo segundo del artículo 2° de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

Artículo 2°. Ámbito de aplicación. (...)

“Parágrafo 2°. La presente ley también es aplicable al tratamiento de datos personales efectuado por responsables o encargados del tratamiento que

no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia.

Igualmente, esta ley será aplicable al tratamiento de datos efectuado por:

- a) Un responsable o encargado no establecido en territorio de la República de Colombia, cuando las actividades del tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios dirigidos a los residentes de la República de Colombia, o bien, estén relacionadas con el control de su comportamiento.
- b) Un responsable o encargado no establecido en territorio de la República de Colombia pero le resulte aplicable la legislación nacional de Colombia, derivado de la celebración de un contrato.
- c) Un responsable o encargado no establecido en territorio de la República de Colombia que utilice o recurra a medios, automatizados o no, situados en ese territorio para tratar datos personales, salvo que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito.

Artículo 3°. Adiciónense los siguientes literales al artículo 4° de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

- i) **Principio de protección de datos desde el diseño y por defecto.** Desde antes de que se inicie el tratamiento de datos personales y durante el mismo, se deben adoptar medidas preventivas de diversa naturaleza (tecnológica, organizacional, humana, procedimentales) para evitar vulneraciones al derecho a la privacidad, así como fallas de seguridad

o indebidos tratamientos de datos personales. La privacidad, el debido tratamiento de datos personales y la seguridad deben hacer parte del diseño, arquitectura y configuración predeterminada de cualquier tecnología o proceso de tratamiento de información. Se utilizarán mecanismos con miras a garantizar que, por defecto, solo sean objeto de tratamiento los datos necesarios para cumplir una finalidad específica y para que los datos personales no sean accesibles a un número indeterminado de personas.

- j) Responsabilidad demostrada.** Los responsables y encargados del tratamiento de datos personales deberán adoptar medidas apropiadas y efectivas para cumplir sus obligaciones legales. Adicionalmente, tendrán que evidenciar y demostrar el correcto cumplimiento de sus deberes.

Entre los mecanismos que el responsable o encargado podrá adoptar para cumplir con el principio de responsabilidad se encuentran, de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes:

- a) Destinar recursos para la instrumentación de programas y políticas de protección de datos personales.
- b) Implementar sistemas de administración de riesgos asociados al tratamiento de datos personales.
- c) Elaborar políticas y programas de protección de datos personales obligatorios y exigibles al interior de la organización del responsable o del encargado.
- d) Poner en práctica un programa de capacitación y actualización del personal sobre las obligaciones en materia de protección de datos personales.
- e) Revisar periódicamente las políticas y programas de seguridad de datos personales para determinar las modificaciones que se requieran.
- f) Establecer un sistema de supervisión y vigilancia interna y/o externa, incluyendo auditorías, para comprobar el cumplimiento de las políticas de protección de datos personales.
- g) Establecer procedimientos para recibir y responder dudas y quejas de los titulares. El responsable o encargado revisará y evaluará permanentemente los mecanismos adoptados con el objeto de medir su suficiencia, nivel de eficacia en cuanto al cumplimiento de la ley y el grado de protección de los datos personales.

- k) Principio de proporcionalidad.** El responsable o encargado del tratamiento únicamente recolectará o tratará los datos personales que resulten adecuados, pertinentes y limitados al mínimo necesario con relación a las finalidades específicas autorizadas por el titular del dato o permitidas por la ley.

Artículo 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 18 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

Parágrafo 2°. El encargado del tratamiento podrá, a su vez, subcontratar servicios que impliquen el tratamiento de datos personales, siempre y cuando exista una autorización previa por escrito, específica o general del responsable, o bien, se estipule expresamente en el contrato o instrumento jurídico suscrito entre este último y el encargado.

El subcontratado asumirá el carácter de encargado en los términos establecidos en la presente ley.

El encargado formalizará la prestación de servicios del subcontratado a través de un contrato. Cuando el subcontratado incumpla sus obligaciones y responsabilidades respecto al tratamiento de datos personales que lleve a cabo conforme a lo instruido por el encargado, asumirá la calidad de responsable conforme a la legislación colombiana.

Artículo 5°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 21 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

“Parágrafo 1°. La autoridad de protección de datos también ejercerá las funciones de los literales a), b) y c) respecto de responsables o encargados del tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia”.

Artículo 6°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 23 de la Ley Estatutaria 15812 de 2012:

Parágrafo 2°. No obstante lo anterior, cuando un funcionario de cualquiera de las Ramas del Poder Público incumpla las disposiciones de la presente ley y sus normas reglamentarias, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá investigarlo y sancionarlo con las multas personales a que se refiere el literal a) del presente artículo.

Artículo 7°. Adiciónense los siguientes párrafos al artículo 23 de la Ley Estatutaria 15812 de 2012:

Parágrafo 3°. La transferencia internacional de datos de naturaleza pública será libre y no requerirá de autorización del titular del dato.

Parágrafo 4°. Los responsables o encargados del tratamiento que transfieran datos personales a cualquier país deberán adoptar medidas contractuales o de cualquier naturaleza para garantizar la efectividad de los derechos de las personas cuyos datos son enviados a otros países. En todo caso, los responsables o encargados del tratamiento serán responsables ante el titular del dato o la autoridad de protección de datos por las eventuales vulneraciones de los derechos de los titulares de los datos que sucedan en otro país respecto de los datos que fueron transferidos por ellos.

Artículo 8°. Adiciónese un nuevo título a la Ley 1581 de 2012 que diga lo siguiente:

TÍTULO NUEVO

MEDIDAS PROACTIVAS EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES

Artículo nuevo. *Privacidad por diseño y privacidad por defecto.* El responsable o el encargado aplicará, desde el diseño, en la determinación de los medios del tratamiento de los datos personales, durante el mismo y antes de recabar los datos personales, medidas preventivas de diversa naturaleza que permitan aplicar de forma efectiva los principios, derechos y demás obligaciones previstas en esta ley.

El responsable o el encargado garantizará que sus programas, servicios, sistemas o plataformas informáticas, aplicaciones electrónicas o cualquier otra tecnología que impliquen un tratamiento de datos personales, cumplan por defecto o se ajusten a los principios, derechos y demás obligaciones previstas en la legislación colombiana.

Específicamente, con el fin de que únicamente sean objeto de tratamiento el mínimo de datos personales y se limite la accesibilidad de estos, sin la intervención del titular, a un número indeterminado de personas.

Artículo nuevo. *Mecanismos de autorregulación.* El responsable o encargado podrá adherirse, de manera voluntaria, a esquemas de autorregulación vinculante, que tengan por objeto, entre otros, contribuir a la correcta aplicación de la presente ley y establecer procedimientos de resolución de conflictos entre el responsable y titular sin perjuicio de otros mecanismos que establezca la ley, teniendo en cuenta las características específicas de los tratamientos de datos personales realizados, así como el efectivo ejercicio y respeto de los derechos del titular.

En virtud de lo anterior se podrán desarrollar, entre otros, códigos deontológicos y sistemas de certificación y sus respectivos sellos de confianza que coadyuven a contribuir a los objetivos anteriormente.

La autoridad de protección de datos establecerá las reglas que correspondan para la validación, confirmación o reconocimiento de los mecanismos de autorregulación aludidos.

Artículo nuevo. *Evaluación de impacto a la protección de datos personales.* Cuando el responsable o encargado pretenda llevar a cabo un tipo de tratamiento de datos personales que, por su naturaleza, alcance, contexto o finalidades, sea probable que entrañe un alto riesgo de afectación del derecho a la protección de datos personales de los titulares, realizará, de manera previa, a la implementación del mismo, una evaluación del impacto a la protección de los datos personales, el cual deberá incluir como mínimo lo siguiente:

- a) Una descripción detallada de las operaciones que involucra el tratamiento de datos personales y de los fines del tratamiento;

- b) Una evaluación de la necesidad y la proporcionalidad de las operaciones de tratamiento con respecto a su finalidad;
- c) Una evaluación de los riesgos específicos para los derechos y libertades de los titulares de los datos personales, y
- d) Las medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad, diseño de *software*, tecnologías y mecanismos que garanticen la protección de datos personales, teniendo en cuenta los derechos e intereses legítimos de los titulares de los datos y de otras personas eventualmente afectadas.

Los resultados de este estudio junto con las medidas para mitigar los riesgos serán tenidos en cuenta e implementados como parte de la aplicación del principio de privacidad desde el diseño y por defecto.

La autoridad de protección de datos señalará los tratamientos que requieran de una evaluación de impacto a la protección de datos personales; el contenido de estas en adición a lo ya mencionado, los supuestos en que resulte procedente presentar el resultado ante la autoridad de protección, así como los requerimientos de dicha presentación, entre otras cuestiones.

Artículo nuevo. *Delegado de protección de datos.* La autoridad de protección de datos decidirá los casos en que los responsables o encargados del tratamiento están obligados a designar a un delegado de protección de datos que tenga conocimientos especializados del Derecho y la práctica en materia de protección de datos, quien obrará de manera autónoma, imparcial e independiente.

Dicho delegado podrá estar vinculado laboralmente o mediante prestación de servicios y no será destituido ni sancionado por el responsable o encargado por desempeñar sus funciones. El delegado de protección de datos rendirá cuentas directamente al más alto nivel jerárquico del responsable o encargado.

El responsable o encargado garantizará que el delegado de protección de datos participe de forma adecuada y en tiempo oportuno en todas las cuestiones relativas a la protección de datos personales. Adicionalmente, respaldarán al delegado de protección de datos en el desempeño de las funciones, facilitando los recursos necesarios para el desempeño de las mismas y el acceso a los datos personales y a las operaciones de tratamiento.

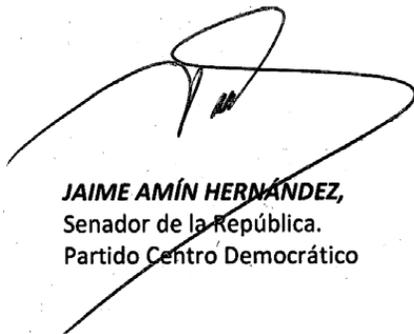
El responsable o encargado publicará los datos de contacto del delegado de protección de datos y los comunicará a la autoridad de protección de datos.

Los titulares de datos personales podrán ponerse en contacto con el delegado de protección de datos por lo que respecta a todas las cuestiones relativas al tratamiento de sus datos personales y al ejercicio de sus derechos.

Artículo nuevo. Funciones del delegado de protección de datos. El delegado de protección de datos tendrá como mínimo las siguientes funciones:

- a) Velar por el respeto de los titulares de los datos personales respecto del tratamiento de datos que realice el responsable o el encargado del tratamiento.
- b) Informar y asesorar al responsable o al encargado de las obligaciones que les incumben en virtud de la regulación colombiana sobre privacidad y tratamiento de datos personales.
- c) Supervisar el cumplimiento de lo dispuesto en la citada regulación y de las políticas de tratamiento de información del responsable o encargado y del principio de responsabilidad demostrada.
- d) Ofrecer el asesoramiento que se le solicite acerca de la evaluación de impacto relativa a la protección de datos.
- e) Cooperar con la autoridad de protección de datos.
- f) Actuar como punto de contacto de la autoridad de protección de datos para cuestiones relativas al tratamiento de datos personales.

Artículo 9°. *Vigencia.* La presente ley rige a partir de su promulgación.



JAIME AMÍN HERNÁNDEZ,
Senador de la República.
Partido Centro Democrático

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS¹

INTRODUCCIÓN

El Congreso de Colombia aprobó la Ley Estatutaria 1581 de 2012 “*por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*”, la cual tiene como objetivo “*desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas*

¹ Para la elaboración de este proyecto contamos con la colaboración del Observatorio Ciro Angarita Barón sobre protección de datos en Colombia <https://hábeasdatacolombia.uniandes.edu.co/> y del grupo de investigación GECTI de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, particularmente de su fundador y director, el profesor Nelson Remolina a quien agradecemos su ayuda. GECTI significa “*Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática*”. Pág. web: www.gecti.uniandes.edu.co. Especialmente seguimos lo dispuesto en su libro de 2015 publicado en España y titulado: REMOLINA ANGARITA, Nelson. “*Recolección internacional de datos: un reto del mundo postinternet*”. BOE – Boletín Oficial del Estado. Madrid, España, abril de 2015.

en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma”. Esta ley fue revisada integralmente por la Corte Constitucional² quien la encontró, salvo algunos aspectos, consistente con nuestra Carta Política de 1991.

Internet ha facilitado, entre otras, que muchos datos personales de colombianas y colombianos sean recolectados, almacenados, usados por personas ubicadas en otros países. Cuando se detecta una posible irregularidad por dichas personas, las mismas automáticamente dicen que no les aplica la ley local (por ejemplo la colombiana) porque ellos no están domiciliados, ni tienen sucursales o representación en Colombia. Según ellos, a ellos solo es aplicable la ley de su país (no la regulación colombiana). En otras situaciones, las mismas autoridades locales dicen que no son competentes para conocer casos donde el eventual infractor no esté domiciliado en Colombia.

En efecto, según concepto de la Superintendencia de Industria y Comercio³ “*el tratamiento de los datos personales registrados en las redes sociales no encajan dentro del ámbito de competencia de la Ley 1581 de 2012, pues la recolección, el uso, la circulación, el almacenamiento o supresión de los datos personales no se realiza dentro del territorio colombiano, puesto que las redes sociales no tienen domicilio en Colombia*”.

Reitera la SIC que “*el ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012 (sic), se circunscribe al tratamiento de datos personales efectuados en el territorio Colombiano, luego esta Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia respecto del tratamiento de la información personal registrada en la página de www.Facebook.com, por cuanto dicha compañía en la actualidad no tiene domicilio en Colombia*”. (Subrayamos).

Más adelante, la SIC reitera su falta de competencia “*para investigar el tratamiento de datos personales en las redes sociales*”.

En virtud de lo anterior, la misma autoridad de protección de datos reconoce que no adelantar investigaciones contra eventuales infractores de los derechos de las colombianas y los colombianos respecto del tratamiento de sus datos personales que a través de Internet u otros medios realizan responsables o encargados del tratamiento ubicados fuera del territorio de la República de Colombia.

² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011.

³ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto de la Oficina Jurídica. Radicado 14- 218349- 00003- 0000 del 24 de noviembre de 2014. El concepto puede consultarse en: <http://hábeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Concepto-SIC-nov-2014-Ley-1581-no-aplica-facebook.pdf>.

Si bien este concepto fue modificado en 2016⁴ por la SIC y luego de que presentamos un proyecto de ley sobre este tema, resulta necesario definir este tema regulatoriamente y no dejarlo en manos de conceptos de las entidades porque pueden variar y generar incertidumbre jurídica.

En efecto, mediante concepto del 3 de marzo de 2016 de la Superintendencia de Industria y Comercio revisó las conclusiones del concepto sobre el mismo tema del 24 de noviembre de 2014⁵.

El concepto de 2016 abre las puertas que se habían cerrado en 2014 sobre el tema. En efecto, en esta ocasión, la SIC reconoce su competencia para investigar casos de infracciones de tratamientos de datos personales que se realizan desde sitios ubicados fuera del territorio colombiano. Esto es bienvenido –así lo hemos manifestado en otras oportunidades–, porque Internet y la “extraterritorialidad” no deben convertirse en factores que promuevan la impunidad respecto de tratamiento indebido de datos personales cuyo hecho generador tiene lugar fuera del territorio colombiano.

En el concepto reciente (2016), se destacan varias cosas:

La SIC reitera la autonomía e independencia del derecho de la protección de datos personales –también llamado hábeas data, autodeterminación informática, entre otros– de otros derechos constitucionales como el buen nombre y la intimidad.

1. La SIC señala que el tratamiento de datos personales comprende “*la recolección, el almacenamiento, la indexación, la conservación, el análisis, el uso, la circulación, la transmisión, la transferencia, la divulgación, el acceso, la consulta, la supresión y la depuración de datos personales*”. Con esto, no queda duda de que las redes sociales digitales y los motores de búsqueda tratan datos personales y por ende deben ser respetuosos de los deberes que les imponen las regulaciones como responsables del tratamiento de enormes cantidades de datos de trillones de personas de todas partes del mundo.

Concluye la SIC lo anterior, en los siguientes términos:

- i) En las plataformas de comunicación en línea, tales como Facebook, Instragram o LinkedIn, efectivamente se realiza tratamiento de datos personales, verbigracia, contactos, fotografías, o vídeos, mediante la creación de un perfil personalizado, alojamiento, conserva-

ción, publicación, circulación y supresión de información personal, la utilización de los datos con fines de comercialización, la localización de información de una persona y el acceso al perfil público o privado.

- ii) El proveedor de servicios de redes sociales es responsable del tratamiento de datos¹³ en las plataformas de comunicación en línea, en lo que respecta al derecho de Hábeas Data.

Un cambio importante del concepto es el reconocimiento de la SIC de su competencia para poder investigar eventuales infracciones de la ley colombiana por parte de redes sociales digitales que no tengan domicilio en Colombia. En efecto, la SIC concluye lo siguiente:

“Sin duda alguna, el precepto jurídico citado extiende el ámbito de aplicación de la ley estatutaria de protección de datos personales a un sinnúmero de escenarios de tratamiento de información personal en Colombia, verbigracia, de manera ilustrativa, el tratamiento de datos personales efectuado por proveedores de servicios de redes sociales establecidos fuera del país, a través de un “medio” situado en territorio colombiano. Con el fin de otorgar mayor claridad en el tema, esta Superintendencia se permite referir lo expuesto en el Informe de Trabajo No. 56, del grupo de trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, relativo a la aplicación internacional de la legislación comunitaria sobre protección de datos al tratamiento de los datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la UE, el cual indicó que “(...) los PC, los terminales y los servidores, que se pueden utilizar para casi todos los tipos de operaciones de tratamiento de datos, son ejemplo de medios”. 21. Interpretación conforme con el entendimiento que ha tenido la Corte Constitucional sobre el asunto en Colombia, dado que en Sentencia C-748 de 2011, manifiesta que dentro de los medios informáticos de divulgación o comunicación masiva, se encuentran las redes sociales y la Internet, otorgándole gran importancia a la determinación de los medios de tratamiento utilizados, toda vez que es uno de los parámetros que contribuye a la identificación del responsable del tratamiento de datos personales.

En otras palabras, la SIC se encuentra completamente facultada para garantizar el tratamiento de datos personales de los colombianos que, a través de las redes sociales en Internet com-partan información personal; todo en observancia de los principios, derechos, garantías y procedimientos establecidos por la Ley 1581 de 2012”.

Ahora bien, creemos que este concepto es un paso adelante para combatir posibles tratamientos indebidos de datos personales en Internet. No obstante, no desaparece la necesidad de que una ley expresamente confiera competencia a la SIC frente a situaciones de recolección internacional de datos personales. Lo anterior es así, para evitar cualquier cuestionamiento jurídico sobre el tema o que se emita otro concepto cambiando de opinión sobre el particular.

⁴ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Concepto jurídico. Radicado 14-218349-4-0 del 3 de marzo de 2016. El concepto se puede consultar en: <https://hábeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/CONCEPTO-FACEBOOK-20160303.pdf>.

⁵ Sobre este tema ver: REMOLINA ANGARITA, Nelson (2016) *Autoridad colombiana de protección de datos concluye que sí es competente para investigar a Facebook*. Publicado en: <https://hábeasdatacolombia.uniandes.edu.co/?p=2190>.

La necesidad de esta ley sigue siendo latente y urgente.

Con este proyecto de ley no se soluciona por completo el tema, pero se avanza significativamente en pro de la protección de los derechos de las personas en Internet. Con la nueva ley, desaparecía cualquier duda sobre la competencia de la SIC y se evitarían debates jurídicos sobre este punto que toman mucho tiempo y que impiden avanzar sobre la cuestión de fondo: la protección real de los derechos de las personas en el ciberespacio.

Aunque el campo de acción de Internet desborda las fronteras nacionales, para la Corte el nuevo escenario tecnológico y las actividades en Internet no se sustraen del respeto de los mandatos constitucionales⁶. Por eso, concluye dicha entidad que *“en Internet, (...), puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional”*. Recalca dicha Corporación que **“nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales”**⁷. (Negrilla ausente en el original).

Teniendo en cuenta lo anterior, este proyecto busca dotar a las autoridades colombianas de herramientas jurídicas para que puedan hacer todo lo que esté a su alcance, con miras a que protejan los derechos fundamentales de las colombianas y los colombianos en Internet respecto de la recolección y tratamiento de sus datos personales.

OBJETO DEL PROYECTO

Este proyecto tiene varios propósitos en favor de los derechos constitucionales fundamentales de las colombianas y los colombianos, como, entre otros, los siguientes:

1. Incluir nuevos principios y medidas proactivas no incluidas en la ley y que recientemente han sido incorporadas en documentos internacionales para adecuar la normas a la realidad sociotecnológica del siglo XXI, la innovación tecnológica e Internet.
2. Proteger los derechos de las personas respecto del tratamiento indebido de sus datos personales cuando su información es recolectada, almacenada o usada por parte de personas u organizaciones que no residen ni están domiciliadas en la República de Colombia.
3. Evitar que Internet se convierta en un escenario de impunidad de tratamiento de datos personales o en un paraíso informático para que algunas personas se aprovechen del hecho de no estar domiciliados en Colombia para vulnerar los derechos de las colombianas y de los colombianos en cuanto al tratamiento de sus datos personales.
4. Facultar explícitamente a la autoridad colombiana de protección de datos para que pueda realizar cualquier gestión contra responsables o encargados ubicados en otros países que desde los mismos desconoce los derechos o realizan tratamientos indebidos de los datos personales de colombianas y colombianos o de extranjeros domiciliados o ubicados en nuestro país.
5. Exigir el respeto de la regulación colombiana por parte de personas que desde el exterior y a través de Internet recolectan, usan y explotan los datos personales de nuestros ciudadanos.
6. Impedir que las políticas internas de las empresas ubicadas fuera de Colombia reemplacen la legislación colombiana y se conviertan en la norma que rige el respeto de los derechos constitucionales fundamentales de las colombianas y los colombianos.

LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL HÁBEAS DATA TAMBIÉN DEBE GARANTIZARSE EN INTERNET PARA CONTRARRESTAR LOS ABUSOS DEL PODER INFORMÁTICO

Durante sus primeros 23 años de jurisprudencia, la Corte Constitucional replicó el pluralismo terminológico internacional existente sobre el derecho al debido tratamiento de datos personales al nominarlo mayoritariamente “derecho al hábeas data”⁸ como sinónimo de autodeterminación informática⁹ o informativa¹⁰ y como el “derecho a la protección de datos”¹¹. En 2014, por ejemplo, la Corte reiteró que partir del artículo 15 de la Constitución se reconoció “un derecho fundamental autónomo catalogado como derecho al hábeas data, y en algunas oportunidades, como derecho a la autodeterminación informativa o informática (...)”¹². También es relevante señalar que la Corte también resaltó el carácter autónomo¹³ de dicho derecho y precisó su alcance¹⁴ y núcleo

⁸ Cfr. Corte Constitucional, T-1135 de 2008, T-1145 de 2008, T-260 de 2012.

⁹ Cfr. Corte Constitucional, T-307 de 1999, C-336 de 2007, T-771 de 2007, T-137 de 2008, T-260 de 2012, C-640 de 2010, T-658 de 2011.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, C-334 de 2010.

¹¹ Esta última expresión se utiliza en la Sentencia T-260 de 2012.

¹² Cfr. Corte Constitucional, T-176 A de 2014.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-1011 de 2008, C-748 de 2011, T-176 A de 2014.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, T-783 de 2002, T-542 de 2003,

⁶ En efecto, subraya la Corte Constitucional que “los mandatos expresados en la Carta Política cobran un significado sustancial que demanda del juez constitucional la protección de los derechos reconocidos a todas las personas, pues se trata de garantías que también resultan aplicables en ese ámbito” (Corte Constitucional, C-1147 de 2001).

⁷ Todas las partes o frases señaladas entre comillas son tomadas de la Sentencia C-1147 de 2001.

esencial¹⁵, señalando que el hábeas data es una de las innovaciones de la Constitución de 1991¹⁶ y una garantía “iusfundamental”¹⁷ que “busca la protección de los datos personales en un universo globalizado en el que el poder informático es creciente”¹⁸.

Desde su primera sentencia la Corte Constitucional visibilizó la existencia del “poder informático”¹⁹ para luego precisar que existe el “deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante”²⁰. Esa administración de datos personales no puede efectuarse de cualquier manera, sino observado los principios del hábeas data que para la Corte son “límites al tratamiento de datos personales”²¹, razón por la cual son de imperativa observancia junto con una serie de obligaciones²² que se deben cumplir cuando se pretenda realizar cualquier actividad sobre los datos personales.

El camino constitucional de construcción de los fundamentos del tratamiento de datos personales fue principalmente enfocado a la construcción y desarrollo de un plexo de principios²³ que son

T-565 de 2004, C-851 de 2005, T-160 de 2005, T-266 de 2005, T-565 de 2005; T-657 de 2005, T-718 de 2005, T-684 de 2006, T-1067 de 2007, T-002 de 2009.

¹⁵ Cfr. Este tema lo desarrollaremos en el capítulo segundo de esta investigación.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, T-848 de 2008.

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, T-947 de 2008.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, T-176 A de 2014.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-414 de 1992, T-307 de 1999, T-137 de 2008, T-361 de 2009, T-176 A de 2014. El poder informático es una de las cuestiones que se enuncia como justificación del hábeas data. En este sentido, en la Sentencia C-640 de 2010 se cita la siguiente parte de la Sentencia C-336 de 2007, a saber: “tanto la consagración constitucional del derecho al hábeas data, como sus desarrollos jurisprudenciales, encuentran justificación histórica en el surgimiento del denominado poder informático (...) y la posibilidad del manejo indiscriminado de los llamados datos personales (...). Durante la vigencia de la actual Constitución, el hábeas data pasó de ser una garantía (...) con alcances muy limitados, a convertirse en un derecho de amplio espectro. Es así como bajo la égida del derecho general de libertad (artículo 16) y la cláusula específica de libertad en el manejo de los datos (artículo 15 primer inciso), la jurisprudencia ha reconocido la existencia-validez del llamado derecho a la autodeterminación informática (...). En este sentido, derecho a la autodeterminación informática y derecho al hábeas data, son nociones jurídicas equivalentes (...) que comparten un mismo referente”.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, T-227 de 2003.

²¹ Cfr. Corte Constitucional, T-987 de 2012.

²² Cfr. Corte Constitucional, T-684 de 2006.

²³ Sobre el desarrollo jurisprudencial de los principios léase, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-414 de 1992, T-729 de 2002, C-185 de 2003, C-692 de 2003, T-160 de 2005, T-657 de 2005, T-718 de 2005, C-336 de 2007, T-798 de 2007, T-1067 de 2007,

de obligatorio cumplimiento en la recolección, almacenamiento y uso de datos personales. La creación y desarrollo progresivo de los principios sobre tratamiento de datos personales –legalidad, libertad, finalidad, necesidad, veracidad, utilidad, circulación restringida, incorporación, caducidad, individualidad, confidencialidad y seguridad²⁴– fue uno de los aportes más significativos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esos principios no solo se convirtieron en elementos cardinales para la decisión de muchos de los casos, sino que fueron incorporados por el regulador en las leyes estatutarias²⁵ sobre tratamiento de datos personales, constituyéndose en la columna vertebral de las mismas. Dichos principios tienen repercusión no solo en las diversas obligaciones de los responsables²⁶ y encargados²⁷ del tratamiento de los datos, sino en la definición de los derechos²⁸ de la persona titular de los mismos.

INTERNET Y LA RECOLECCIÓN INTERNACIONAL DE DATOS: UN RETO DEL SIGLO XXI

Internet, por su parte, es una red global, abierta y de fácil acceso por parte de personas ubicadas en cualquier parte del mundo. Tal y como lo sostiene una investigación doctoral reciente, a Internet “se le conoce como la red de redes al estar integrada por millones de redes de cómputo conectadas o vinculadas entre sí que, prácticamente, permiten acceder, como nunca antes, a ingentes cantidades de información. Se ha planteado que Internet es la “red mundial que permite interconectar el mundo entero”²⁹ en la cual pueden conectarse todas las computadoras y dispositivos móviles del mundo para poner de presente su campo de acción universal y la naturaleza internacional de muchas de las actividades que suceden en Internet”³⁰.

T-137 de 2008, T-947 de 2008, T-1037 de 2008, C-1011 de 2008, T-361 de 2009, C-640 de 2010, C-490 de 2011, C-748 de 2011, C-540 de 2012.

²⁴ La definición y alcance de estos principios puede consultarse en las sentencias C-1011 de 2008, C-748 de 2012, C-540 de 2012 de la Corte Constitucional.

²⁵ Cfr. artículo 4° de la Ley 1581 de 2012 –Principios para el tratamiento de datos personales–.

²⁶ Cfr. artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 –Deberes de los responsables del tratamiento–.

²⁷ Cfr. artículo 18 de la Ley 1581 de 2012 –Deberes de los encargados del tratamiento–.

²⁸ Cfr. artículo 8° de la Ley 1581 de 2012 –Derecho de los titulares–.

²⁹ CASSIN, Bárbara. 2008. Googléame: la segunda misión de los Estados Unidos. Traducido por V. Goldstein. I Ed. en español ed. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica. Biblioteca Nacional. Tezontle. P. 15.

³⁰ Cr. Remolina Angarita, Nelson. Tesis doctoral “Tratamiento de información personal. Desde la transferencia transfronteriza hacia la recolección internacional de datos: un reto del mundo del reto post internet”. Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Pp. 287-288. Bogotá, abril 16 de 2015.

En noviembre de 2013, la ONU con ocasión de la expedición de la Resolución sobre “El derecho a la privacidad en la era digital” destacó que “*el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos*”³¹. Nótese cómo en el lenguaje de la ONU se pone de presente cómo “las personas” (no solo los gobiernos y las empresas) pueden llevar a cabo, entre otras, la recopilación de datos. En la resolución, la ONU también dejó constancia sobre la “interceptación extraterritoriales de las comunicaciones y la recopilación de datos personales”³² y que “**los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet**”³³. (Destacamos).

Ahora bien, la magnitud de la recolección internacional de datos también es significativa porque existen muchos caminos tecnológicos a los que pueden acudir los recolectores para recoger datos en la red. En efecto, es prácticamente inevitable que cuando una persona realiza una actividad en Internet (visita de una página web, lectura de un periódico, compra de un tiquete, etc.) alguien esté recolectando sus datos³⁴. Según Roldán, “Internet (...) hace posible tener información al instante y también, como sombra que le sigue, robarla, abusar de ella, etc.”³⁵.

Internet es un instrumento poderoso de obtención de datos personales³⁶ y una fuente pública donde

encontramos mucha información sobre las personas. Respecto de este último punto, no debe perderse de vista que Internet también es una megabase de datos en donde cualquier persona puede recabar datos de terceros sin que estos intervengan en dicha actividad. En este sentido, se ha indicado que “los datos originados en la web o web data prácticamente corresponden a todos los datos que se han originado a lo largo de la historia de la computación. En efecto, aquí se encuentran los hipervínculos entre páginas web y sus contenidos, que pueden ser imágenes, sonidos, vídeos, texto libre, etc. A ello se suman los datos acerca de la navegación del usuario en los sitios que visita, específicamente la IP desde donde accedió, el tipo de navegador utilizado y los contenidos a que ha accedido”³⁷.

Los motores de búsqueda facilitan la recolección de datos a tal punto que se ha afirmado que “el advenimiento de los primeros buscadores de información en la web ocasionó un quiebre en la forma en que se puede acceder al conocimiento universal y, en particular, a cualquier dato que sea publicado en un sitio”³⁸. Piénsese, por ejemplo, cuando a través de Google se coloca el nombre de cualquier persona y automáticamente aparece un sinnúmero de diferente información sobre la misma como fotos, artículos publicados, grupos a que pertenece, formación académica, lugar de trabajo, etc.

El acceso sencillo a Internet facilita la recolección internacional de datos. Prácticamente cualquier persona del mundo que cuente con el mismo, podría emplear Internet para recoger información sobre las personas. En este sentido, Gómez indica que las “*singulares características de Internet*”, “*la convierten en campo abonado para la ejecución de conductas que, de otro modo, no encontrarían tantas facilidades para escapar a todo control*”³⁹.

intimidad es la capacidad que tienen algunas organizaciones de acumular gran cantidad de información sobre los particulares, en forma digital, que permite su manipulación, alteración y transmisión a terceros con enorme rapidez (y actualmente a un coste muy bajo). La inquietud que suscita esta evolución y la posibilidad de que se haga uso indebido de tales datos personales ha llevado a todos los Estados miembros de la UE (y ahora a la Comunidad, con la Directiva 95/46/CE) a adoptar disposiciones específicas sobre protección de datos en las que se establece un marco normativo que regula el tratamiento de la información de carácter personal” (GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 1999. Recomendación 1/99 sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware. (5093/98/ES/final. WP 17), <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17es.pdf>. , recuperado: 3 de enero de 2013. p 4).

³¹ ONU. Asamblea General. 2013. El derecho a la privacidad en la era digital. Sexagésimo octavo periodo de sesiones. A/C.3/68/L.45/Rev.1. 20 de noviembre. P 1.

³² *Ibíd.*, p. 2.

³³ *Ibíd.*, p.3.

³⁴ En 1999 ya se afirmaba que “*es casi imposible utilizar Internet sin verse confrontado con una serie de hechos que invaden nuestra vida privada y que llevan a cabo todo tipo de operaciones de tratamiento de datos personales de manera invisible para el interesado. En otras palabras, el usuario de Internet no es consciente de que sus datos personales se han recopilado y, posteriormente, tratado y podrían usarse con intenciones que le son desconocidas. El interesado no conoce el tratamiento y no es libre para decidir sobre el particular*” (GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 1999. Recomendación 1/99 sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware. (5093/98/ES/final. WP 17), <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17es.pdf>. , recuperado: 3 de enero de 2013. p 4).

³⁵ Frase del doctor José Roldán Xopa incorporada en el prefacio del siguiente libro: VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. 2012. La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e Internet. 1 ed. Vol. 807, Tirant monografías. Valencia, España: Tirant lo Blanc.

³⁶ Ya en 1999 se afirmaba que: “*A lo largo de los últimos 25 años, se ha ido haciendo patente que una de las mayores amenazas que pesan sobre el derecho fundamental a la*

³⁷ VELÁSQUEZ SILVA, Juan; DONOSO ABARCA, Lorena. 2013. Tratamiento de datos personales en Internet: Los desafíos jurídicos en la era digital. 1 Ed, Colección tratados y manuales. Santiago de Chile: Thomson Reuters. p. 6.

³⁸ *Ibíd.*, p. 18.

³⁹ GÓMEZ NAVAS, Justa. 2005. La protección de datos los personales: Un análisis desde la perspectiva del derecho penal. Primera ed. Navarra: Thomson Civitas. P 47.

Si bien la doctrina normalmente atribuye a las organizaciones⁴⁰ la capacidad de recolectar datos personales, no debe olvidarse que hoy en día cualquier persona que tenga acceso a Internet cuenta con la capacidad de realizar dicha actividad. Por lo tanto, unos (las organizaciones) y otros (las personas con acceso a Internet) son potenciales recolectores internacionales de los datos en comentario.

La recolección de datos en Internet puede realizarse mediante muchos otros instrumentos técnicos. Precisa Jeimy Cano que “recolectar datos en internet es una actividad que se puede hacer de múltiples formas conocidas, algunas pueden ser consentidas y otras no. Algunas de ellas en general son las formas HTML⁴¹, cookies⁴², spyware⁴³,

phishing⁴⁴, el código malicioso (virus, gusanos), en general cualquier medio o forma de interacción con el usuario a través de una interfase hombre-máquina es susceptible de adaptarse para recolectar datos”⁴⁵. Las cookies, por ejemplo, han sido catalogadas como “la principal tecnología de rastreo utilizada para controlar a los usuarios en Internet (...)”⁴⁶. Lo anterior ha sido corroborado en un estudio de 2015 coordinado por varias autoridades europeas de privacidad y telecomunicaciones que muestra la realidad y la dimensión del uso de las cookies en varias de las páginas web más consultadas por los (las) personas⁴⁷. En 478 sitios web analizados se encontró que se habían instalado 16.555 cookies, es decir, 34.6 cookies en promedio por cada sitio web.

En síntesis, en Internet se puede recolectar información de personas de cualquier parte del mundo a través de diferentes medios tecnológicos visibles e invisibles, conocidos o no por los titulares de los datos personales. Esta captura de información técnicamente puede efectuarse con o sin la autorización previa de la persona concernida por parte de sujetos domiciliados en cualquier país sobre los cuales, las autoridades del país de origen del titular de dato, pueden o no tener competencia para investigar cualquier eventual infracción realizada por el recolector de la información.

rear el comportamiento del usuarios [GUERRERO PIC, 2006, óp. cit., p. 586].

⁴⁰ ORTEGA JIMÉNEZ, por ejemplo, afirma que “a lo largo de los últimos 25 años, se ha hecho patente que una de las mayores amenazas que pesan sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es la capacidad que tienen algunas organizaciones de acumular gran cantidad de información sobre los particulares, en forma digital o no, que permite su manipulación, alteración y transmisión a terceros con enorme rapidez y, actualmente, a un coste muy bajo” (Cfr. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. 2013. La tutela del afectado ante los tratamientos ilícitos de sus datos personales desde la perspectiva internacional y su proyección en internet. En La protección de los datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica, editado por J. VALERO TORRIJOS. Navarra, España: Editorial Aranzadi (Thomson Reuters) y Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España. Pp. 197-198).

⁴¹ “Hyper Text Mark-up Language. Lenguaje de programación para armar páginas web” (Diccionario Técnico de Computación Gratuito. http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm, recuperado: 30 de junio de 2010.

⁴² Según Morón Lerma, los cookies son “pequeños programas que identifican al usuario cada vez que entra a un servidor de información y que rastrean sus preferencias”. Precisa la autora que “el sucesivo envío de cookies y su conservación permite al emisor lograr una fotografía digital del internauta, conocer su dirección, gustos, preferencias o entretenimientos, pudiendo efectuar un rastreo completo de las actividades del usuario en la red” (MORON LERMA, Esther. 2002. Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red. Segunda ed. Navarra, España: Aranzadi. P 33). También han sido definidos como “pequeño archivo de texto que un sitio web coloca en el disco rígido de una computadora que lo visita. Al mismo tiempo, recoge información sobre el usuario” (Diccionario Técnico de Computación Gratuito. http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm, recuperado 30 de junio de 2010. Usualmente las cookies se utilizan para recolectar información sobre los hábitos de navegación del usuario.

⁴³ Los spyware o programas espía, son considerados como otra forma de “intrusión en la privacidad informática de los usuarios”. Se trata de archivos o identificadores ocultos que se introducen en la computadora de una persona sin su consentimiento, con miras a recolectar datos o rastrear las actividades de la persona [MORON LERMA, 2002, óp. cit., p. 33-34]. Recalca la doctrina que este software espía «de manera inadvertida se dedica a monito-

⁴⁴ El phishing normalmente se asocia a una forma de estafa para adquirir información de manera engañosa. El estafador envía un correo haciendo creer a la persona que se trata de su banco u otra persona de confianza para solicitarle datos personales como su número de identificación, número de la tarjeta de crédito, claves personales, etc. (Sobre el tema léase: PALAZZI, Pablo. 2009. Los delitos informáticos en el Código Penal: Análisis de la ley 26.388. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. P 175). Precisa la doctrina que se trata de una “técnica fraudulenta” que se “utiliza, sobre todo, para obtener información confidencial (números de tarjetas de crédito, de seguridad social, de cuentas bancarias, contraseñas, etc.)”. [GUERRERO PICO, 2006, óp. cit., p. 584].

⁴⁵ Este fragmento fue tomado de la respuesta escrita del 30 de junio de 2010 del profesor Jeimy Cano Martínez respecto de una consulta formulada por Nelson Remolina Angarita sobre las formas de recolectar datos en Internet. Cano Martínez es ingeniero y Magister en Ingeniería de Sistemas y Computación de la Universidad de los Andes. PhD en Administración de Negocios de Newport University, California en los Estados Unidos. Autor de los libros: Computación forense. Descubriendo los rastros informáticos publicado por AlfaOmega en 2009; El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia, publicado por Ediciones Uniandes en 2010; Inseguridad de la información: una visión estratégica, Ed. Alfaomega, 2013.

⁴⁶ GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 2012. Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea. GT 171.

⁴⁷ Cfr. GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 2015. Cookie sweep combined analysis - report. WP 229.

La magnitud de la Recolección Internacional de Datos Personales (RIDP) es directamente proporcional a la tasa de acceso que tengan las personas en cada país del mundo. En efecto, dicha recolección aumentará a medida que crezca la tasa de penetración de acceso a Internet, porque ello permitirá que existan más potenciales recolectores internacionales de datos personales. Esto, al mismo tiempo, es un enorme desafío para los Estados, tanto por el número de recolectores internacionales existentes en el mundo como por las herramientas jurídicas con que cuentan para actuar frente a eventuales tratamientos indebidos que surjan a partir de la RIDP.

Según Internet World Stats, de diciembre 31 de 2000, a marzo de 2017 pasamos de 360,985,492 a 3,739,698,500 usuarios en todo el mundo, dándose un crecimiento equivalente al 936.0% durante dicho período⁴⁸. Como se observa, el crecimiento de Internet ha sido continuo y significativo. A marzo de 2017, la tasa mundial de penetración de usuarios a Internet es del 50%, aproximadamente⁴⁹.

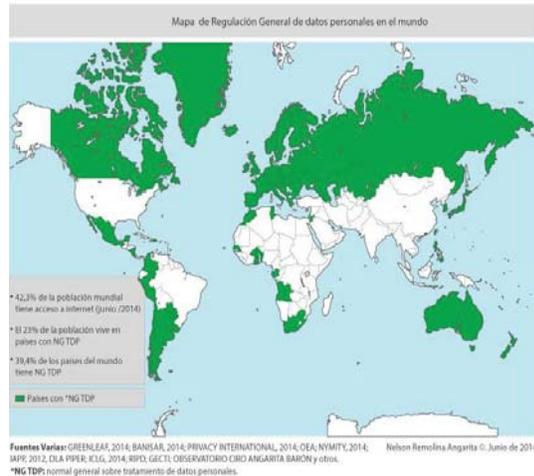
Ahora bien, para identificar los lugares donde se ubican la mayoría de los recolectores internacionales es necesario analizar conjuntamente la población de cada territorio junto con la tasa de acceso a Internet mismo. Estos y otros datos se relacionan en la siguiente tabla.

	Población	Acceso a Internet	PRI	Países con NG TDP	Países con AG TDP
Mundo	7,182,406,565	42,3%	3,038,157,976	39,4%	36,01%
África	1,125,721,038	26,5%	298,316,075	20,69%	15,51%
Asia	4,227,996,587	41,5%	1,754,618,583	28%	24%
Europa	825,824,883	70,5%	582,206,542	96,15%	94,23%
América	966,139,408	70%	676,297,585	29,41%	25,49%
Oceania	36,724,649	72,7%	26,698,819	7,69%	7,69%

PRI: Potenciales Recolectores en Internet; *NG:* Norma General; *TDP:* Tratamiento de Datos Personales;
AG: Autoridad General de protección de datos.

Tabla 1. Población, acceso a Internet y normas generales sobre tratamiento de datos personales en el mundo y los continentes a junio de 2014. Fuente: Nelson Remolina Angarita. Tesis doctoral citada. P. 317.

Ahora bien, no todos los países del mundo tienen normas de protección de datos, tal y como se observa en el siguiente mapa elaborado por el profesor Remolina, Director del GECTI⁵⁰:



RESULTADOS DE LA ENCUESTA SOBRE PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES (COLOMBIA): LAS COLOMBIANAS Y LOS COLOMBIANOS QUIEREN QUE SUS DERECHOS TAMBIÉN SE PROTEJAN EN INTERNET

A continuación se presentan los resultados de la encuesta realizada con la finalidad de elaborar un reporte para *Privacy International* sobre el estado de la privacidad en América Latina. Esta fue realizada conjuntamente con la Universidad de San Andrés (Argentina), el IS (Brasil) y el Observatorio Ciro Angarita Barón, sobre la protección de datos en Colombia.

La redacción de las preguntas fue liderada por Pablo Palazzi (Argentina) y acordadas junto con Danilo Doneda (Brasil) y Nelson Remolina (Colombia). La implementación en Colombia estuvo a cargo del profesor Remolina, y los resultados reflejan la opinión de 573 colombianas y colombianos que respondieron las preguntas vía Internet desde el 11 de noviembre de 2013 hasta el 24 de enero de 2014.

La importancia de esta encuesta radica en que recoge la opinión de las colombianas y los colombianos frente a temas relacionados con el objeto de este proyecto.

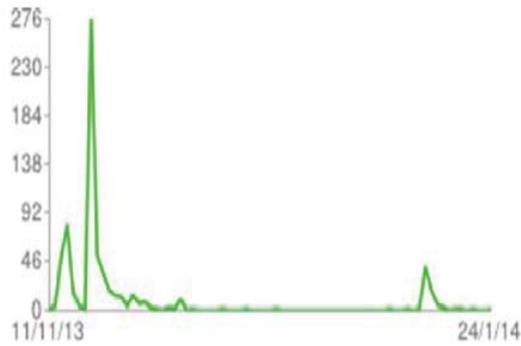
Ficha técnica de la encuesta.

Población objetivo	Colombianos (as)
Cubrimiento geográfico	República de Colombia
Técnica	Encuesta vía página web
Número de respuestas	573
Herramienta utilizada	Google drive
Momento estadístico	11-XI-2013 a 24-I-2014

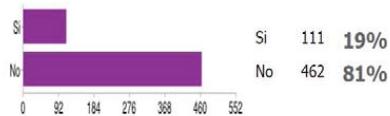
⁴⁸ Los datos fueron tomados de la página web de Internet world Stats. Ver. Internet Usage Statistics, 2017, op. cit. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (última consulta: agosto 16 de 2017).

⁴⁹ Cfr. Internet World Stats. Ver. Internet Usage Statistics, 2017, óp. cit. <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (última consulta: agosto 16 de 2017).

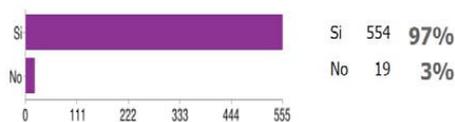
⁵⁰ GECTI significa “Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática” de la facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Fundado el 5 de octubre de 2001 por el profesor Nelson Remolina Angarita. Página web: www.gecti.uniandes.edu.co.



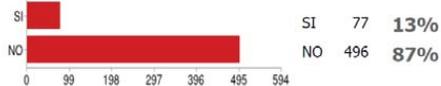
Le gustaría que cada sitio de internet sepa sus intereses de navegación mediante el uso de cookies?



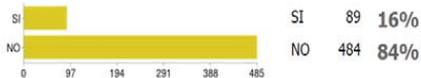
Considera que su consentimiento o autorización es importante para la debida recolección y uso de sus datos personales?



Está de acuerdo con que un buscador de internet recolecte sus datos personales cada vez que usa su motor de búsqueda o sus servicios?



Cree que las autoridades de su país pueden defender eficazmente sus derechos cuando son vulnerados (violados) por personas que viven en otro país y que desde el mismo recolectan sus datos personales a través de internet (recolección internacional de datos)?



REFLEXIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS EN INTERNET: LOS DERECHOS DE LOS COLOMBIANOS NO DESAPARECEN EN INTERNET

En 2001 la Corte Constitucional de la República de Colombia se pronunció sobre, entre otros, el alcance del ordenamiento constitucional frente a la regulación de materias ligadas al ejercicio de actividades a través de Internet⁵¹. Aunque el

⁵¹ Cfr. Corte Constitucional. Sentencia C-1147 del 31 de octubre de 2001. M. P., doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

fallo se profiere con ocasión de una norma sobre impuestos⁵², las consideraciones incluidas en el mismo envían mensajes importantes sobre la protección de los derechos de las personas en el ciberespacio o internet.

Para la Corte, internet ha sido, entre otros, un escenario en el cual operan muchos “sistemas de información y almacenamiento informático”. De entrada la Corte rápidamente advierte sobre lo que sucede con la información que es recolectada en el “mundo virtual” –ciberespacio–. En este sentido, manifiesta la Corte que “la información que se comparte en Internet deja una huella que, por ejemplo, no solo permite establecer el contenido exacto de la transacción comercial efectuada entre un usuario del sistema y el agente material de una actividad que se desarrolla por esta vía (...) sino que hace posible rastrear e identificar todo lo que una persona hizo en el mundo virtual, los lugares que visitó o consultó y los productos que consumió a través de la red. La recopilación de estos datos puede ser utilizada para crear perfiles sobre los gustos, preferencias, hábitos de consulta y consumo de las personas que emplean Internet (como simples usuarios o como agentes económicos que desarrollan sus actividades por este medio).”⁵³ (Negrilla ausente en el original).

De otra parte, la Corte también reconoció la importancia “que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como (...) la intimidad y el hábeas data (artículo 15 C. P.)”⁵⁴ Adicionalmente, dicha corporación

⁵² Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 91 de la Ley 633 de 2000 “por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento de los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para establecer las finanzas de la rama judicial”. El texto del artículo demandado dice lo siguiente: “Todas las páginas web y los sitios de internet de origen colombiano que operan en el internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiera o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el registro mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera”.

El problema jurídico explícitamente señalado por la Corte fue el siguiente: “La consagración de los deberes de inscripción en el registro mercantil y de remisión de la información tributaria que solicite la DIAN a las páginas o sitios web de origen colombiano mediante las que se prestan servicios personales, comerciales y financieros, constituye una violación del principio de reserva de ley que establece la Constitución en ciertas materias como la relativa al derecho a la intimidad garantizado por el artículo 15 Superior”.

⁵³ Todas las partes o frases señaladas entre comillas son tomadas de la Sentencia C-1147 de 2001.

⁵⁴ Los otros derechos importantes que cita la Corte son: el derecho a la igualdad; la libertad de conciencia o de cultos; la libertad de expresión; el libre ejercicio de una profesión u oficio; el secreto profesional y el ejercicio

admitió que los avances científicos y tecnológicos *“siempre han planteado retos al derecho”* porque estos inciden, entre otros, *“en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas”* y por ende *“demandan diferentes respuestas del ordenamiento jurídico”*⁵⁵. (Negrilla ausente en el original).

Según la Corte, internet es uno de esos avances *“cuyos efectos a nivel transnacional plantea diversos problemas constitucionalmente relevantes”*⁵⁶ porque, entre otras, se trata de una realidad importante en nuestra sociedad sobre la cual las herramientas jurídicas actuales pueden resultar insuficientes. En efecto, para dicha Corporación *“la existencia de una nueva red mundial de comunicaciones y de vías de circulación de información accesibles fácil y directamente al ciudadano para múltiples propósitos (...) a escala global no es una realidad jurídicamente inocua”* y la *“la rapidez con la que evoluciona la tecnología que se emplea en Internet, y al ingenio y creatividad de muchos de sus operadores, los preceptos jurídicos expedidos con el propósito de regular las actividades que se desarrollan por este medio de comunicación pueden resultar inocuos para alcanzar algunas de las finalidades que persiguen”*. Por eso, concluye la Corte, en los casos que *“la regulación existente resulte ineficaz para alcanzar los objetivos que orientan su creación, a causa de las novedades técnicas que se presentan” le corresponde a la rama legislativa “tomar las decisiones que cada evento amerite”*⁵⁷. (Negrilla ausente en el original). Teniendo en cuenta lo anterior, este proyecto buscar dar respuesta a algunos retos del derecho y del Estado colombiano para proteger los derechos de nuestros ciudadanos en internet.

A pesar de que el campo de acción de internet desborda las fronteras nacionales, para la Corte el nuevo escenario tecnológico y las actividades en internet no se sustraen del respeto de los mandatos constitucionales⁵⁸. Por eso, concluye dicha entidad que: *“en Internet, (...), puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio”*

de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afectan (Corte Constitucional, C-1147 de 2001).

⁵⁵ Todas las partes o frases señaladas entre comillas son tomadas de la Sentencia C-1147 de 2001.

⁵⁶ Loc. cit.

⁵⁷ Loc. cit.

⁵⁸ En efecto, subraya la Corte Constitucional que “los mandatos expresados en la Carta Política cobran un significado sustancial que demanda del juez constitucional la protección de los derechos reconocidos a todas las personas, pues se trata de garantías que también resultan aplicables en ese ámbito” (Corte Constitucional, C-1147 de 2001).

también debe velar el juez constitucional”. Recalca dicha Corporación que: **“nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales”**⁵⁹. (Negrilla ausente en el original).

Teniendo en cuenta lo anterior, reiteramos la necesidad de que este proyecto se convierta en ley de la República de Colombia.

ACTUALIZACIÓN DE LA LEY 1581 DE 2012 A ESTÁNDARES INTERNACIONALES

Nos parece importante que nuestra regulación se actualice y enriquezca con principios y estándares recogidos en documentos internacionales sobre tratamiento de datos que fueron expedidos con posterioridad a la expedición de la Ley 1581 de 2012, como, entre otros, los siguientes:

- “Estándares de protección de datos personales para los estados Iberoamericanos” del 20 de junio de 2017 de la Red Iberoamericana de Protección de datos⁶⁰, cuyo texto puede consultarse en: http://www.redipd.es/documentacion/common/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>

Los dos documentos coinciden, entre otras, en la necesidad de actualizar la regulación del tratamiento de datos frente a la realidad tecnológica del siglo XXI, la innovación tecnológica y particularmente internet. En este sentido, por ejemplo, los numerales 6 y 7 del citado reglamento dicen lo siguiente:

“(6) La rápida evolución tecnológica y la globalización han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales. La magnitud de

⁵⁹ Todas las partes o frases señaladas entre comillas son tomadas de la Sentencia C-1147 de 2001.

⁶⁰ *“la Red Iberoamericana de Protección de Datos surgió con motivo del acuerdo alcanzado en el Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, celebrado en La Antigua, Guatemala, del 1° al 6 de junio de 2003, con la asistencia de representantes de 14 países iberoamericanos. Iniciativa que contó desde sus inicios con un apoyo político reflejado en la Declaración Final de la XIII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los países Iberoamericanos, celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 14 y 15 de noviembre de 2003, conscientes del carácter de la protección de datos personales como un derecho fundamental”* Cfr. http://www.redipd.es/documentacion/common/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf numeral 4, pág. 7.

la recogida y del intercambio de datos personales ha aumentado de manera significativa. La tecnología permite que tanto las empresas privadas como las autoridades públicas utilicen datos personales en una escala sin precedentes a la hora de realizar sus actividades. Las personas físicas difunden un volumen cada vez mayor de información personal a escala mundial. La tecnología ha transformado tanto la economía como la vida social, y ha de facilitar aún más la libre circulación de datos personales dentro de la unión y la transferencia a terceros países y organizaciones internacionales, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los datos personales.

“(7) Estos avances requieren un marco más sólido y coherente para la protección de datos en la Unión Europea, respaldado por una ejecución estricta, dada la importancia de generar la confianza que permita a la economía digital desarrollarse en todo el mercado interior. Las personas físicas deben tener el control de sus propios datos personales. Hay que reforzar la seguridad jurídica y práctica para las personas físicas, los operadores económicos y las autoridades públicas.”

La parte introductoria de los estándares de protección de datos de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD), por su parte, señala lo siguiente:

“En el marco del XV Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, la Red Iberoamericana de Protección de Datos (RIPD o Red) ha aprobado y presentado oficialmente los llamados “Estándares de Protección de Datos de los Estados Iberoamericanos”, dando cumplimiento así a un objetivo largamente anhelado por todas las entidades integrantes de la misma, así como a uno de los acuerdos adoptados en la XXV Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, celebrada el 28 y 29 de octubre de 2016 en Colombia, relacionado con solicitar a la Red la elaboración de una propuesta para la cooperación efectiva relacionada con la protección de datos personales y privacidad.

“El texto ahora aprobado trata de dar respuesta a uno de los ejes de la estrategia acordada por la RIPD en noviembre de 2016 en Montevideo, plasmada en el documento “RIPD 2020”, consistente en “impulsar y contribuir al fortalecimiento y adecuación de los procesos regulatorios en la región, mediante la elaboración de directrices que sirvan de parámetro para futuras regulaciones o para la revisión de las existentes”.

En este sentido, los Estándares Iberoamericanos se constituyen en un conjunto de directrices orientadoras que contribuyan a la emisión de iniciativas regulatorias de protección de datos personales en la región iberoamericana de aquellos países que aún no cuentan con estos ordenamientos, o en su

caso, sirvan como referente para la modernización y actualización de las legislaciones existentes”.

En particular destacamos los siguientes considerandos de los citados estándares porque guardan relación con varios de los objetivos del presente proyecto de ley:

“(22) Teniendo en cuenta que mediante el Internet es posible acceder y recabar información disponible en cualquier país, así como llevar a cabo un tratamiento de la misma, como recabar datos de millones de personas sin estar físicamente domiciliado allí, circunstancia que no debería constituirse en un factor que impida la efectiva protección de los derechos y libertades de las personas en el ciberespacio;

“(23) Reconociendo la importancia de la adopción de medidas preventivas que permitan al responsable responder proactivamente ante los posibles problemas relacionados con el derecho a la protección de datos personales como son la adopción de esquemas de autorregulación vinculante o sistemas de certificación en la materia; la designación de un oficial de protección de datos personales; la elaboración de evaluaciones de impacto a la protección de datos personales y la privacidad por defecto y por diseño, entre otras, lo cual resulta esencial en el ámbito de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones;

Teniendo en cuenta lo anterior, el proyecto de ley incluye varios principios e instituciones mencionado en los anteriores documentos, especialmente los “Estándares de protección de datos personales para los estados Iberoamericanos” del 20 de junio de 2017 de la Red Iberoamericana de Protección de datos que para su redacción tuvo en cuenta el citado Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016.

DE LA LIBRE CIRCULACIÓN DE DATOS DE NATURALEZA PÚBLICA

Como es sabido, el tratamiento de datos personales públicos no requiere de la autorización del titular del dato por mandato expreso del literal b) del artículo 10 de la Ley 1581 de 2012. La Corte Constitucional, por su parte, ha establecido que: *“la información pública es aquella que “puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal”.* Es decir la información *“que puede solicitarse por cualquier persona de manera directa y sin el deber de satisfacer requisito alguno”*⁶¹. Recalca la Corte que *“la información pública, en tanto no está relacionada con el ámbito de protección del derecho a la intimidad, recae dentro del ejercicio amplio del derecho a recibir*

⁶¹ Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-729 de 2002; C-336 de 2007, C-1011 de 2008, C-334 de 2010.

información (artículo 20 C.P.) y, en consecuencia, es de libre acceso”⁶².

Según el artículo 3° del Decreto 1377 de 2013, son datos personales de carácter público, entre otros, “los datos relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público. Por su naturaleza, los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva”. De otra parte, el artículo 5° del citado decreto establece que: “Los datos personales que se encuentren en fuentes de acceso público, con independencia del medio por el cual se tenga acceso, entendiéndose por tales aquellos datos o bases de datos que se encuentren a disposición del público, pueden ser tratados por cualquier persona siempre y cuando, por su naturaleza, sean datos públicos.”.

Como se observa, los datos públicos pueden ser tratados por cualquier individuo en Colombia o fuera del país. Adicionalmente, el párrafo segundo del literal f) del artículo 4° de la ley 1581 de 2012 permite que los datos públicos se divulguen en internet o en otros medios de comunicación masiva⁶³.

De otra parte, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 debe aplicarse en concordancia con otra ley estatutaria posterior y especial sobre los datos públicos como lo es la Ley 1712⁶⁴ de 2014. El principio de máxima publicidad previsto en el artículo 2°⁶⁵ de la Ley 1712 es la principal pauta a seguir tratándose de datos públicos. Esa máxima publicidad es consistente con la libre circulación nacional e internacional de dicha información. El principio de transparencia previsto en dicha ley obliga a los responsables del tratamiento de datos públicos a “proporcionar y facilitar el acceso a la misma en los términos más amplios posibles”⁶⁶. En este sentido la libre circulación de datos personales públicos es consistente con el deber de facilitar el

62

⁶³ El párrafo segundo del literal f) del artículo 4° de la Ley 1581 de 2012 dice lo siguiente: “Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido solo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley;”.

⁶⁴ Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones.

⁶⁵ “Artículo 2°. Principio de máxima publicidad para titular universal. Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley.” (Ley 1712 de 2014).

⁶⁶ Cfr. Artículo 3° de la Ley 1712 de 2014.

acceso a información pública de manera abierta y amplia, a todos los sujetos que requieran de ella.

El anterior mandato legal también debe aplicarse de manera armónica con el “principio de la divulgación proactiva de la información” según el cual existe el deber de “promover y generar una cultura de transparencia, lo que conlleva la obligación de publicar y divulgar documentos y archivos que plasman la actividad estatal y de interés público, de forma rutinaria y proactiva, actualizada, accesible y comprensible”⁶⁷.

La información pública es de interés público porque existe un interés legítimo de la sociedad (empresarios, los consumidores, ciudadanos, etc.) de conocer información para, entre otras, tomar decisiones informadas y evitar engaños a la sociedad en general y los consumidores en especial. Por eso, nos parece importante que se permita la libre circulación transfronteriza de los datos personales de naturaleza pública ya que la no circulación libre y transfronteriza de este tipo de datos, por ejemplo, podría facilitar actividades fraudulentas, engañosas y delictuales.

Visto lo anterior, el proyecto de ley incorpora una disposición para permitir la libre circulación transfronteriza de datos personales de naturaleza pública.

CONTENIDO DEL PROYECTO

Artículo 1°. Establece los objetivos de la ley en los siguientes términos:

“La presente ley tiene las siguientes finalidades: (1) Adicionar principios y medidas proactivas sobre tratamiento de datos no incluidos en la ley 1581 de 2012 y que contribuyen a fortalecer el debido tratamiento de los datos personales; (2) Proteger a las personas respecto del indebido tratamiento de sus datos personales por parte de Responsables o Encargados que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia; (3) Permitir que las autoridades colombianas puedan adelantar investigaciones o cualquier gestión, de oficio o a petición de parte, con miras a exigir el respeto del derecho fundamental al hábeas data y a la protección de los datos personales que sean tratados por personas ubicadas o domiciliadas fuera del territorio de la República de Colombia; (4) Fortalecer la garantía de los derechos de los colombianos cuando sus datos son exportados a otros países”;

Artículo 2°. Este artículo propone modificar el artículo 2°⁶⁸ de la Ley 1581 de 2012 que se refiere su ámbito de aplicación, adicionando lo siguiente:

⁶⁷ Cfr. Artículo 3° de la Ley 1712 de 2014.

⁶⁸ El actual artículo 2° dice lo siguiente: “Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

Artículo 2°. *Ámbito de aplicación. (...)*

“**Parágrafo 2°.** La presente ley también es aplicable al tratamiento de datos personales efectuado por Responsables o Encargados del Tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia.

Igualmente, esta ley será aplicable al tratamiento de datos efectuado por:

- a) Un Responsable o Encargado no establecido en territorio de la República de Colombia, cuando las actividades del tratamiento estén relacionadas con la oferta de bienes o servicios dirigidos a los residentes de la República de Colombia, o bien, estén relacionadas con el control de su comportamiento.
- b) Un Responsable o Encargado no establecido en territorio de la República de Colombia pero le resulte aplicable la legislación nacio-

nal de Colombia, derivado de la celebración de un contrato.

- c) Un Responsable o Encargado no establecido en territorio de la República de Colombia que utilice o recurra a medios, automatizados o no, situados en ese territorio para tratar datos personales, salvo que dichos medios se utilicen solamente con fines de tránsito.

Artículo 3°. Propone incluir nuevos principios sobre tratamiento de datos no previstos en la Ley 1581 de 2012 y que han sido reconocidos en documentos internacionales como los Estándares Iberoamericanos de Protección de Datos aprobados en junio de 2017 por la RIPD.

Esos principios son los siguientes:

- Protección de datos desde el diseño y por defecto.
- Responsabilidad demostrada
- Principio de proporcionalidad.

Artículo 4°. Propone adicionar un párrafo al 18 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 sobre los deberes de los Encargados del Tratamiento con miras a que se prevea pautas respecto de la subcontratación que ellos realizan para prestar sus servicios y las responsabilidades que adquieren las empresas subcontratadas desde la perspectiva del tratamiento de datos personales.

Artículo 5°. Propone adicionar un párrafo para precisar las funciones que ejercerá la autoridad de protección de datos frente a los recolectores internacionales de los datos de los colombianos que residen en territorio colombiano.

Artículo 6°. Propone adicionar un párrafo al artículo 23 de la Ley Estatutaria 15812 de 2012 para establecer responsabilidad personal en los funcionarios públicos por eventuales indebidos tratamientos de datos personales. De esta manera, se busca que el funcionario público sea más diligente y respetuoso de las normas de tratamiento de datos personales en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 7°. Propone adicionar dos párrafos al artículo 23 de la Ley Estatutaria 15812 de 2012 con los siguientes propósitos:

Primero, permitir la libre transferencia internacional de datos públicos por las razones señaladas en la exposición de motivos.

Segundo, incorporar mecanismos para que la transferencia internacional de datos se haga con responsabilidad y garantía de los derechos de los titulares de los datos. Al ser el exportador de datos quien crea un riesgo en los citados derechos, consideramos que entonces le corresponde asumir las consecuencias en caso que ese riesgo se materialice en la vulneración de los derechos de los titulares de los datos.

La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:

a) A las bases de datos o archivos mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico.

Cuando estas bases de datos o archivos vayan a ser suministrados a terceros se deberá, de manera previa, informar al Titular y solicitar su autorización. En este caso los Responsables y Encargados de las bases de datos y archivos quedarán sujetos a las disposiciones contenidas en la presente ley;

b) A las bases de datos y archivos que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, así como la prevención, detección, monitoreo y control del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo;

c) A las Bases de datos que tengan como fin y contengan información de inteligencia y contrainteligencia;

d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;

e) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 1266 de 2008;

f) A las bases de datos y archivos regulados por la Ley 79 de 1993.

Parágrafo. Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley.”

Artículo 8°. Propone crea un nuevo capítulo de la Ley 1581 de 2012 mediante el cual se incorporen medidas proactivas en el tratamiento de datos personales, como las siguientes:

- Privacidad por diseño y privacidad por defecto.
- Mecanismos de autorregulación.
- Evaluación de impacto a la protección de datos personales.
- Delegado de protección de datos.

Como se mencionó en la exposición de motivos, estas medidas fueron incorporadas en documentos internacionales sobre tratamiento de datos que fueron expedidos con posterioridad a la expedición de la ley 1581 de 2012, como, entre otros, los siguientes:

- “Estándares de protección de datos personales para los estados Iberoamericanos” del 20 de junio de 2017 de la Red Iberoamericana de Protección de datos⁶⁹, cuyo texto puede consultarse en: http://www.redipd.es/documentacion/common/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf
- Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (Texto pertinente a efectos del EEE). Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32016R0679>

Los dos documentos coinciden, repito, en la necesidad de actualizar la regulación del tratamiento de datos frente a la realidad tecnológica del siglo XXI, la innovación tecnológica y particularmente internet.

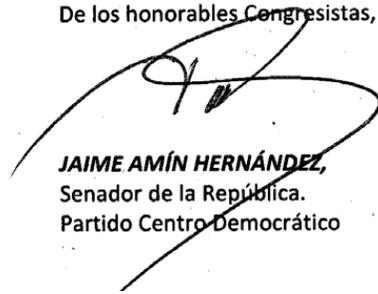
PROPOSICIÓN

Con base en los anteriores argumentos pongo a consideración de los honorables miembros del Congreso de la República el presente proyecto de ley.

⁶⁹ “la Red Iberoamericana de Protección de Datos surgió con motivo del acuerdo alcanzado en el Encuentro Iberoamericano de Protección de Datos, celebrado en La Antigua, Guatemala, del 1° al 6 de junio de 2003, con la asistencia de representantes de 14 países iberoamericanos. Iniciativa que contó desde sus inicios con un apoyo político reflejado en la Declaración Final de la XIII Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de los países Iberoamericanos, celebrada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, el 14 y 15 de noviembre de 2003, conscientes del carácter de la protección de datos personales como un derecho fundamental” Cfr. http://www.redipd.es/documentacion/common/Estandares_Esp_Con_logo_RIPD.pdf numeral 4, pág. 7.

De los honorables Congressistas,

De los honorables Congressistas,



JAIME AMÍN HERNÁNDEZ,
Senador de la República.
Partido Centro Democrático

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General
(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 16 del mes de agosto del año 2017 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 89 de 2017 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Jaime Amín H.*

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el **Proyecto de Ley Estatutaria número 89 de 2017 Senado**, por medio de la cual se modifica la Ley Estatutaria 1581 de 2012, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada en el día de hoy ante Secretaría General del senado de la República por el honorable Senador *Jaime Amín Hernández*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE

SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional con el fin de que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Efraín José Cepeda Sarabia.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 88 DE 2017 SENADO

por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.

-Ley Lucía-

El Congreso de Colombia

DECRETA:

CAPÍTULO I

Del objeto de la ley

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto regular:

- a) Técnicas de reproducción humana asistida.
- b) Relaciones entre sujeto aportante, depositante, donante, sujeto receptor, uso del vientre, médico y ser humano procreado por técnicas de reproducción humana asistida, establecimiento o centro de asistencia técnica.

CAPÍTULO II

De las definiciones y siglas

Artículo 2°. *Técnicas de Reproducción Asistida.* Se denominan técnicas de reproducción humana asistida, al conjunto de técnicas médicas especiales o métodos biomédicos, que facilitan o sustituyen a los procesos naturales que se dan durante la reproducción. Se clasifican en dos grupos de tratamientos denominados de baja complejidad (fecundación del óvulo intracorpórea) y de alta complejidad (fecundación del óvulo extracorpórea).

Artículo 3°. *Definiciones.* Para efectos de la aplicación e interpretación de la presente ley se adoptan las siguientes definiciones y siglas:

Aportante de gametos: Es la persona que acude a una institución autorizada para la recolección y utilización de sus gametos, a fin de aplicar las técnicas referidas en esta ley, exclusivamente en su cónyuge o compañera permanente.

Depositante de gametos: Es la persona que permite a una institución autorizada la recolección de sus gametos para que sean conservados por esta con la finalidad de hacer posible su descendencia en tratamientos posteriores.

Donante de gametos: Es la persona que permite a una institución autorizada la recolección y utilización de sus gametos, a fin de aplicar las técnicas referidas en esta ley a otras personas seleccionadas por esa institución.

Donante Abierto. Es la persona que permite a una institución autorizada contacto con cada descendencia resultante de sus donaciones de gametos. Este contacto solo puede ocurrir después de que la descendencia alcance la mayoría de edad.

Donante Anónimo. Es la persona que prohíbe a una institución autorizada revelar su nombre

y cualquier otra información relacionada con su intimidad e identidad.

Fecundación *In Vitro* con Donante (FIVTED): Se denomina Fecundación *In Vitro* con Donante (FIVTED) cuando uno o ambos gametos provienen de terceras personas o mujer que acuda a banco de gametos siendo soltera o sin el consentimiento del cónyuge o compañero permanente.

Fecundación *In Vitro* con Transferencia de Embriones Marital Conyugal (FIVTEMC): Se denomina Fecundación *In Vitro* con Transferencia de Embriones Marital Conyugal (FIVTEMC) cuando ambos gametos provienen de los cónyuges.

Fecundación *In Vitro* con Transferencia de Embriones Marital de Hecho (FIVTEMH): Se denomina Fecundación *In Vitro* con Transferencia de Embriones Marital de Hecho (FIVTEMH) si ambos gametos provienen del compañero permanente.

Gameto: Cada una de las células masculina y femenina que al unirse forman el cigoto.

Infertilidad: Enfermedad del sistema reproductivo definida como la incapacidad de lograr un embarazo clínico después de 12 meses o más de relaciones sexuales no protegidas.

Inseminación Artificial con Donante (IAD): Se denomina Inseminación Artificial con Donante (IAD) cuando se utilicen gametos de personas distintas de los miembros de la pareja o en mujer que acuda a banco de gametos, siendo soltera o sin el consentimiento del cónyuge o compañero permanente.

Inseminación Artificial Marital conyugal (IAMC): Se denomina Inseminación Artificial Marital Conyugal (IAMC) cuando se practique mediante la utilización de los gametos masculinos aportados por el cónyuge.

Inseminación Artificial Marital de Hecho (IAMH): Se denomina Inseminación Artificial Marital de Hecho (IAMH) cuando se practique mediante la utilización de los gametos masculinos que aporte el compañero permanente.

Receptora: Se denomina receptora a la cónyuge, compañera permanente o mujer siendo soltera o sin el consentimiento del cónyuge o compañero permanente que se somete a la aplicación de las técnicas de reproducción humana con asistencia científica, con el fin de recibir embriones propios o producto de donantes.

Técnica de reproducción asistida: Proceso que permite la fertilización, mediante la manipulación de gametos, es decir óvulos o espermatozoides con el fin de lograr un embarazo.

Trastorno de fertilidad: Se denomina Trastorno de Fertilidad la incapacidad de una persona natural, o de una pareja, para concebir hijos con la práctica de

relaciones sexuales luego de 12 meses sin métodos anticonceptivos.

Zigoto: Se denomina cigoto el resultado de la fecundación del óvulo por el espermatozoide.

CAPÍTULO III

De las reglas para su aplicación

Artículo 4°. *Aplicabilidad de las técnicas de reproducción humana asistida.* Solo se aplicarán las técnicas de reproducción humana asistida que no atenten contra la vida y dignidad humana.

Las técnicas de reproducción humana asistida a que se refiere la presente ley solo se aplicarán a solicitud del interesado cuando se diagnostiquen trastornos de la fertilidad y a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear.

Artículo 5°. *Regla de información.* La aplicación de las técnicas de reproducción humana asistida implica el reconocimiento de los derechos de la pareja y de la mujer soltera en proceso de fertilidad a ser informada y asesorada suficientemente sobre los distintos aspectos del procedimiento a aplicar, sus beneficios, consecuencias, resultados y riesgos actuales y futuros, conocidos hasta el momento de la realización del tratamiento. La información se extenderá también a consideraciones de carácter biológico, de adopción, jurídico, ético o económico relacionadas con las técnicas.

La obligación de informar recae sobre el equipo interdisciplinario del centro autorizado de reproducción humana asistida y el representante de los centros autorizados por el Ministerio de Salud. El incumplimiento de esta obligación será sancionado por el Ministerio de Salud, conforme la reglamentación que para el efecto expida el Gobierno nacional.

Artículo 6°. *Establecimientos médicos.* Las técnicas de reproducción humana asistida solo podrán practicarse en establecimientos médicos constituidos como personas jurídicas con o sin ánimo de lucro, reconocidos por el Ministerio de Salud, previo concepto de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y que incluyan dentro de sus estatutos, como todo o parte de su objeto, la investigación, diagnóstico y tratamiento médico-científico de la infertilidad humana.

CAPÍTULO IV

De la disposición de los gametos

Artículo 7°. *Capacidad del aportante, donante o depositante.* Pueden ser aportantes, donantes o depositantes, las personas mayores de edad, capaces de obrar.

Parágrafo. El aportante, donante o depositante podrán disponer libremente de sus gametos. Los centros autorizados de reproducción humana asistida no podrán oponerse.

Artículo 8°. *Capacidad de la receptora.* Pueden ser receptoras las mujeres plenamente capaces

que reúnan las condiciones físicas y mentales que determine el Ministerio de Salud.

Artículo 9°. *Revocatoria del consentimiento.* El aporte, donación o depósito de los gametos es revocable. Se permite la revocatoria del consentimiento y de la aplicabilidad de las técnicas reproducción humana asistida, siempre que a la fecha de la misma se encuentren disponibles los gametos.

Artículo 10. *Prohibición de lucro o comercialización de gametos.* El aporte, la donación y el depósito de gametos en ningún caso podrán tener carácter lucrativo o comercial.

Artículo 11. *Donación de gametos.* La donación de gametos para las finalidades autorizadas por esta ley es un contrato gratuito, formal, sometido a reserva y secreto, acordado entre el donante y el centro autorizado.

El contrato se formalizará por escrito entre el donante y el centro autorizado. Previamente deberá ser informado el donante de los fines y consecuencias de sus actos.

Toda cláusula contractual que vaya en contra de lo establecido en la presente ley y de los lineamientos establecidos por el Ministerio de Salud para esta materia se entenderá inexistente de pleno derecho.

La donación será anónima, custodiándose los datos e identidad del donante en el más estricto secreto en los centros autorizados por el Ministerio de Salud.

El Ministerio de Salud, la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida y los centros autorizados adoptarán las medidas necesarias para que de un mismo donante masculino o femenino no se procreen más de cuatro (4) núcleos familiares diferentes.

Se prohíbe la donación de gametos de cualquier persona que tenga relación funcional del orden laboral o contractual con la institución encargada de realizar técnicas de reproducción humana asistida.

Artículo 12. *Disposición de gametos.* Los centros autorizados no podrán disponer de los gametos aportados, donados o depositados para fines no consentidos por el aportante, donante o depositante.

CAPÍTULO V

Del consentimiento

Artículo 13. *Consentimiento informado.* Las aplicaciones de las técnicas de reproducción humana asistida requieren del consentimiento previo, libre y cualificado de los interesados, expresado por escrito.

Parágrafo. El consentimiento debe contar con la información contenida en el protocolo nacional de reproducción humana asistida que expida la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.

Artículo 14. *Suspensión del procedimiento.* La mujer receptora o el hombre aportante de estas técnicas podrán solicitar que se suspendan en

cualquier momento de su realización, debiendo atenderse su petición.

CAPÍTULO VI

De la filiación

Artículo 15. La no filiación entre donante y la persona procreada con técnicas de reproducción humana asistida. No podrá por medio alguno, establecerse la filiación entre el donante de gametos y las personas nacidas como consecuencia de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida.

Parágrafo. En ningún caso la inscripción en el registro civil reflejará datos que puedan inferir la reproducción humana asistida.

Artículo 16. *Maternidad disputada.* La maternidad matrimonial o extramatrimonial del hijo nacido como consecuencia de la práctica de las técnicas de reproducción humana asistida se determina por el hecho del parto, pero podrá ser impugnada, conforme lo establece la ley, en especial, el código civil.

Artículo 17. *Hijo de compañero permanente procreado con técnicas de reproducción humana asistida.* Los hijos nacidos mediante las técnicas establecidas en esta ley, practicadas con el consentimiento de su compañero permanente en una mujer soltera, se tendrán como hijos de este.

Artículo 18. *Extensión de los efectos de la procreación natural a la asistida.* Las personas nacidas mediante las técnicas establecidas en esta ley se tendrán, en relación con la receptora y el aportante o depositante, como hijos, generando los mismos efectos legales que se derivan de la procreación natural.

CAPÍTULO VII

De la reproducción póstuma

Artículo 19. *Consentimiento previo del fallecido.* Podrá la cónyuge o compañera permanente superviviente solicitar que se le practique la técnica médico-científica de reproducción humana asistida, con gametos de su cónyuge o compañero permanente, previamente fallecido, siempre y cuando mediare el consentimiento por escrito ya sea por testamento, escritura pública y cumpliendo los requisitos del artículo 7° de la presente ley.

Parágrafo. El hijo así concebido generará los mismos efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial o de la unión marital de hecho, siempre y cuando la mujer se someta a los procedimientos de estas técnicas dentro del año siguiente al fallecimiento del aportante o depositante y cumpla con las reglas establecidas en los artículos 232 y 233 del Código Civil.

Artículo 20. *Causal de privación del usufructo y administración de bienes.* La mujer que se someta a las prácticas de reproducción humana asistida contraviniendo lo dispuesto en el artículo anterior, será privada del usufructo y administración de los

bienes del hijo, mediante sentencia que proferirá el juez competente.

CAPÍTULO VIII

De la reserva

Artículo 21. *Registro Único de Donantes.* Créase el Registro Único de Donantes, que reúna la información de los donantes de los centros autorizados en el territorio nacional, con el fin de incorporar, verificar y coordinar los procesos de donación. El Ministerio de Salud reglamentará la materia.

Artículo 22. *Reserva de la información.* Todos los datos relativos a la utilización y práctica de técnicas de reproducción humana asistida deberán registrarse en historias clínicas individuales, las cuales gozan de reserva, y sujetas al estricto secreto de la identidad del donante, de acuerdo a la clasificación de su donación.

Los donantes no tendrán acceso a información que pueda revelar datos de los hijos que surgieren de reproducción humana asistida.

El nombre y toda información relativa a la identidad de los donantes, aportantes, depositantes y demás usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida deberán mantenerse en estricta reserva, así como el empleo de la técnica y su clase.

Artículo 23. *Levantamiento de la reserva.* Únicamente podrá levantarse la reserva en los siguientes eventos:

- a) En circunstancias extraordinarias que comporten un comprobado peligro para la vida de la persona nacida a través de técnicas de reproducción humana asistida.
- b) En investigaciones de carácter de familia por nulidad del matrimonio con base en las causales 9 y 11 del artículo 140 del Código Civil. En este caso, la revelación la hará el médico que practicó la técnica médico-científica y en ausencia de este, lo hará el director de la institución donde se practicó el procedimiento, expresando la identidad de la pareja y la existencia del consentimiento. Solamente bajo extrema necesidad se revelará la identidad del aportante o donante y por solicitud de autoridad competente.

Artículo 24. *Base de datos reservada.* Las instituciones de reproducción humana asistida deberán mantener en una base de datos reservada los expedientes numerados que contengan la información relativa a la identidad de los donantes, depositantes, aportantes y demás usuarios de las técnicas de reproducción humana asistida. En cada expediente se conservarán los documentos relativos al consentimiento de quienes deben otorgarlo según los términos establecidos en la presente ley.

Artículo 25. *Término de la reserva.* Las informaciones y documentos de que trata el artículo anterior deberán conservarse bajo reserva por un término no inferior a 20 años, con excepción de lo

previsto en la presente ley para el levantamiento de la reserva.

Artículo 26. *Levantamiento de la reserva.* El juez competente podrá ordenar el levantamiento de la reserva para conocer las informaciones de que tratan los artículos anteriores en los siguientes casos:

- a) En investigaciones penales de conformidad con las normas de procedimiento penal.
- b) Con ocasión de proceso de nulidad de matrimonio con base en las causales 9 y 11 del artículo 140 del Código Civil.

CAPÍTULO IX

Uso solidario de vientre

Artículo 27. *Uso solidario del vientre.* Únicamente podrá usarse el vientre de una mujer, de manera sustituta, cuando este se haga de manera solidaria y a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer que sufra de esterilidad por algunas de las siguientes causas:

- a) Ausencia congénita de útero.
- b) Antecedentes de histerectomía.
- c) Presencia de útero patológico y no apto para recibir embriones.

Y, todas aquellas condiciones médicas que argumenten patología física que le impidan llevar un embarazo.

Artículo 28. *Convenio.* Entre la mujer gestante sustituta y la madre sustituida deberá existir un convenio por escrito, mediante el cual la primera se obliga a: Practicarse con anterioridad al tratamiento de reproducción humana asistida los exámenes necesarios para establecer qué enfermedades padece con el fin de evitar cualquier tipo de transmisión de patologías infecciosas, mentales o genéticas prevenibles al futuro niño; someterse a los cuidados médicos indicados por la institución de reproducción humana asistida; y a tomar todas las medidas saludables desde el punto de vista físico, nutricional, mental, así como adherencia a sus controles prenatales durante el desarrollo del embarazo. La pareja o madre sustituida asume los gastos generados para el tratamiento y la gestación.

Artículo 29. *Aceptación del hijo por nacer.* El acuerdo se debe expresar en forma consciente y libre por parte de la madre sustituida, la cual acepta al hijo por nacer cualquiera que sea su estado de salud, y por parte de la mujer gestante sustituta que renuncia al mismo y a cualquier clase de impugnación de la maternidad.

Parágrafo. El anterior acuerdo deberá contar con un análisis psicológico previo tanto para la madre sustituida y su cónyuge o compañero permanente si lo hubiera, como de la mujer gestante sustituta.

Artículo 30. *Condiciones para el uso del vientre.* Solo podrán destinar el vientre para uso solidario, las mujeres mayores de edad, que gocen de buena salud física y mental y previo estudio del grupo interdisciplinario de la institución de reproducción humana asistida.

CAPÍTULO X

De las prohibiciones

Artículo 31. *Se prohíbe:*

1. La manipulación de embriones en laboratorio con fines diferentes de los de reproducción humana asistida que esta ley reglamenta. Exceptuando el diagnóstico de enfermedades genéticas detectables antes de la transferencia embrionaria que puedan comprometer de forma grave la salud del feto.
2. Comerciar con embriones o con sus células.
3. Utilizar embriones con fines cosméticos o semejantes.
4. Mezclar semen de distintos donantes para inseminar a una mujer o para realizar la fecundación *in vitro* con transferencia de embriones, así como la utilización de óvulos de distintas mujeres para realizar similares procedimientos.
5. La transferencia al vientre en un mismo tiempo de embriones originados con óvulos de distintas mujeres.
6. Investigaciones o experimentaciones que no se ajusten a los términos de la presente ley o de las normas que la desarrollen.
7. Al médico responsable de las instituciones que consagra la presente ley, y a los integrantes del equipo multidisciplinario que en ella preste servicios, que participen como aportantes o donantes de los programas de reproducción humana asistida.
8. Divulgar los datos genéticos humanos.
9. Implantes interespecie.
10. Escisión embrionaria precoz.
11. Clonación y la ectogénesis.
12. Implantación de 3 embriones por ciclo reproductivo.
13. Destinar los embriones para un fin distinto a la gestación de un ser humano.
14. Experimentación con y en embriones.
15. Cualquier tipo de práctica eugenésica, la selección de raza o sexo.
16. Provocar el desarrollo extracorporal de un embrión humano, para un fin distinto al de provocar un embarazo.
17. Creación de embriones, genéticamente modificados.
18. Cualquier otra no prevista por la ley que atente contra la dignidad humana y el interés superior de la niñez.

CAPÍTULO XI

De la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida

Artículo 32. *Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.* Créase la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida como organismo permanente y consultivo del Gobierno nacional integrado por:

1. El Ministro de Salud o su delegado, quien la presidirá.
2. El Director del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.
3. El Superintendente Nacional de Salud.
4. El Presidente del Tribunal Nacional de Ética Médica o su delegado.
5. Director del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamento y Alimentos.
6. Un representante de las Universidades que cuenten con facultades especializadas en el estudio de bioética.
7. Un representante de las instituciones autorizadas para llevar a cabo las técnicas de reproducción humana asistida, elegida por el Ministerio de Salud, para períodos de dos años.

Artículo 33. *Funciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida.* Serán funciones de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida las siguientes:

1. Proponer al Gobierno nacional la reglamentación de las normas científicas, técnicas y físicas que deben cumplir las instituciones que soliciten autorización para la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.
2. Determinar la aplicación de las pautas científicas generales que garanticen que las técnicas de reproducción asistida se desarrollen de manera tal que se preserven los principios y disposiciones de la presente ley.
3. Colaborar con el Ministerio de Salud en cuanto a la recopilación y actualización de conocimientos científicos y técnicos, o en la elaboración de criterios de funcionamiento de los centros autorizados para llevar a cabo las técnicas de reproducción humana asistida, a fin de facilitar su mejor utilización.
4. Velar para que las técnicas de reproducción humana asistida se apliquen dentro de los postulados de la ética profesional.
5. Elaborar y adoptar el Protocolo de Atención para las técnicas de reproducción humana asistida, que contenga los criterios técnicos de los centros autorizados de reproducción humana asistida.
6. Elaboración de las guías, protocolos de los diferentes métodos de reproducción humana asistida.
7. Llevar registro de las actividades y los resultados de cada centro.
8. Expedir su propio reglamento que deberá ser aprobado por el Ministerio de Salud.
9. Las demás que señale la ley.

CAPÍTULO XII

Centros y equipos biomédicos

Artículo 34. *Reglamentación del Ministerio de Salud.* Todos los centros o instituciones en los que se realicen las técnicas de reproducción humana asistida, así como los bancos de recepción, conservación y distribución de material biológico humano, se regirán por lo dispuesto en la reglamentación expedida por el Ministerio de Salud.

Artículo 35. *Responsabilidad de los centros y equipos biomédicos.* La dirección y los equipos biomédicos incurrirán en las responsabilidades que legalmente correspondan. Adicionalmente, serán responsables por violar el secreto de la identidad de los donantes, malas prácticas con las técnicas de reproducción humana asistida o con los materiales biológicos correspondientes, por omitir la información o los estudios protocolizados, por lesionar los intereses de los donantes o usuarios, por transmitir enfermedades congénitas o hereditarias, evitables con información y estudios previos.

Exceptuando los casos que correspondan al azar genético o al riesgo natural de presentar anomalías congénitas que cualquier pareja encuentra al procrear un hijo, ya sea por vía natural o asistida.

Artículo 36. *Deber de los equipos médicos.* Los equipos médicos recogerán en una historia clínica, a custodiar con el debido secreto y protección, todas las referencias exigibles sobre los donantes, aportantes, depositantes y demás usuarios. El médico que efectúa el procedimiento a que se refiere la presente ley, tiene la responsabilidad de asegurarse que el paciente ha sido aconsejado adecuadamente en lo relativo a los riesgos y beneficios del procedimiento.

Artículo 37. *Registro de nacimientos y malformaciones.* Los centros de reproducción humana asistida deben llevar un registro permanente de los nacimientos y malformaciones en fetos o recién nacidos, especificando las técnicas aplicadas, también de los procedimientos de laboratorio empleados en la manipulación de gametos y embriones.

Artículo 38. *Reglamentación.* El Gobierno nacional, por medio del Ministerio de Salud, reglamentará el manejo y funcionamiento de centros y equipos biomédicos que realicen técnicas de reproducción humana asistida dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de la presente ley.

CAPÍTULO XIII

De las sanciones

Artículo 39. *Sanciones.* Las instituciones a que se refiere los artículos anteriores, en las cuales se compruebe la práctica de técnicas de reproducción humana asistida con violación de las disposiciones consagradas en esta ley, serán sancionadas por la Superintendencia Nacional de Salud, hasta con la cancelación de su personería jurídica.

El Gobierno nacional, a través del Ministerio de Salud reglamentará la materia.

Artículo 40. *Vigencia y derogatoria.* La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.


LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA
SENADOR

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
SENADOR

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. OBJETO DEL PROYECTO

El móvil determinante del presente proyecto obedece a la necesidad de regulación jurídica en diversos temas relacionados con la reproducción humana asistida y la procreación con asistencia científica, a fin de adoptar criterios y directrices del orden constitucional y legal, para salvaguardar al ser humano en sus derechos y libertades, al *nasciturus*, la familia y desarrollar el derecho a la procreación, conforme un ordenamiento que llene los vacíos jurídicos que en la actualidad se evidencian frente al tema en comento.

Ante todo, debe admitirse que la procreación con asistencia científica es una realidad que en la actualidad se desarrolla sin una regulación jurídica especial a pesar de los diferentes intentos por su reglamentación. Al respecto, es importante señalar que el presente proyecto ya había sido tramitado bajo los números 55/2015 Senado y 56/2016 Senado. En el primer trámite, y al considerarse los tiempos y el procedimiento legislativo especial de carácter estatutario se decidió por su retiro. No obstante, y atendiendo una nueva legislatura, se consideró procedente y necesario presentar nuevamente la iniciativa llegando hasta el primer debate en el cual los honorables Senadores de la Comisión Primera Constitucional Permanente¹ enriquecieron el proyecto con espacios de audiencia pública, la presentación de proposiciones y la conformación de una comisión accidental. Dicha comisión realizó importantes consideraciones que fueron presentadas en su informe y que desarrollan, entre otras, los siguientes temas: el uso solidario del vientre, concepto de “zigoto” e “infertilidad”; capacidad jurídica de los donantes, aportantes o depositantes; prohibiciones en la materia, clasificación de las técnicas de reproducción, gastos médicos asociados a las técnicas, matrimonio y estado civil. Dichas reformas fueron tenidas en cuenta en el texto del presente proyecto.

Es importante señalar que la calidad de padre, la conformación de la familia, la decisión de procreación son parte del proyecto de vida de los seres humanos. De allí que se considere relevante mencionar lo señalado por Olenka Woolcott Oyague², cuando cita a Fernández Sessarego y este señala –frente al daño al proyecto de vida– que es el “daño que afecta el propio ser de la persona, es decir,

la libertad”³. Tal consideración invita a determinar que la decisión de asumir la responsabilidad como padre, sea esta por medios naturales o asistidos, conlleva a una serie de obligaciones para la libertad materializada en el proyecto de vida tanto de quien procrea como de quien nace.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

En palabras de Carcaba Fernández, citada por Ana Lucía Suárez Parada⁴, las técnicas de reproducción humana asistida, tuvo como génesis en prácticas sobre animales, un ejemplo de ello fue el realizado por Ludwig Jacobi en 1765, el cual obtuvo alevines de salmón “*al bañar con lechaza de una macho los huevos evacuados por presión del abdomen de una hembra*”. Para 1799 en Gran Bretaña, se lleva a cabo la primera inseminación artificial por imposibilidad de descendencia y como consecuencia de anomalía del pene del hombre. (Carcaba Fernández, 1995).

En 1884, William Pancoast obtiene un embarazo mediante IAD con semen de donante.

En 1948 nace el primer bebé de un embrión congelado en la Queen Victoria en Australia.

En 1978, nace Louise Brow en el hospital de Manchester, el primer bebé probeta.

En 1978, en Colombia, se funda el primer banco de criopreservación de semen (Cecolfes)

De esta manera puede apreciarse que las técnicas de reproducción humana asistida hacen parte de la historia y existencia de la humanidad.

Uno de los aspectos más relevantes de regular la inseminación artificial es el reconocimiento de la paternidad para el varón que consiente la inseminación de su mujer con semen de donante, tal es el caso de los siguientes países:

Bélgica	Artículo 318 del Código Civil
Bulgaria	Código de la Familia art. 33
Grecia	Enmienda al Código Civil art. 1 471/2, febrero de 1983
Hungría	Ley sobre el matrimonio y la familia de 1974
Luxemburgo	Enmienda al artículo 312 del Código Civil, abril de 1979
Holanda	Código Civil, art. 201/1
Portugal	Enmienda al art. 1839 del Código Civil
Suecia	Enmienda art. 6° del Código de la Familia / 1984
Inglaterra	Ley de 1987 sobre reforma de la ley de la familia

Información extractada de Vega M., 1995.

¹ Senado de la República, nov. (2016). Disponible en [http://www.senado.gov.co/historia/item/26169-avanza-proyecto-que-reglamenta-la-inseminacion-artificial].

² Woolcott, Olenka. Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana / Óscar Alexis Agudelo y otros seis. -- Bogotá: Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017. Disponible en [http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/analisis-y-aplicacion-de-los-derechos-humanos/pubData/source/analisis-y-aplicacion-de-los-derechos-humanos.pdf].

³ Fernández Sessarego, C. (2002). El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En A. Cabanilla (coord.) Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo (pp. 561-566). Madrid: Civitas.

⁴ Revista virtual *via inveniendi et iudicandi*, reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano, Ana Lucía Suárez Parada. Disponible en: http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf

PAÍSES CON REGULACIÓN LEGAL	ENUNCIADO DE LA LEY	AÑO
Alemania	Ley sobre protección del embrión humano	1990
Dinamarca	Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédico	Junio de 1987
España	Ley sobre técnicas de reproducción asistida	Noviembre de 1988
Noruega	Ley sobre fertilización artificial	1987
Suecia	Ley sobre la inseminación artificial	Diciembre de 1984

(Vega M., 1995)

La inseminación artificial, a manera de ejemplo, es una técnica de procreación donde se transfiere a las vías genitales femeninas esperma previamente recogido. Cuando es con esperma perteneciente a la pareja se denomina homóloga y cuando es la de un tercero o donante se denomina heteróloga. Es claro que en la época en que fue creado el Código Civil, donde se regula gran parte de las disposiciones familiares, no se concebían las mismas realidades técnico-científicas que se practican en la actualidad, de allí que sea procedente ajustar el ordenamiento jurídico a una realidad, como son las técnicas de reproducción humana asistidas y la procreación con asistencia científica.

3. ANTECEDENTES JURÍDICOS EN COLOMBIA

La Constitución Política de Colombia en su artículo 42, inciso quinto establece:

“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados y procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes. La ley reglamentará la progenitura responsable.” (negrilla fuera de texto).

El precitado aparte constitucional contempla la viabilidad de la procreación humana con asistencia científica, por lo cual puede afirmarse que en Colombia no existe restricción constitucional para restringir la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

En el Congreso de la República de Colombia se han realizado varios intentos por reglamentar total o parcialmente la materia, tal como puede apreciarse, con la enunciación de los siguientes proyectos de ley, entre otros, los cuales dan cuenta de la necesidad de reglamentar el tema en comento:

- **Proyecto de ley 47/1998 Senado**, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos científicos de procreación humana asistida, se modifican algunos artículos del Código Civil y Penal y se dictan otras disposiciones.
- **Proyecto de ley 45/00 Senado**, por la cual se dictan normas referentes a la aplicación de los métodos de procreación humana asistida, sobre el genoma humano de nuestra diversidad étnica, se modifican algunos artículos del Código Civil y se dictan otras disposiciones.
- **Proyecto de ley 029 de 2003 Cámara**, por el cual se modifica el ordenamiento civil regulando lo referente a procedimientos y técnicas de procreación humana asistida y se dictan otras disposiciones.

- **Proyecto de ley 100/03 Cámara**, por medio de la cual se reglamenta la inseminación artificial en la legislación colombiana y se dictan otras disposiciones.
- **Proyecto de ley 64/05 Cámara**, por medio de la cual se permite el aborto en Colombia cuando el embarazo sea resultado de una conducta constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo, de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas.

Los mencionados proyectos de ley sirvieron de fuente y soporte para la reglamentación que se pretende a través de este proyecto, en tanto que fueron compiladas muchas figuras y nociones ya planteadas en otras legislaturas por el honorable Congreso de la República en este texto, el cual fue enriquecido y actualizado con pronunciamientos jurídicos y jurisprudenciales.

Desde el análisis jurisprudencial, se ha evidenciado que la Corte Constitucional confirma que los derechos reproductivos hacen parte del catálogo de derechos humanos, conforme se desprende del análisis de la Sentencia C-355 de 2006, la cual señala:

“DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS-Reconocimiento como derechos humanos

Los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres han sido finalmente reconocidos como derechos humanos, y como tales, han entrado a formar parte del derecho constitucional, soporte fundamental de todos los Estados democráticos. Derechos sexuales y reproductivos que además de su consagración, su protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad, la equidad de género y la emancipación de la mujer y la niña son esenciales para la sociedad y por lo tanto, constituyen una de las estrategias directas para promover la dignidad de todos los seres humanos y el progreso de la humanidad en condiciones de justicia social”.

De otra parte, la Corte Constitucional se ha pronunciado jurisprudencialmente sobre la técnica reproductiva llamada “alquiler de vientre”, específicamente, en la Sentencia T-968 de 2009, en donde expresamente señala que Colombia no cuenta con una regulación jurídica sobre el tema, y agrega que no se encuentra prohibida expresamente. La mencionada sentencia señala:

“ALQUILER DE VIENTRE-Definición y finalidad

El alquiler de vientre o útero, conocido también como maternidad subrogada o maternidad de sustitución, ha sido definido por la doctrina como “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de este.”^[U] En este evento, la mujer que gesta y da a luz no aporta sus óvulos. Las madres sustitutas aceptan llevar a término el embarazo y una vez producido el parto, se comprometen a entregar el hijo a las personas que lo encargaron y asumieron el pago de una suma determinada de dinero o los gastos ocasionados por el embarazo y el parto.

ALQUILER DE VIENTRE-En Colombia no está regulado pero tampoco está prohibido expresamente

En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”. La doctrina ha llegado a considerar la maternidad sustituta o subrogada como un mecanismo positivo para resolver los problemas de infertilidad de las parejas, y ha puesto de manifiesto la necesidad urgente de regular la materia para evitar, por ejemplo, la mediación lucrativa entre las partes que llegan a un acuerdo o convenio de este tipo; la desprotección de los derechos e intereses del recién nacido; los actos de disposición del propio cuerpo contrarios a la ley; y los grandes conflictos que se originan cuando surgen desacuerdos entre las partes involucradas”.

Debe hacerse un alto en este aparte, para señalar que este proyecto proscribía la figura del alquiler de vientre, como un contrato que pueda considerarse oneroso, de tal manera que incluye una nueva propuesta denominada “uso solidario del vientre” en donde se descarta cualquier elemento retributivo de carácter económico que implique negociación de vientres con finalidades de reproducción humana. Y no es otro el motivo, que el de evitar que este método de reproducción se constituya en una fuente de ingresos que sobrepase límites legales como lo establecido por el Congreso de la República, el cual determinó, en la Ley 919 de 2004, la prohibición de comercializar componentes anatómicos humanos para trasplante y se tipifica como delito su tráfico. Se hace esta relación en el entendido de que no sería consecuente permitir la comercialización de vientres para la reproducción humana cuando la misma ley

previamente ha establecido la restricción comercial de componentes anatómicos (órganos, tejidos, etc.).

En nota de prensa del periódico *El Tiempo* se resalta la manifestación que hiciera el Presidente de la Corte Constitucional frente a la falta de legislación sobre la inseminación artificial y, por ende, sus efectos frente a los menores y la familia.

“El presidente de la Corte Constitucional, el magistrado Luis Ernesto Vargas, aseguró que durante el debate en el alto tribunal no se tocó ese tema. Sin embargo, la pregunta quedó abierta. Sobre todo porque en el país la única jurisprudencia que existe sobre el particular es la Sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional, en la que se trazan lineamientos y se exhorta al Congreso para que legisle en esa materia.” (Palomino, 2014).

Se suma a lo anterior el desarrollo de Derecho Humano que le ha reconocido la Corte Constitucional a los derechos sexuales y reproductivos, cuando considera:

La jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que los derechos sexuales y reproductivos protegen la facultad de las personas de tomar decisiones libres sobre su sexualidad y reproducción, y han sido reconocidos como derechos humanos cuya protección y garantía parten de la base de reconocer que la igualdad y la equidad de género⁵.

Por parte de la Corte Suprema de Justicia se ha reconocido que la filiación también se perfecciona por medio de la reproducción artificial o asistida. Al respecto ha señalado:

“Tanto la filiación natural como la reproducción asistida se dan por un proceso genético que consiste en la fusión de dos gametos o células sexuales haploides, una femenina (óvulo) y otra masculina (espermatozoide). Una vez fecundado el óvulo por el espermatozoide se produce una célula denominada huevo o cigoto, que es de ploide porque contiene dos conjuntos de cromosomas, uno proveniente de cada progenitor”⁶.

La Corte Suprema de Justicia igualmente ha desarrollado frente a los procesos de reproducción científica la aplicabilidad del *principio de la responsabilidad de la procreación*, el cual ha sido desarrollado entendiendo que

“hoy no solamente es posible, sino realmente usual, que exista procreación sin necesidad de relación sexual alguna e, inclusive, sin que los interesados en asumir la paternidad hubiesen aportado el material genético. No obstante, el deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas,

⁵ Corte Constitucional, Sent. T-274/15 de mayo 12 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. del 10 de mayo de 2017. M. P. Ariel Salazar Ramírez. Radicación: 54001- 31-10-009-2009-00585-01.

merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso, inútil. Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado a través de su conformidad para el empleo de esos procedimientos”⁷.

Conforme lo anterior se puede apreciar que la filiación es una figura en donde prevalece la voluntad paterno-filial sobre la paterno-biológica.

4. ASPECTOS RELEVANTES DEL PROYECTO

Es de importancia y de carácter relevante la protección del menor, fruto de la reproducción asistida para que no exista un desconocimiento por parte del marido o compañero permanente de la paternidad y sus responsabilidades; por tal razón, el consentimiento expreso es una herramienta que permite proteger al menor y materializar la paternidad responsable. Determina una serie de definiciones para la aplicación e interpretación de la ley, condiciones de aplicabilidad de las técnicas de reproducción, reglas de información, regulación sobre establecimientos médicos, capacidad de los sujetos, revocatoria del consentimiento, prohibición de lucro, donación de gametos, regulación sobre la filiación, reproducción póstuma, reservas legales de la información, bases de datos, uso solidario del vientre, convenios entre los sujetos, prohibiciones, creación de la Comisión Nacional de Reproducción Humana Asistida, responsabilidades de los centros y equipos biomédicos, entre otros. A manera especial, el proyecto estatuye como prohibición el uso del esperma sin consentimiento del hombre al igual que la implementación de los procedimientos sin consentimiento.

Con el fin de identificar, promover el conocimiento, difusión y cumplimiento del presente proyecto, se propone incluir un subtítulo, al título del proyecto, así:

“-Ley Lucía-”

Para soportar lo anterior, debe recordarse que la Corte Constitucional, al estudiar la constitucionalidad de la denominada “Ley María” se generaron varios interrogantes entre los que se resaltan: ¿Pueden las leyes tener nombre? Para responder lo anterior, la Corte Constitucional encontró que *“el título de una ley, pese a carecer de valor normativo, exhibe valor como criterio de interpretación de las normas contenidas en el cuerpo de la ley.”*

Para los anteriores efectos, consideró que las *“leyes sí pueden tener subtítulo, pero este no puede ser discriminatorio, ni sustituir el número*

de la ley o la referencia a su contenido, ni carecer absolutamente de relación con el contenido de la ley.”

Es por ello que una vez analizado el subtítulo “Ley Lucía” y atendiendo a los postulados establecidos por la Corte Constitucional⁸, se verifica que el nombre propuesto i) no genera acciones u omisiones discriminatorias, ii) no sustituye el número y la descripción general del contenido, iii) no carece absolutamente de relación con el contenido de la ley, y por último, iv) no se conceden reconocimientos, privilegios u honores a una persona específica como una ley de honores.

Claramente puede advertirse que la intención principal de este proyecto va de la mano con el subtítulo, con el único propósito de orientar a los titulares de derechos y deberes sobre la materia, en un acercamiento más próximo a la norma y por ende a su conocimiento. Para tal efecto se recuerda lo señalado por la Corte Constitucional, la cual ha considerado que *“A nadie escapa que es imposible ejercer un derecho que no se conoce y que colocar sobre las personas la carga de conocer por su denominación técnica la ley (número y contenido jurídico) no es la forma más idónea de lograr que sean invocadas por sus destinatarios, en especial cuando las leyes versan sobre derechos de las personas. En segundo lugar, superando la concepción de los derechos como declaraciones abstractas o ideales que orientan la acción del Estado, la Carta manda que el Estado garantice su efectividad. Denominar una ley con un subtítulo que facilite su divulgación no está ordenado por el artículo 2º citado pero está permitido por este en tanto que es un medio idóneo que contribuye a alcanzar el goce efectivo de los derechos constitucionales desarrollados por las leyes”*⁹.

Sin que se tenga como objetivo o criterio la avocación de alguna filiación o corriente religiosa, se han analizado diferentes estudios sobre nombres, los cuales catalogan que el nombre “Lucía” es significativo de “lux”, su significado es “Aquella que lleva la luz” o “Aquella que nace de la luz”¹⁰.

Como puede apreciarse, el objeto de este proyecto va aún más allá de su sencillo epígrafe, pues regular el nacimiento por medio de técnicas asistidas, que no distan en derechos a las del acto humano y natural de “dar a luz”, expresión que se relaciona estrechamente con el subtítulo que pretende este proyecto. Y es que además, se aprecia que el nombre “Lucía” tiene equivalencia en otros idiomas como en catalán: *Llúcia*, francés: *Lucie*, *Luce*; inglés: *Lucy*; italiano: *Lucia*¹¹.

⁸ República de Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-152/03.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ (<http://www.euroresidentes.com/significado-nombre/l/lucia.htm>)

¹¹ *Ibíd.*

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sent. del 21 de mayo de 2010, radicación: 2004-00072-01.

5. TRÁMITE LEGISLATIVO

En atención a que el proyecto tiene efectos sobre núcleos de varios derechos fundamentales (vida, dignidad humana, libre desarrollo de la personalidad, derechos reproductivos) se considera que el mismo debe seguir el trámite de una ley estatutaria, conforme las temáticas de que trata el artículo 152 de la Constitución Política, al determinar que tendrán dicho trámite aquellas leyes que traten derechos y deberes fundamentales de las personas. Sobre este punto, por solicitud que se hiciera por parte del autor al Ministerio de Justicia sobre el proyecto de ley, este manifiesta que:

“... la materia sobre la cual versa la propuesta normativa, tiene fundamentos e implicaciones constitucionales de gran calado sobre el principio constitucional de dignidad humana y los núcleos esenciales de los derechos fundamentales a la vida, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos reproductivos, razón por la cual consideramos que una iniciativa como la que se revisa, debería surtir el trámite de una Ley Estatutaria y ser objeto de control automático y previo de constitucionalidad.”¹².



LUIS FERNANDO DUQUE GARCÍA
SENADOR

ARMANDO BENEDETTI VILLANEDA
SENADOR

Trabajos citados

Carcaba Fernández, M. (1995). Obtenido de <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>.
Carcaba Fernández, M. (1995). Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana. Barcelona. <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. del 10 de mayo de 2017. M. P. Ariel Salazar Ramírez. Radicación: 54001-31-10-009-2009-00585-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sent. del 21 de mayo de 2010, radicación: 2004-00072-01.

Fernández Sessarego, C. (2002). El daño al proyecto de vida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En A. Cabanilla (coord.) Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo (pp. 561-566). Madrid: Civitas.

Euroresidentes. <http://www.euroresidentes.com/significado-nombre/l/lucia.htm>. (s.f.). Recuperado el 09 de 07 de 2013, de <http://www.euroresidentes.com/significado-nombre/l/lucia.htm>

<http://www.euroresidentes.com/significado-nombre/l/lucia.htm>

Palomino, S. (6 de septiembre de 2014). El alquiler de vientres aún no tiene reglas claras en Colombia. Recuperado el 7 de julio de 2015, de *El Tiempo*: <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/alquiler-de-vientres-en-colombia/14495962>

República de Colombia. Senado de la República, nov. (2016). Disponible en [<http://www.senado.gov.co/historia/item/26169-avanza-proyecto-que-reglamenta-la-inseminacion-artificial>].

República de Colombia. Corte Constitucional, Sent. T-274/15 de mayo 12 de 2015, M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

República de Colombia. Corte Constitucional, Sentencia C-152/03.

República de Colombia, Ministerio de Justicia, Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico. (2015). Disponible con referencia: OFI15-0004676-DOJ-2300.

Revista virtual *via inveniendi et iudicandi*, reproducción humana asistida y filiación en el derecho de familia colombiano, Ana Lucía Suárez Parada. Disponible en: <http://numanterioresviei.usta.edu.co/articulos/edi6/ARTICULOS/reproduccion-humana-asistidaok.pdf>

Vega M., V. J. (1995). Cuadernos de Bioética 1995/1 Regulación de la reproducción asistida en el ámbito europeo. Derecho Comparado. Recuperado el 18 de 03 de 2013, de <http://aebioetica.org/revistas/1995/1/21/45.pdf>.

Woolcott, Olenka. Análisis y aplicación de los derechos humanos en el contexto de la Corte Interamericana / Óscar Alexis Agudelo y otros seis. -- Bogotá: Bogotá: Universidad Católica de Colombia, 2017. Disponible en [<http://publicaciones.ucatolica.edu.co/uflip/analisis-y-aplicacion-de-los-derechos-humanos/pubData/source/analisis-y-aplicacion-de-los-derechos-humanos.pdf>].

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Art. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día 16 del mes de agosto del año 2017 se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 88 de 2017 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el honorable Senador *Luis Fernando Duque*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el **Proyecto de ley número 88 de 2017 Senado**, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana

¹² República de Colombia, Ministerio de Justicia, Dirección de Desarrollo del Derecho y del Ordenamiento Jurídico. (2015). Disponible con referencia: OFI15-0004676-DOJ-2300.

asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones, –Ley Lucía–, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador Luis Fernando Duque García. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la Gaceta del Congreso.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Efraín José Cepeda Sarabia.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 90 DE 2017
SENADO

por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia del aseguramiento en salud.

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

Señor Presidente

EFRAÍN JOSÉ CEPEDA SARABIA

Senado de la República - Congreso de la República

La ciudad

Asunto: Radicación proyecto de ley Senado “por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia del aseguramiento en salud en Colombia”.

Respetado señor Presidente:

Con motivo de la facultad del artículo 150 de la Constitución Política y del artículo 140 numeral 1 de la Ley 5ª de 1992, en mi calidad de Senador de la República y en ejercicio de la competencia para promover iniciativas de ley de interés general, respetuosamente, los abajo firmantes presentamos a consideración del Congreso de la República el presente proyecto de ley, el cual se identifica bajo el título y contenido, que se desarrolla en los siguientes numerales:

1. Texto normativo

2. Exposición de Motivos

DESARROLLO

1. TEXTO NORMATIVO

PROYECTO DE LEY NÚMERO 90 DE 2017
SENADO

por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia del aseguramiento en salud.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Del objeto y alcance.* La presente ley adopta medidas a fin de mejorar la vigilancia, control y aplicación del uso de los recursos financieros del Sistema General de Seguridad Social en Salud, unificar los sistemas de información de gestión financiera y asistencial, y brindar transparencia que permita a los asegurados el acceso al servicio de salud como uno de los ejes del aseguramiento en Colombia.

Artículo 2°. *Control, inspección y vigilancia.* La Superintendencia Financiera ejercerá la vigilancia, control e inspección sobre las entidades promotoras de salud u otras aseguradoras en salud en lo que corresponde a sus niveles de patrimonio, reservas, inversiones y manejo financiero.

Artículo 3°. *Del Sistema Integral de Información Financiera y Asistencial.* En desarrollo del artículo 113 de la Ley 1438 de 2011, se implementarán los siguientes sistemas integrales:

3.1. El Sistema Integral y Único de Información Financiera: El Gobierno nacional, con apoyo en la infraestructura tecnológica existente o la que se cree, centralizará la información financiera tanto de las entidades promotoras de salud u otras aseguradoras en salud como de los prestadores, en un sistema único e interoperable en el cual se refleje especialmente la situación de cartera en tiempo real y que permita el ejercicio, vigilancia y control.

3.2. El Sistema Integral y Único Asistencial: El Gobierno nacional creará un sistema único e interoperable que conecte la gestión de las entidades promotoras de salud u otras aseguradoras en salud con la gestión del prestador del servicio asistencial para:

- a) Trámite y gestión de autorizaciones y asignación de citas a fin de que bajo ninguna circunstancia se obligue, exija o propicie trámites a cargo del afiliado.
- b) Registro y consulta de la historia clínica electrónica por parte del equipo médico tratante y de la aseguradora para la gestión del riesgo. Observando las restricciones legales por tratarse de información personal, privada y sensible.

- c) Unificación de los criterios para la generación y la auditoría de las cuentas médicas en salud.

Parágrafo. El Gobierno nacional emitirá una única guía y protocolo, la cual será construida con la participación de los actores del Sistema, entre los cuales se encuentran las agremiaciones de aseguradores y prestadores de servicios de salud, para lograr la interoperabilidad del Sistema Integral y Único Asistencial.

Artículo 4°. *Portal Único de Contratación de Servicios de Salud.* El Gobierno nacional apoyado en la infraestructura tecnológica y administrativa existente o la que se cree, centralizará a través de un portal único electrónico la información acerca de la adquisición y venta de tecnologías en salud del Sistema de Seguridad Social en Salud el cual será operado por la Agencia Nacional de Contratación Pública o la entidad que haga sus veces.

Parágrafo 1°. En el Portal Único de Contratación se registrarán las tecnologías en salud adquiridas y sus respectivos precios, permitiendo que las entidades visibilicen dichas transacciones comerciales y la identificación unificada de los servicios de salud.

Parágrafo 2°. Ningún prestador, proveedor o asegurador en salud podrá realizar transacciones comerciales sin que sean registradas o reportadas en el Portal Único de Contratación.

Parágrafo 3°. Las entidades promotoras de salud u otras aseguradoras en salud publicarán los cinco primeros días de cada mes los pagos realizados a sus proveedores en el mes inmediatamente anterior y los proyectados para el mes siguiente. La publicación se hará tanto en la página oficial de la entidad como en el portal único de contratación.

Artículo 5°. *Determinación de las obligaciones entre los actores del Sistema General de Seguridad Social en Salud.* La controversia entre aseguradores en salud, prestadores de servicios o entidades territoriales entre sí, que persista después de agotar el trámite de glosas y recobro deberá definirse para evitar la prescripción de los derechos. Por ello, es deber de todo acreedor acudir a la facultad jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud presentando la respectiva reclamación por las obligaciones que estime expresas, claras y exigibles. Si transcurridos treinta días, la Superintendencia Nacional de Salud no hubiere asumido conocimiento, las partes iniciarán las acciones judiciales pertinentes o podrán acordar la resolución de sus diferencias ante los tribunales de arbitramento según las reglas del Estatuto General de Arbitraje.

Artículo 6°. *Manejo de deuda pública para dar liquidez al Sistema de Seguridad Social en Salud.* Los recursos destinados para salud, especialmente aquellos previstos en la Ley 1608 de 2013 podrán aplicarse bajo la figura de aportes a capital representados en garantías o títulos de deuda pública de que habla el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Para ello, se aplicarán las competencias

y autorizaciones previstas en el marco legal para el Sector del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Artículo 7°. *Aplicación del modelo de la Estrategia de Atención Básica en Salud y operación en redes integrales de servicios de salud.* El Gobierno nacional diseñará y pondrá en marcha el modelo regionalizado de aseguramiento basado en las redes integrales de servicios de salud de que trata el artículo 13 de la Ley Estatutaria en Salud, el cual será el único medio de relacionamiento institucional entre prestadores y aseguradores en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Parágrafo 1°. Las entidades territoriales podrán ejecutar los recursos destinados a las acciones de salud pública colectivas con las aseguradoras que operen en su territorio. Para ello, aplicarán criterios de transparencia y selección objetiva.

Parágrafo 2°. Las entidades que se encuentran autorizadas para ofrecer y vender planes voluntarios están obligadas a depositar ante la Superintendencia Nacional de Salud toda la información relacionada con coberturas, contratos y tarifas treinta días antes de proceder a su colocación en el mercado. De no existir objeción dentro de estos treinta días se entenderá autorizado, sin perjuicio de las verificaciones posteriores que realice la Superintendencia.

Artículo 8°. *Prácticas riesgosas financieras y de atención en salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.* En concordancia con el Sistema Preventivo de prácticas riesgosas del artículo 12 de la Ley 1474 de 2011, se consideran como tales –sin ser las únicas– las siguientes:

8.1. Los pagos, compensaciones de cuentas, desembolsos, descuentos o devoluciones con base en notas crédito simulados o sin debido sustento real o fáctico.

8.2. Los acuerdos expresos o tácitos para la entrega directa o indirecta de beneficios como: pagos o subsidios a cualquier actor del sistema de salud, con el propósito de inducir o incentivar la compra o uso de un determinado producto o servicio, o de ganar, exclusividad entre un proveedor y un prestador de servicios o aseguradora en salud.

8.3. El pago de acreencias a los socios o entidades que tengan participación en la entidad aseguradora, sin haber solventado en primera instancia las obligaciones con sus acreedores externos.

Artículo 9°. *Uso de los Planes de Atención Complementarios.* Se prohíbe a la entidad promotora de salud u otra aseguradora en salud responsable de las coberturas de los planes de atención complementaria afectar los recursos del plan básico del Sistema General de Seguridad Social en Salud sin antes haber agotado las coberturas del plan contratado.

Artículo 10. *Giro Directo.* Se autoriza al Gobierno nacional girar a los prestadores de primer nivel, el pago del 100% de lo facturado cuando la modalidad sea por evento, pago global prospectivo

o grupo diagnóstico. A los prestadores de II, III y IV se autoriza el giro del 80% de lo facturado y el 20% restante una vez se concilien las cuentas. Es obligación del representante legal del prestador aplicar el giro directo a las obligaciones laborales, con prestadores y con proveedores. Dicha información será publicada en el Portal Único de que trata la presente ley.

Artículo 11. *Aplicación del Giro Directo.* El ingreso corriente se afectará con el gasto corriente. Por tanto, los recursos de lo corriente del Giro Directo no se utilizarán para pagar pasivos de 60 y 90 días.

Artículo 12. *Inembargabilidad de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.* El funcionario público que afecte o embargue los recursos del sistema de salud incurrirá en las sanciones previstas en el Código Disciplinario Único, sin perjuicio de las demás sanciones de orden penal, fiscal y administrativo previstas en el orden jurídico.

Artículo 13. *Vigencia.* La presente ley rige desde el momento de su promulgación y deroga las normas que le sean contrarias.

2. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La iniciativa legal se compone de 13 artículos, iniciando con el objeto (artículo 1°) en el que se indica el alcance que se pretende teniendo como base el marco legal existente.

En su artículo 2° se establece la competencia técnica e idónea de la Superintendencia Financiera para ejercer su competencia de control, vigilancia e inspección a las entidades promotoras de salud en lo que corresponde a su patrimonio, reservas, inversiones y manejo financiero.

El artículo 3° en sus dos numerales, **3.1** propone la centralización de la información financiera en un único sistema integral interoperable entre los actores del sistema (EPS, prestadores y Gobierno nacional) en el cual principalmente se refleje el estado y comportamiento de cartera en tiempo real.

Por otra parte, en el numeral **3.2** se propone la centralización de la información relevante al deber asistencial en salud, igualmente entre todos los actores (EPS, prestadores y Gobierno nacional) que por su capacidad de interoperabilidad sea el puente de comunicación para la generación y aplicación de autorizaciones de servicios; el alojamiento y gestión de la historia clínica electrónica con la salvaguarda legal de la información sensible y, finalmente, permita unificar criterios de gestión administrativa para las cuentas médicas.

El artículo 4° se propone la creación de un Portal Único de Contratación de Servicios de Salud en el cual se deberán registrar todas las transacciones comerciales que realizan tanto EPS como prestadores, cuando usan los recursos del sistema general de seguridad social, lo cual

visibilice los precios y las tecnologías en salud adquiridas.

Por su parte, el artículo 5° pretende superar la indeterminación que hoy existe frente al acreedor y el valor de las obligaciones contraídas por la relación comercial y legal entre las EPS, prestadores, nación y entes territoriales. Lo anterior, bajo el entendido de que se trata de recursos públicos contenidos en cuentas médicas sometidos a plazos de exigibilidad, es dable observar la obligación para que todo acreedor acuda a los equivalentes jurisdiccionales existentes en el orden jurídico como son la Superintendencia Nacional de Salud (artículo 126 Ley 1438 de 2011), a los tribunales de arbitramento debidamente acordados entre las partes o a la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo, cuando considere que su cuenta es válidamente exigible y así lo pruebe procesalmente. Esto permitirá hacer la depuración de cartera.

El artículo 6° establece la facultad del Gobierno nacional de acoger la figura de las garantías de deuda pública –incluyendo los previstos en la Ley 1608 de 2013– para que la banca de primer nivel pueda otorgar los créditos principalmente a los prestadores que requieren urgentemente de liquidez para garantizar la continuidad de la prestación de servicios.

En el artículo 7° se establecen las condiciones para adoptar un modelo regionalizado de aseguramiento mediante la implementación de las redes integrales de servicios. De igual forma se prevé la necesidad de que las aseguradoras puedan apoyar la prestación de las acciones de salud pública colectivas hoy a cargo de las entidades territoriales. La entidad territorial debe observar los principios de la contratación pública para la elección de la (las) aseguradora(s) que apoyarán y aplicarán las mencionadas acciones.

El artículo 8° en sus tres numerales, propone dar aplicabilidad al Sistema Preventivo de Prácticas Riesgosas previsto en el actual Estatuto Anticorrupción enlistando –sin pretender agotarlas– algunas acciones identificadas como reiteradas y nocivas para el Sistema de Seguridad Social en Salud. *Verbi gracia*, el uso de notas de crédito sin respaldo que acredite el hecho económico real que las justifique; los acuerdos que busquen exclusividad entre aseguradores, prestadores y proveedores entre sí. Los pagos de pasivo interno que la aseguradora realice sin haber antes solventado su pasivo externo.

En el artículo 9° se prohíbe expresamente que las atenciones de planes voluntarios, los cuales principalmente deben financiarse con el aporte particular del usuario interesado, puedan imputarse a los recursos (cotización) del plan básico del sistema general de seguridad social en salud.

En el artículo 10 se modifica el literal d) del artículo 13 de la Ley 1122 de 2007 a fin de garantizar a través de la plataforma de giro directo, el pago del 100% del valor facturado a los prestadores de

primer nivel, y de un 80% a los demás prestadores de niveles II, III y IV.

El artículo 11 brinda orientaciones para la aplicación de los pagos que reciben los prestadores de servicios asistenciales en salud a través del giro directo, estableciendo la obligación expresa a cargo del representante legal en ordenar su aplicación a las obligaciones laborales con sus trabajadores, con sus prestadores y proveedores. Por consiguiente, se prohíbe que con ellos se paguen obligaciones cuya antigüedad daten de 60 y 90 días.

El artículo 12 establece expresamente que la inobservancia del principio de inembargabilidad de los recursos de salud reconocido tanto en la Constitución Política (artículo 48) como en el artículo 25 de la Ley 1751 de 2015, generan las responsabilidades disciplinarias, fiscales, penales y administrativas que acarrea desatender el principio de legalidad propia de la función y servicio público.

Finalmente, el artículo 13 prevé la vigencia.

Para los suscribientes de la presente iniciativa pretende superar situaciones que hoy no permiten el cabal cumplimiento de la función del aseguramiento. Así, se parte del marco legal existente como es el artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, el cual al definir esta labor o servicio señala:

“Artículo 14. Organización del aseguramiento. *Para efectos de esta ley entiéndase por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores sin perjuicio de la autonomía del usuario. Lo anterior exige que el asegurador asuma el riesgo transferido por el usuario y cumpla con las obligaciones establecidas en los Planes Obligatorios de Salud.* (Subrayas fuera del texto).

Las Entidades Promotoras de Salud en cada régimen son las responsables de cumplir con las funciones indelegables del aseguramiento...” (sigue texto de la norma vigente).

En consideración a lo anterior, el objeto de la iniciativa es la de hacer posible el acceso a las prestaciones asistenciales en salud como el objeto del aseguramiento en Colombia, entendiendo que ello solo puede lograrse emprendiendo las acciones coordinadas y armónicas de todos los operadores del Sistema General de Seguridad Social para lograr materialización del goce efectivo del derecho a la salud de todos los colombianos. Todo ello, bajo la estructura y el diseño normativo e institucional con el cual cuenta nuestro orden jurídico.

Es necesario indicar que el proyecto no pretende modificar condiciones del servicio de prestaciones económicas de que trata el Régimen Contributivo;

como tampoco modifica las condiciones vigentes de habilitación de prestadores o aseguradores. Su pretensión es acoplar, construir y adelantar las acciones pertinentes y práctica que hagan aplicable la Estrategia de Atención Básica en Salud proyectada por la Ley 1438 de 2011 sobre la cual existe consenso y es el centro de la gestión del riesgo en salud como la razón para diseñar y aplicar el modelo de atención en salud al paciente con el apoyo de redes integrales de servicios.

Por tanto, la iniciativa parte del convencimiento de un trabajo conjunto y armónico a fin de que tanto el Gobierno nacional como las aseguradoras en salud y los prestadores de servicios asistenciales de salud generen la sinergia necesaria para una óptima gestión del riesgo financiero; gestión del riesgo en salud y la articulación de los servicios que garanticen el acceso efectivo. Todo, además, con mira a clarificar, sanear y determinar las obligaciones pendientes de pago –cartera– que hoy ocasiona falta de confianza, evita el acceso a recursos –crédito y financiación– y cierre de servicios.

Colofón de lo anterior, se encuentran en el articulado un componente de normas para prevenir y corregir las prácticas que atentan contra el Derecho a la Seguridad Social y a la Salud. Así, se enlista –sin pretender agotarlas– las prácticas reiteradas y detectadas en el Sistema de Seguridad Social en Salud que por su efecto nocivo consideramos deben hacer parte del **Sistema preventivo de prácticas riesgosas financieras y de atención en salud del Sistema General de Seguridad Social en Salud** es creado mediante el artículo 12 del Estatuto Anticorrupción (Ley 1474 de 2011).

2.1. Sujetos determinantes para lograr la garantía del acceso al servicio asistencial en salud

Los sujetos pasivos de la normatividad, claramente determinados y con actividades que aunque no son nuevas sí pretendemos activarlas, ajustarlas y en casos específicos que sean apoyadas armónicamente:

- a) **El Gobierno nacional** quien deberá activar las funciones, competencias y facultades del Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Superintendencia Nacional de Salud, Superintendencia Financiera y el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) dentro del marco general del sistema de seguridad social en salud a fin de hacer posible las acciones propuestas.
- b) **Las entidades territoriales** quienes en razón al Principio de Descentralización¹ pre-

¹ Artículo 287. Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos: 1. Gobernarse por autoridades propias. 2. Ejercer las competencias que les correspondan. 3. **Administrar los recursos** y establecer los tribu-

visto en la Carta Política y haciendo uso de sus competencias de administración de recursos, financian el Sistema de Seguridad Social en Salud (Ley 715 de 2001) y por tanto, acometen las acciones de salud pública determinantes para la Estrategia de Atención Básica en Salud. En ello, confiamos puedan ser apoyadas mancomunada y concertadamente por las aseguradoras con sentido regionalizado y el enfoque diferencial, para atender las necesidades específicas de la población de los departamentos y municipios de nuestro país.

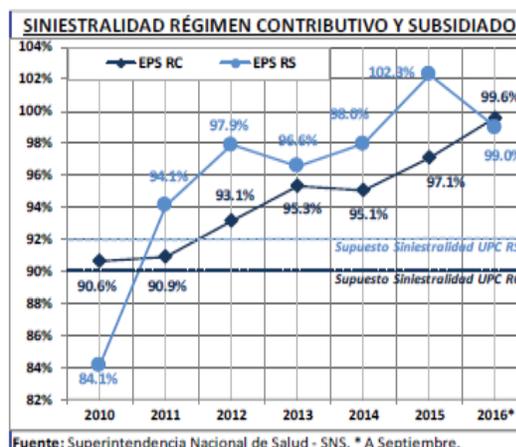
- c) **Aseguradoras en salud (bajo las cuales debe entenderse las entidades promotoras de salud)** quienes mediante su naturaleza² asumen la función del aseguramiento representadas en actividades, obligaciones y responsabilidades asumiendo el riesgo en salud que traslada el afiliado hacia ellas. Así, en la presente propuesta las acciones y estímulos reconocidos permitirán que puedan administrar el riesgo financiero de manera más ordenada, procurando que dichos riesgos sean controlados igualmente por otros actores que son determinantes para ello y que participan activamente en el Sistema de Seguridad Social en Salud.
- d) **Prestadores de servicios de salud** cuya atención –incluyendo a los profesionales independientes– son fundamentales para que pueda realizarse el objetivo de la presente iniciativa. Se estima necesaria su participación, ya que el Sistema de Seguridad Social en Salud debe ser idóneo para que el servicio, derecho y deber de la seguridad social pueda expresarse en el efectivo acceso a la prestación del servicio asistencial en salud en condiciones de calidad, pertinencia médica, autonomía médica y el sentido humano hacia la persona y su familia. De ahí que –entre

otras medidas– nos permitamos proponer que las acciones de salud pública colectivas puedan vincular la acción de gestión del riesgo del asegurador expresada en los prestadores de servicios de salud, activando la estrategia de la operación de las redes integrales de servicios de salud.

2.2. Contexto

En la búsqueda de enfoques que expresen las distintas preocupaciones pero también orienten visiones para encontrar alternativas de solución, deseamos compartir los datos del crecimiento del gasto en materia de salud que en los últimos años supera el nivel de ingresos de la Aseguradora (superior al 90%), ya que el costo médico se incrementó frente a los ingresos operacionales de las Aseguradoras. Nótese que el costo médico es la base para el cálculo de la UPC en el régimen contributivo, en los últimos cinco años (Gráfico 1).

Gráfico 1



De igual manera, el gremio de Aseguradoras en Salud encuentran que el modelo de aseguramiento a partir de la Ley 100 de 1993 ha permitido el mayor acceso a los servicios de salud (Cuadro 2), la cobertura (Gráfico 3), el cambio del perfil de población que hoy tiene una base mayor de 60 años

tos necesarios para el cumplimiento de sus funciones. 4. Participar en las rentas nacionales.

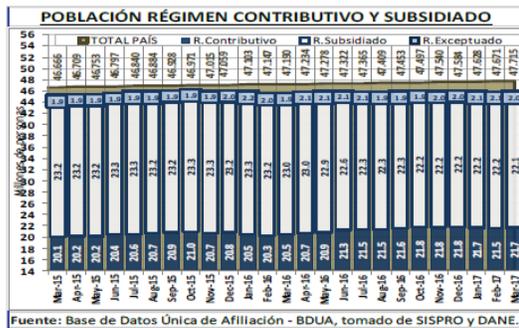
(Gráfico 4). Acompañado del aumento del costo por el incremento de la presión tecnológica en medicamentos y dispositivos, principalmente. (Gráfico 5).

Cuadro 2. Atenciones en salud.

Tipo de Servicio	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Procedimientos	115,228,163	136,662,348	177,575,477	200,745,078	194,801,448	217,592,228	221,454,380
Insumos		3,045,360	6,519,333	7,637,594	7,558,731	21,731,275	19,645,302
Medicamentos	64,207,085		132,715,557	134,327,104	149,967,536	157,174,330	156,100,456
Total general	179,435,248	139,707,708	316,810,367	342,709,776	352,327,715	396,497,833	397,200,138

Fuente: Cubo gestión de la demanda - SISPRO. Ministerio de Salud y Protección Social.

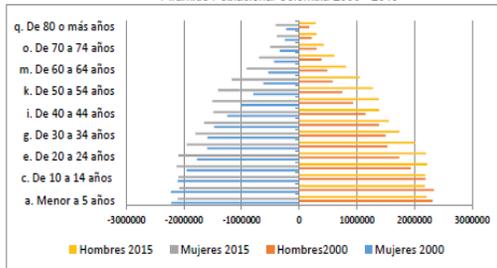
Gráfica 3



Fuente: Base de Datos Única de Afiliación - BDUA, tomado de SISPRO y DANE.

Gráfica 4

Pirámide Poblacional Colombia 2000 - 2015



Fuente: ACEMI.

Gráfica 5

IPC general comparado con el crecimiento de medicamentos y dispositivos



Fuente: ACEMI.

2.3. Medidas específicas y su justificación

Expresados en los anunciados numerales, al Honorable Congreso de la República y a la comunidad en general se presentan medidas para reforzar la gestión del aseguramiento en salud que se explican, así:

- **Creación del Portal Único para la contratación en salud (artículo 4°):** Plataforma a la cual todos los actores concurrirán a publicar, registrar y consultar de manera transparente y pública los bienes, servicios, suministros, medicamentos, dispositivos y en general, las tecnologías en salud de mayor demanda. Dicha herramienta permitirá que tanto el Gobierno nacional como los aseguradores, los presta-

² Con este vocablo se entienden a las administradoras de planes de beneficios (EAPB) entre las cuales son: entidades promotoras de salud (EPS) y entidades adaptadas (EOC).

dores de servicios de salud (incluyendo los profesionales independientes) y los usuarios en general, puedan conocer los precios, proveedores y servicios para su elección.

Es de resaltar que existe antecedente vigente para lograr el objetivo, si se tiene en cuenta que la contratación electrónica fue prevista para las empresas sociales del Estado en el artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, que indicó:

“Artículo 76. Eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado. Con el propósito de promover la eficiencia y transparencia en la contratación las Empresas Sociales del Estado podrán asociarse entre sí, constituir cooperativas o utilizar sistemas de compras electrónicas o cualquier otro mecanismo que beneficie a las entidades con economías de escala, calidad, oportunidad y eficiencia, respetando los principios de la actuación administrativa y la contratación pública. Para lo anterior la Junta Directiva deberá adoptar un estatuto de contratación de acuerdo con los lineamientos que defina el Ministerio de la Protección Social.

Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo.

Estas instituciones podrán utilizar mecanismos de subasta inversa para lograr mayor eficiencia en sus adquisiciones”.

La presente propuesta y la base normativa anterior intenta resolver la incertidumbre sobre la aplicación de los recursos de salud puesto que hoy no existe un instrumento que brinde certeza para conocer cuál es el valor de la compra y venta de servicios de salud; en qué porcentaje los recursos del Fosyga van a gastos asistenciales en salud y quiénes son sus destinatarios.

Es de indicar que ante un presupuesto tan importante como es el destinado a salud, sería valiosa una herramienta unificadora y pública que pudiese responder en quiénes o en qué se aplicaron los recursos, *verbi gracia*, los previstos en La Ley 1815 de 2016 por medio de la cual se adoptó el Presupuesto General de Rentas y Gastos para Colombia. En 2017, la Subcuenta de Solidaridad del Fosyga recibió un poco más de 5 billones de pesos³, los cuales siguiendo la orientación del informe de Presupuesto del Ministerio de Salud y Protección

³ Ley 1815 de 2017. Artículo 2°. Se estima la cuantía de los recursos de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) para la vigencia fiscal de 2017 en la suma de cinco billones ciento treinta mil doscientos treinta y cuatro millones de pesos (\$5.130.234.000.000) moneda legal.

Social en 2016 muy posiblemente **serán destinados a la sostenibilidad de la afiliación del Régimen Subsidiado que se traduce en contratación de servicios:**

Tabla No. 4 Relación Proyectos de Inversión 2016
Unidad Ejecutora Ministerio de Salud – Gestión General

COD. BPIN	COD. PPTAL.	NOMBRE DEL PROYECTO	APROPIACIÓN INICIAL
0027-05431-9999	630-1500-1	PREVENCIÓN Y PROMOCIÓN DE LA SALUD - SUBCUENTA DE PROMOCION FOSYGA - PREVIO CONCEPTO DNP	6.179.999.824
0027-05430-9999	630-304-1	MEJORAMIENTO DE LA RED DE URGENCIAS Y ATENCION DE ENFERMEDADES CATASTROFICAS Y ACCIDENTES DE TRANSITO- SUBCUENTA ECAT FOSYGA	220.420.000.000
2013-01100-0353	630-305-4	APOYO SOSTENIBILIDAD AFILIACION DE PERSONAS EN RIESGO DE VULNERABLE ASEGURADA A TRAVES DEL REGIMEN SUBSIDIADO	4.290.999.999.824

que es nocivo para la continuidad de un tratamiento en salud, así como un entendimiento en la gestión de las cuentas médicas que reflejan los servicios prestados.

Sabemos hoy por el informe de Inversiones del Ministerio de Salud y Protección Social, grandes números de inversión, lo cual es importante. Sin embargo, la crisis de credibilidad sobre el uso de los recursos y el encarecimiento de los servicios por la excesiva intermediación obliga a procurar la visibilización de las transacciones comerciales que puede ayudar a que estas sean más económicas y garantizar mayores recursos para la atención asistencial al paciente. Eso es lo que queremos los que suscribimos esta propuesta.

- **Unificación de la información financiera y asistencial a través de la estrategia de un sistema integral y único:** Esta medida tiene como antecedente en vigencia y aplicación del propósito de un sistema único de que habla el artículo 113 de la Ley 1438 de 2011 que permita el trabajo interconectado (interoperable) de todas las aseguradoras de salud, prestadores y Gobierno nacional.

Así, la propuesta versa en la creación de un sistema único integral para

- Sistema único de información financiera que garantice registro, consulta y control de aspectos tales como edad (antigüedad) de la cuenta médica que contiene el servicio de salud facturado, precio y fecha de pago.

Es de aclarar que la propuesta va más allá del actual Sispro (Sistema Integral de Información de Protección Social), que hoy solo refleja los recursos devengados y aplicados en cumplimiento de la función administrativa de la entidad administradora de los recursos. Este sistema financiero tiene como propósito conocer el comportamiento de los aseguradores y prestadores, especialmente el estado real de su cartera. Nótese que actualmente el Fosyga (hoy Adres) solo gestiona cuentas después del proceso administrativo de recobros y reclamaciones, el cual tiene inmensos rezagos, dejando un gran margen de incertidumbre respecto a los estimativos que hacen los aseguradores y prestadores con relación a la misma materia.

- Sistema único asistencial que busca la centralización de la información concerniente a la gestión del riesgo en salud. Aprovechando su interoperabilidad, se podrán superar, por ejemplo, las grandes filas para tramitar autorizaciones o el fraccionamiento de la historia clínica del paciente,

Tal y como se citó en el acápite anterior, encontramos un antecedente importante para la unificación de información en el ya mencionado, los artículos 113 e inciso segundo del artículo 76 de la Ley 1438 de 2011, se autoriza:

“Artículo 113. Sistema de Información Integrado del Sector Salud. El Ministerio de la Protección Social junto con el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones definirá y contratará un plan para que en un periodo menor a tres años se garantice la conectividad de las instituciones vinculadas con el sector de salud en el marco del Plan Nacional de Tecnologías de Información y Comunicaciones (TIC)”.

“Artículo 76. Eficiencia y transparencia en contratación, adquisiciones y compras de las Empresas Sociales del Estado.

...

Igualmente, las Empresas Sociales del Estado podrán contratar de manera conjunta sistemas de información, sistema de control interno, de interventorías, gestión de calidad y auditorías, de recurso humano y demás funciones administrativas, para el desarrollo de actividades especializadas, de tipo operativo y de apoyo que puedan cubrir las necesidades de la empresa, de forma tal que la gestión resulte más eficiente, con calidad e implique menor costo”.

El impacto de un sistema único centralizado no riñe con los sistemas unificados de un grupo o grupos de instituciones prestadoras de salud que pudiesen existir, ya que el mismo deberá ser el repositorio de la gestión de información del sector presentado bajo criterios unificadores que permitan hacer lecturas conjuntas y homogéneas bajo parámetros unívocos que propicien una gestión coordinada y conjunta del servicio de aseguramiento en salud.

Finalmente, esta concepción de unificación contando con la infraestructura hoy existente deberá anclarse a la historia clínica electrónica unificada o de los datos clínicos unificados, que son de alta importancia en un sistema unificado, y así evitar la interrupción de tratamientos por situaciones administrativas como “afiliación de un asegurador a otro” o “cambio de institución prestadora de servicios de salud”.

Es de anotar que lo anterior se encuentra autorizado desde 2011, aunque fue derogado por el Plan de Desarrollo 2010-2014, aún sin operación, en el artículo 45 de la Ley 1753 de 2011 para formularse de otra manera, así:

“Artículo 45. Estándares, modelos y lineamientos de tecnologías de la información y las comunicaciones para los servicios al ciudadano. *Bajo la plena observancia del derecho fundamental de habeas data, el Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (Min-TIC), en coordinación con las entidades responsables de cada uno de los trámites y servicios, definirá y expedirá los estándares, modelos, lineamientos y normas técnicas para la incorporación de las tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC) que contribuyan a la mejora de los trámites y servicios que el Estado ofrece al ciudadano, los cuales deberán ser adoptados por las entidades estatales y aplicarán, entre otros, para los siguientes casos:*

...

b) *Historia clínica electrónica...*”.

Hacemos esta necesaria referencia normativa para evitar que se interprete que estamos generando gastos o impacto fiscal, pues las normas donde anclamos la iniciativa ya están vigentes en el orden jurídico.

- **ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA DE SUPERVISIÓN, CONTROL Y VIGILANCIA SOBRE LA GESTIÓN DEL RIESGO FINANCIERO A LA SUPERINTENDENCIA FINANCIERA**

Desde la vigencia de la Ley 100 de 1993, en la cual se ordena de manera sistemática la atención del servicio, derecho y deber de la seguridad social, se identificaron los riesgos de enfermedad (subsistema de salud), enfermedad o muerte por accidente de trabajo (subsistema de riesgos laborales) y de vejez (subsistema de pensiones), los cuales a su vez serían atendidos por el conjunto de instituciones y autoridades que protegieran a la población cuando dichos riesgos se materializaran.

Así, la Ley 100 de 1993 se preocupó por exigir unas condiciones patrimoniales y financieras de quienes asumirían las labores de operación de estos tres riesgos. En tratándose del riesgo de enfermedad por causa común – no laboral –, tanto en el numeral 7 como en el 8 del artículo 180 de la citada ley, solicitó a las entidades administradoras de planes de beneficios unos márgenes de solvencia que garantice la liquidez para adelantar la gestión del riesgo en salud de sus afiliados que apareja el riesgo financiero.

De esta forma y tras la crisis de 2006, el legislador decidió en 2007 y 2011 mediante la Ley 1122 y Ley 1438, respectivamente, revestir al Gobierno nacional para ajustar los márgenes de solvencia⁴,

⁴ Ya en el año 2015, la Superintendencia Nacional de Salud informaba que el sector de aseguramiento se encontraba

ajustar requisitos habilitantes y de permanencia, de capacidad financiera, técnica y de calidad para el aseguramiento en salud de manera más técnica y quizá rigurosa. Sin embargo, dejó la revisión técnica de estos parámetros a la Superintendencia Nacional de Salud, cuya suficiencia probada se encuentra en la supervisión de la gestión del riesgo en salud, pero no financiero.

Atendiendo al principio general del derecho que indica **“a una misma razón una misma disposición”**, los presentes suscritos de la iniciativa persistimos en la intención de que la Superintendencia Financiera sea la entidad técnica que inspeccione, vigile y controle la gestión del riesgo financiero que las aseguradoras en salud ejercen al ser una de las cinco funciones fundamentales que la Ley 1122 de 2011 prevé en su artículo 14. Ello, sin perjuicio de la labor de inspección, vigilancia y control que realice la Superintendencia Nacional de Salud sobre la gestión del riesgo en salud y prestación asistencial.

Lo anterior, habida cuenta de que la Superintendencia Financiera viene adelantando dicha función en entidades, como por ejemplo las aseguradoras de riesgos laborales que gestionan el riesgo financiero y de salud de sus trabajadores. Así, esta medida se justifica tanto más cuanto que la gestión financiera que realiza una aseguradora en salud se encuentra diaria y constantemente con la labor de gestión financiera de la aseguradora de riesgos laborales. Recuérdese que al tratar un evento derivado de una enfermedad laboral con una dolencia del mismo trabajador por origen común, estas gestiones se entrelazan. Así pues la distinción hoy existente de la entidad supervisora no encuentra un asidero razonable.

Es necesario superar la desactualización del comportamiento de las funciones del aseguramiento, que involucra la gestión de riesgo financiero –hoy entendido como propio del Subsistema de Riesgos Laborales–. Acoplándolo al razonable control técnico y unificado de la Superintendencia Financiera, se superaría la distinción cuyo único origen es la de encontrarse en norma de 1994, cuando el Gobierno nacional de entonces otorgó dicha competencia a la otra Superintendencia Bancaria (artículo 84 Decreto Ley 1295 de 1994⁵).

en crisis financiera al detectar un margen de solvencia de menos \$ 5,3 billones en 29 aseguradoras de salud del país.

⁵ Artículo 84. *Vigilancia y control.* Corresponde a la Dirección Técnica de Riesgos Profesionales del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social la vigilancia y control de todos los aspectos relacionados con la administración, prevención, atención y control de los riesgos profesionales que adelanten las entidades administradoras de riesgos profesionales.

Corresponde a la Superintendencia Bancaria el control y vigilancia de las entidades administradoras de riesgos profesionales en relación con los niveles de patrimonio, reservas, inversiones y el control financiero, sin perjuicio de las demás funciones asignadas de manera general a la Superintendencia Bancaria para las labores de inspección

Así, ante el reforzamiento de las acciones que se requieren para implementar la estrategia de atención primaria en salud vigente desde 2011, es pertinente que la Superintendencia Financiera asuma de manera integral la función sobre el patrimonio, reservas, inversiones y manejo financiero de las aseguradoras. Incluso, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 122 de la Ley 1438 de 2011, el cual exige la entrega de información financiera a la Superintendencia Nacional de Salud misma, que por el principio de colaboración armónica entre las entidades supervisoras puede facilitarse con la creación del Sistema Único de Información Financiera.

- **Aplicación de los equivalentes jurisdiccionales previstos en el orden jurídico a fin de finiquitar la situación generada por la indeterminación de las obligaciones en dinero contenidas en las denominadas cuentas de médicas (documentos de cobro) cuya naturaleza de factura tiene plazos de exigibilidad**

El Gobierno nacional en la Ley 1753 de 2015, Plan de Desarrollo 2014-2018 (artículo 73), decidió fijar los términos de prescripción a los procedimientos de recobro/cobro sobre las cuentas médicas radicadas por obligaciones por fuera del plan de beneficios de las entidades recobrantes, así:

*“Artículo 73. **Procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud.** Los procesos de recobros, reclamaciones y reconocimiento y giro de recursos del aseguramiento en salud que se surten ante el Fosyga o la entidad que asuma sus funciones se regirán por las siguientes reglas:*

Tratándose de recobros y reclamaciones:

a) El término para efectuar reclamaciones o recobros que deban atenderse con cargo a los recursos de las diferentes subcuentas del Fosyga será de tres (3) años a partir de la fecha de la prestación del servicio, de la entrega de la tecnología en salud o del egreso del paciente. Finalizado dicho plazo, sin haberse presentado la reclamación o recobro, prescribirá el derecho a recibir el pago y se extingue la obligación para el Fosyga.

b) El término para la caducidad de la acción legal que corresponda se contará a partir de la fecha de la última comunicación de glosa impuesta en los procesos ordinarios de radicación por parte del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) o quien este designe.

c) En el caso de los recobros y reclamaciones que hayan sido glosados por el Fosyga y sobre los cuales no haya operado el término de caducidad de la acción legal que corresponda, solo se exigirá para su reconocimiento y pago los requisitos esenciales que demuestren la existencia de la respectiva

obligación, los cuales serán determinados por el MSPS. Para tales efectos, las entidades recobrantes deberán autorizar el giro directo del valor total que se llegue a aprobar a favor de las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud (IPS) habilitadas. El pago de las solicitudes aprobadas estará sujeto a la disponibilidad presupuestal de recursos para cada vigencia, sin que haya lugar al reconocimiento de intereses moratorios por las solicitudes que se presenten bajo este mecanismo.

Los procesos de reconocimiento y giro de los recursos del aseguramiento de Seguridad Social en Salud quedarán en firme transcurridos dos (2) años después de su realización. Cumplido dicho plazo, no procederá reclamación alguna”.

Situación que genera una gran incertidumbre habida cuenta de las diferentes posiciones respecto a la cuantía de la cartera y del obligado al pago de la misma, como reflejan estos informes:

El 13 de julio de 2017⁶, la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas (ACHC) informó a la opinión pública la situación de la cartera de sus afiliados así:

“La deuda a los hospitales y clínicas por la prestación de servicios de salud llegó a los \$ 7,3 billones de pesos, siendo este el mayor monto de cartera adeudado en los últimos 18 años, con el agravante que el 66 % es cartera en mora, es decir \$ 4,8 billones, así lo revela el estudio más reciente realizado por la Asociación Colombiana de Hospitales y Clínicas, con corte a diciembre 31 de 2016 en una muestra de 135 instituciones.

Las EPS del régimen contributivo siguen siendo los mayores deudores de los hospitales con \$ 2,9 billones, que corresponden al 40 % de la deuda total, seguidos por las EPS del régimen subsidiado con \$ 2,3 billones, es decir, el 32,5 % de la deuda; en tercer lugar el Estado, que incluye los entes territoriales y el Fosyga, con \$ 742.706 millones, que equivale al 10,2 % de lo adeudado. El 17 % restante lo adeudan empresas de medicina prepagada, aseguradoras SOAT, Magisterio, IPS, empresas y particulares”.

Por su parte, ya en 2015 la cartera referida por las aseguradoras reporta la siguiente cifra global⁷:

“En el régimen contributivo, el problema se origina en el gasto creciente de los servicios no POS, que representan cerca del 27 % del total del gasto médico y que buena parte de él tampoco fue reembolsado por el Fosyga. Esto se tradujo en una cartera acumulada por cobrar al Fosyga que a diciembre de 2014 ascendió a \$ 3,5 billones, 60 % del activo total”.

y vigilancia respecto de las entidades vigiladas.

Corresponde al Ministerio de Salud el control y vigilancia de la prestación de los servicios de salud en los términos establecidos en el libro II de la Ley 100 de 1993.

⁶ Tomado de: <http://www.achc.org.co/noticias.php?id-noticia=176>.

⁷ Tomado de: <https://www.acemi.org.co/index.php/acemi-defecto/10-actualidad/comunicados/706-acemi-opina-liquidacion-de-caprecom-y-saludcoop-6>.

Por ello, en 2016 el gremio de aseguradoras en salud del país dirigió sentida carta al Gobierno nacional el pasado 19 de septiembre en la cual expresa:

“Los escenarios financieros que hemos efectuado con toda rigurosidad permiten concluir que el funcionamiento del sistema de salud requiere recursos adicionales a lo actualmente destinado, mínimo del orden de 4,5 billones, para que el sector pueda seguir operando y funcionar con lo mínimo el próximo año, mientras se abordan las reformas estructurales que se requieren”.

Hoy no existe un registro de cartera u obligación pendiente consolidada a cargo de la nación o los entes territoriales. Para dar un contexto, tomamos un reporte de las diferencias presentadas en las mesas técnicas de conciliación de 2013, donde se puede apreciar la distancia entre las cuentas o valores que coinciden y aquellas que no.

2. RESULTADO DE LAS MESAS DE DEPURACIÓN Y CONCILIACIÓN.

Durante las mesas de conciliación y depuración de cartera realizadas entre el 27 y 29 de mayo de 2013, participaron en los tres días de la jornada:

- ✓ 28 ET
- ✓ 30 EPS
- ✓ Las entidades territoriales reportaron un valor de deuda total de:

Cifras en Millones

CX C Reportadas EPS	Cx P Reportadas ET	Valor Coincide ET - EPS	Menor Valor ET - EPS	Glosa Aceptada EPS
\$219,515	\$140,794	\$7,680	\$85,985	\$5,259

Ante esta situación, es menester indicar que nuestro orden jurídico prevé varias instituciones procesales y sustanciales que pueden ser aplicadas a fin de finiquitar esta diferencia y precaver la caducidad de las acciones y la prescripción de los derechos contenidos en las cuentas médicas. Nótese que estas cuentas médicas son facturas de venta tal y como lo reconoce el parágrafo primero del artículo 50 de la Ley 1438 de 2011 al remitir sus requisitos a la Ley 1321 de 2008, *“por la cual se unifica la factura como título valor como mecanismo de financiación para el micro, pequeño y mediano empresario, y se dictan otras disposiciones”*, así:

“Artículo 50. Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet).

...

Parágrafo 1º. La facturación de las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de salud deberá ajustarse en todos los aspectos a los requisitos fijados por el Estatuto Tributario y la Ley 1231 de 2008”.

Derivado de esta condición, se cuenta con la referencia en la más reciente Resolución 3951 de 2016 cuando al solicitar los anexos para los denominados “recobros/cobros” indica:

“Artículo 34. Para el proceso de verificación de los recobros/cobro. Además de los documentos generales de presentación de recobros/cobros previstos en el artículo anterior, para efectos de la verificación, las entidades recobrantes deberán

radicar su solicitud junto con los siguientes documentos:

...

2. Copia de la factura de venta o documento equivalente”.

Para comprender la medida propuesta, es de la mayor relevancia indicar que la naturaleza de factura cambiaria dentro de los procesos administrativos de “recobro”, las cuentas médicas (documentos de cobro por servicios prestados), sigue conservando su naturaleza y para su ejecutabilidad permite activar las instituciones sustanciales y procesales a fin de determinar de manera definitiva las obligaciones pendientes y los titulares de estas (determinación del obligado al pago).

Así, al entender que las obligaciones soportadas en cuentas médicas cuyas características son las que posee el artículo 617 del Estatuto Tributario –esto es, factura de venta– genera que hoy sea imperativo revisar los términos de prescripción contenidas en ella, en caso de que se encuentren dentro de los términos de exigibilidad de los títulos valores o de títulos ejecutivos de los que habla la normatividad comercial.

Para comenzar, se debe partir de la naturaleza de título valor como lo prevé la Ley 1231 de 2008, que en su artículo 1.º modificó el artículo 772 del Código de Comercio en los siguientes términos:

“Artículo 1.º El artículo 772 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Factura es un título valor que el vendedor o prestador del servicio podrá librar y entregar o remitir al comprador o beneficiario del servicio.

No podrá librarse factura alguna que no corresponda a bienes entregados real y materialmente o a servicios efectivamente prestados en virtud de un contrato verbal o escrito.

El emisor vendedor o prestador del servicio emitirá un original y dos copias de la factura. Para todos los efectos legales derivados del carácter de título valor de la factura, el original firmado por el emisor y el obligado será título valor negociable por endoso por el emisor y lo deberá conservar el emisor; vendedor o prestador del servicio. Una de las copias se le entregará al obligado y la otra quedará en poder del emisor, para sus registros contables.

Parágrafo. Para la puesta en circulación de la factura electrónica como título valor, el Gobierno nacional se encargará de su reglamentación”.

En consideración a esta remisión, es menester indicar sobre la exigibilidad de dichos título valor –factura de venta– se debe indicar que la citada Ley 1231 ordenó modificar el artículo 799 del Código de Comercio al indicar que a las factura de venta habría que aplicarles las normas relativas a la letra de cambio:

“Artículo 5.º El artículo 779 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio, quedará así: Aplicación de normas relativas a la letra de cambio. Se aplicarán a las facturas de que trata la presente ley, en lo pertinente, las normas relativas a la letra de cambio.

Lo que supone que desde 2008 la factura de venta tiene la naturaleza de título valor y por ende puede darse la aplicación de la institución de la acción cambiaria, la cual establece una caducidad de tres años, así:

“Artículo 789. **Prescripción de la acción cambiaria directa.** La acción cambiaria directa prescribe en tres años a partir del día del vencimiento”.

Para llamar la atención de la importancia de este tema, debemos hacer esta necesaria relación y concordancia, pues nótese que la prescripción del proceso administrativa del numeral a) del citado artículo 73 de la Ley 1753 de 2015 también establece los tres años. Esto debido a que el Gobierno Nacional aplicará la pérdida de la capacidad de reclamación del título valor.

En gracia de discusión, si se admitiese que la factura de no dar la naturaleza de título valor – más que nada a las facturas de servicios de salud anteriores a la entrada en vigencia de la Ley 1231 de 2008, existe senda jurisprudencia, la cual indica que a las cuentas médicas o las obligaciones que contienen obligaciones claras, expresas y exigibles –esto es son títulos ejecutivos– les aplican los términos de la caducidad de la acción ejecutiva del artículo 2536 del Código de Civil colombiano, que prevé:

“Artículo 2536. **Prescripción de la acción ejecutiva y ordinaria.** La acción ejecutiva se prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10).

La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de cinco (5) años, y convertida en ordinaria durará solamente otros cinco (5).

Una vez interrumpida o renunciada una prescripción, comenzará a contarse nuevamente el respectivo término”.

Dados los perentorios términos, debemos indicar que la reclamación idónea y que previene la caducidad y prescripción general de las obligaciones debe hacerse ante las instituciones procesales heterónomas –jueces ordinarios o equivalentes jurisdiccionales– que revestidos por ley de manera permanente o transitoria pueden decidir en derecho y con fuerza de cosa juzgada las obligaciones y obligados hoy indeterminados para precaver la prescripción de los derechos y la caducidad de las acciones.

Esto es, acudir a la facultad jurisdiccional del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que indica:

“Artículo 126. **Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud.** Adiciónense los literales e), f) y g) al artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, así:

- e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;
- f) **Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;**
- g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

Modificar el párrafo 2.º del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud debe expresar con la mayor claridad la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar; así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. **Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo**, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”.

De otro lado, se encuentra el reconocimiento constitucional a convocar y acudir al arbitramento como equivalente jurisdiccional al que pueden acudir mediante acuerdo previo o posterior a la relación que generó la diferencia y que en tratándose de sujetos de derecho público es viable siempre que se agoten la recomendación, aprobación y viabilidad que la legislación prevé en los casos en los que el Estado –en todas sus expresiones– acude a este equivalente.

“Artículo 116. Modificado por artículo 1.º del Acto Legislativo número 3 de 2002. El nuevo texto es el siguiente:

...

Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales,

conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”.

Con base en ello, y precavido el interés general que debe orientar a las entidades públicas, la Ley 1563 de 2012, que dicta las normas generales en materia de arbitramento, prevé:

“Artículo 1.º Definición, modalidades y principios. *El arbitraje es un mecanismo alternativo de solución de conflictos mediante el cual las partes defieren a árbitros la solución de una controversia relativa a asuntos de libre disposición o aquellos que la ley autorice.*

El arbitraje se rige por los principios y reglas de imparcialidad, idoneidad, celeridad, igualdad, oralidad, publicidad y contradicción.

El laudo arbitral es la sentencia que profiere el tribunal de arbitraje. El laudo puede ser en derecho, en equidad o técnico.

En los tribunales en que intervenga una entidad pública o quien desempeñe funciones administrativas, si las controversias han surgido por causa o con ocasión de la celebración, desarrollo, ejecución, interpretación, terminación y liquidación de contratos estatales, incluyendo las consecuencias económicas de los actos administrativos expedidos en ejercicio de facultades excepcionales, el laudo deberá proferirse en derecho”.

De igual manera, en cuanto a la comparecencia de entidades públicas o autoridades con funciones administrativas, deberá observarse la notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado cuando la accionada sea una entidad pública (artículo 12 de la citada Ley 1563 de 2012), así como la revisión de los laudos arbitrales o la anulación de los mismos a cargo de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, como lo prevé el artículo 46 *ibid*.

Todo lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad de acudir de manera directa y preferente a la administración de justicia como derecho y deber previsto en el artículo 248 de la Constitución Política.

A cualquiera de estos tres escenarios acudirán los actores (deudores y acreedores) del sistema de seguridad social por las controversias insalvables dentro del procedimiento de recobro.

- **Aplicación de la Estrategia de Atención Básica en Salud por medio de las redes integrales de servicios de salud**

Esta medida parte de la previsión de la Ley 1751 de 2015 (ley estatutaria en salud), prevé la prestación del servicio de salud por medio del sistema de salud, entendiendo por tal

“Artículo 4º. Definición de sistema de salud. Es el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones;

competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud”.

Así, prevé la norma estatutaria que el Sistema operará bajo el concepto de “redes”, como así lo prevé el artículo 13 de la misma ley estatutaria:

“Artículo 13. Redes de servicios. *El sistema de salud estará organizado en redes integrales de servicios de salud, las cuales podrán ser públicas, privadas o mixtas”.*

Resaltamos lo anterior debido a que se corresponde con la irrupción de continuos procesos de mejoramiento para el acceso a servicios de salud.

Actualmente, la discusión internacional y nacional de los sistemas de salud se encuentra vigente, y Colombia no ha sido ajena. Así, se nos impone el reto de pensar en formas efectivas para garantizar el servicio de salud –máxime con el reconocimiento de la salud como derecho fundamental a partir de la Ley 1751 de 2015–.

Es por ello que desde 2007, y especialmente con la Ley 1438 de 2011, se viene desarrollando una modalidad de atención cuya definición técnica y organizacional son las *“Redes Integrales de Prestadores de Servicios de Salud (RIPSS) como aquel conjunto articulado de prestadores de servicios de salud u organizaciones funcionales de servicios de salud, públicos, privados o mixtos, ubicados en un ámbito territorial definido de acuerdo con las condiciones de operación del MIAS, con una organización funcional que comprende un componente primario y un componente complementario, bajo los principios de disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad, e incluyen procesos y mecanismos requeridos para la operación y gestión de la prestación de servicios de salud, con el fin de garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud, y la atención oportuna, continua, integral y resolutive, contando con los recursos humanos, técnicos, financieros, físicos y de información, para garantizar la gestión adecuada de la atención, así como también mejorar los resultados en salud”*⁸.

Corolario de lo anterior, la Ley 1438 de 2011 otorga el piso jurídico e incentivo a la creación de un modelo de prestación de servicio público de salud dentro de un marco denominado *“Estrategia de Atención Primaria en Salud”* que permita la

⁸ Desde 2009, la Organización Panamericana de la Salud ha aportado una ilustrativa definición que nuestro Ministerio de Salud y Protección Social acoge para entender la atención integrada de servicios de salud, entendiéndola como “una red de organizaciones que presta, o hace los arreglos para prestar, servicios de salud equitativos e integrales a una población definida, y que está dispuesta a rendir cuentas por sus resultados clínicos y económicos y por el estado de salud de la población a la que sirve”⁸.

acción coordinada del Estado, las instituciones y la sociedad para el mejoramiento de la salud y la creación de un ambiente sano y saludable que brinde servicios de mayor calidad, incluyente y equitativo, donde el centro y objetivo de todos los esfuerzos sean los residentes en el país⁹, esto es, la atención en red integrada para los servicios de salud.

Por todo ello, dentro de las competencias y funciones asignadas en el Decreto 4107 de 2011 se encuentra la prevista en el artículo segundo numeral 14, que reza: “14. Regular la oferta pública y privada de servicios de salud, la organización de redes de prestación de servicios y establecer las normas para la prestación de servicios y de la garantía de la calidad de los mismos, de conformidad con la ley”, y específicamente la Dirección de Prestación de Servicios y Atención Primaria, que en el artículo 22 numeral 7 tiene la función asignada de “7. Dirigir la elaboración de normas y la formulación de la política de desarrollo de las redes de servicios”.

De esta forma y para brindar las herramientas de ejecución de lo anterior, el artículo 65 de la Ley 1753 de 2011 estableció la Política de Atención Integral en la cual las redes integrales de servicios de salud son un componente medular¹⁰.

⁹ Artículo 1.º de Ley 1438 de 2011 (19 de enero), “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”. Declarada *executable* por la Corte Constitucional mediante sentencia C-791 de 2011 por el cargo examinado.

¹⁰ Ley 1753 de 2017, artículo 65. “**Política de atención integral en salud.** El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS), dentro del marco de la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud, así como las demás leyes vigentes, definirá la política en salud que recibirá la población residente en el territorio colombiano, la cual será de obligatorio cumplimiento para los integrantes del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y de las demás entidades que tengan a su cargo acciones en salud, en el marco de sus competencias y funciones. Para la definición de la política integral en salud se integrarán los siguientes enfoques: i) atención primaria en salud (APS); ii) salud familiar y comunitaria; iii) articulación de las actividades individuales y colectivas; y iv) enfoque poblacional y diferencial. Dicha atención tendrá en cuenta los componentes relativos a las rutas de atención para la promoción y mantenimiento de la salud por curso de vida, las rutas de atención específicas por grupos de riesgos, el fortalecimiento del prestador primario, la operación en redes integrales de servicios, el desarrollo del talento humano, en el marco de la Ley 1164 de 2007, articulación de las intervenciones individuales y colectivas, el desarrollo de incentivos en salud y la definición de requerimientos de información para su seguimiento y evaluación. Parágrafo 1.º El Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) realizará la adaptación de esta política en los ámbitos territoriales con población dispersa, rural y urbana diferenciando a los municipios y distritos que tengan más de un millón de habitantes. Para zonas con población dispersa y rural, se podrá determinar la existencia de uno o varios aseguradores. Si se trata de un único asegurador, el MSPS establecerá las condiciones

De esta manera, en el artículo pertinente del presente proyecto se refuerzan las acciones que incentiven el trabajo en redes de servicios y permitan a los actores la gestión del riesgo y el incentivo de los servicios complementarios que incentiven la cobertura.

- **Atendiendo a que el Estatuto Anticorrupción (artículo 12 de Ley 1474 de 2011) creó el Sistema Preventivo de Prácticas Riesgosas Financieras y de atención en salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud**, que sin pretender decir que son las únicas, sí son reiteradas y causan grave distorsión tanto en el estado real de las cuentas entre aseguradores y prestadores –como lo generado por las notas crédito–, así como algunas actuaciones que restringen la pluralidad de proveedores del servicios de salud.

Esto último por acuerdos expresos o tácitos para crear fidelización que riñen con la pluralidad, eficacia, eficiencia con la cual deben ser aplicados los recursos del sistema de seguridad social en salud. Así, presentamos.

- Pagos, compensaciones de cuentas, desembolsos, descuentos o devoluciones con base en notas crédito simulados o sin debido sustento real o fáctico.

Aunque la nota crédito es un documento contable legalmente aceptado en transacciones de adquisición de bienes y servicios, en tratándose de servicios asistenciales de salud pagados por el Sistema General de Seguridad Social cualquiera sea su modalidad de pago pactado, se considera una práctica riesgosa cuando sean expedidas a títulos de descuentos posteriores a la emisión de la factura o documento de cobro, o anulación total o parcial por una devolución de bienes o servicios sin otro respaldo fáctico que lo acredite. La ausencia de dicho respaldo verificable se presumirá ficta o simulada.

- Acuerdos expresos o tácitos en los cuales un proveedor pague, subsidie, financie o patrocine por sí o por interpuesta persona la entrega de equipos, construcción de infraestructura, mejoramiento de instalaciones o cualquier beneficio hacia la institución a la cual presta servicios de salud.

Lo anterior, en concordancia con la prohibición expresa del artículo 106¹¹ del Estatuto

para su selección. Parágrafo 2.º Para la definición de la política de atención integral, el Ministerio de Salud y Protección Social garantizará una amplia participación de todos los grupos de interés del sector salud: usuarios, prestadores, aseguradores, academia, asociaciones científicas, entes territoriales, entre otros”.

¹¹ “**Artículo 106. Prohibición de prebendas o dádivas a trabajadores en el sector de la salud.** <Artículo modificado por el artículo 133 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> Queda expresamente prohibida la promoción u otorgamiento de cualquier tipo de prebendas, dádivas a trabajadores de las entidades del

Anticorrupción, se torna insuficiente frente a los acuerdos institucionales que también pueden constituirse como dádivas o prebendas para garantizar la demanda de servicios de salud.

- **Pagos de pasivos a socios o entidades que tengan participación en la entidad aseguradora antes de solventar los pasivos con terceros proveedores.**

Ante las figuras de asociatividad que puedan presentarse entre entidades del Sistema de Seguridad Social que pueden ser acreedoras o deudoras entre sí, se considera valioso dar aplicación al Principio de **NO distribución de sumas entre asociados antes de la cancelación del pasivo externo** no solo en sede de liquidación, sino cuando la entidad se encuentre en ejercicio de su objeto social a fin de no poner en peligro la prelación del crédito o el patrimonio cuya prenda pueda ser la garantía de pago de entidades terceras no asociadas.

En artículo aparte pero bajo la misma observación, se previene a la Aseguradora que –teniendo planes complementarios a su cargo– fraccione o direcciona la atención y las cuentas de su afiliado para que estas sean soportadas o prestadas por las cotizaciones del sistema básico del Sistema General de Seguridad Social.

- **Recursos de salud destinados al pago de acreencias en salud pueden ser usados como garantías permitiendo el acceso de prestadores al crédito de la banca comercial**

La iniciativa se justifica en tanto, como se demostrará más adelante, actualmente existe suficiente autorización legal para expedir las garantías *verbi gracia* BOCAS sin que se requiera modificación de norma expresa y especial. Es más, en atención al artículo 114 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, es obligatorio aplicarlas en casos como los que enfrentan las instituciones de salud:

- La Ley 1753 de 2015 en su artículo 68 autoriza a la Superintendencia Nacional de Salud aplicar los mecanismos de salvamento y protección a la confianza pública del capítulo xx del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero cuando sus entidades vigiladas (EPS, IPS, CCF) se encuentren incursas en las causales de intervención o liquidación (artículo 114

Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 633 de 1993).

- Dentro de las medidas cautelares se encuentra la *recapitalización*¹², que ante la reducción de capital¹³ permite el denominado aporte de capital garantía, capital, así:

“Ley 510 de 1999. Artículo 84. Variación de capital por acto de autoridad.

3. Aporte del capital garantía. El Gobierno nacional podrá otorgar garantía del pago de las obligaciones de instituciones financieras cuyo capital pertenezca en parte o totalmente al Estado como aporte de capital, a través del Banco de la República. En este caso, el aporte estatal se determinará conforme al valor nominal de la garantía. Texto subrayado, derogado por el artículo 123, Ley 510 de 1999”.

• La utilización de los bonos obligatoriamente convertibles en acciones (BOCAS) es una figura legalmente autorizada por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero para que el Gobierno nacional realice aportes de **capital garantía**. Esto, como lo indica el artículo 1.º de la Ley 510 de 1999, modificatoria del artículo 80 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Dicha norma autoriza que las entidades objeto de las medidas del artículo 113 (esto es, las entidades vigiladas por la Supersalud, como así lo autoriza la Ley 1753 de 2015 artículo 68) tengan en cuenta dentro del mínimo de capital a los BOCAS. Dice el aparte pertinente: *“Así mismo, en el caso de las entidades que sean objeto de las medidas a que se refieren los artículos 48, literal i) y 113 de este Estatuto, podrán tomarse en cuenta los préstamos subordinados, convertibles en acciones o redimibles con recursos obtenidos por la colocación de acciones que se otorguen a la entidad financiera, en las condiciones que fije el Gobierno nacional. Dichos préstamos podrán ser otorgados por entidades financieras en los casos y con las condiciones que fije el Gobierno”.*

Existe hoy suficiente base normativa para que el Gobierno nacional aplique la sustitución en el portafolio de deuda pública a los recursos presupuestados para el Sistema General de Seguridad Social en Salud destinados al pago de acreencias de salud, a aquellos excedentes o no ejecutados ya comprometidos a esta misma destinación, pues no representan erogaciones de dinero ni cambios en la

Sistema General de Seguridad Social en Salud y trabajadores independientes, sean estas en dinero o en especie, por parte de las Entidades Promotoras de Salud, Instituciones Prestadoras de Salud, empresas farmacéuticas productoras, distribuidoras, comercializadoras u otros, de medicamentos, insumos, dispositivos y equipos, que no esté vinculado al cumplimiento de una relación laboral contractual o laboral formalmente establecida entre la institución y el trabajador de las entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹² Artículo 113 numeral 2.2. Recapitalización. La Recapitalización es una medida cautelar para evitar que las entidades sometidas al control y vigilancia de la Superintendencia Bancaria incurran en causal de toma de posesión de sus bienes, haberes y negocios, o para subsanarla. En el evento en que se establezca dicha medida, corresponderá a la Superintendencia Bancaria ordenar las recapitalizaciones correspondientes, de acuerdo con las disposiciones legales.

¹³ Lit. a) del artículo 113 Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

destinación aprobada en el Presupuesto General de la Nación.

A esta instancia es bueno precisar que según el Decreto 2681 de 1993, por medio del cual se reglamentan las operaciones de crédito público y de manejo de deuda pública, las operaciones de sustitución de deuda pública son “*aquellas en virtud de las cuales la entidad estatal contrae una obligación crediticia cuyos recursos se destinan a pagar de manera anticipada otra obligación ya vigente. Con la realización de estas operaciones no se podrá aumentar el endeudamiento neto y se deberán mejorar los plazos, intereses o las demás condiciones del portafolio de la deuda*”.

Y operaciones de crédito público “*los actos o contratos que tienen por objeto dotar a la entidad estatal de recursos, bienes o servicios con plazo para su pago o aquellas mediante las cuales la entidad actúa como deudor solidario o garante de obligaciones de pago. Dentro de estas operaciones están comprendidas, entre otras, la contratación de empréstitos, la emisión, suscripción y colocación de títulos de deuda pública, los créditos de proveedores y el otorgamiento de garantías para obligaciones de pago a cargo de entidades estatales*”.

Ahora bien, la competencia para aplicar la autorización se encuentra vigente y contenida en el artículo 11 de la Ley 1815 de 2016 (ley presupuesto vigencia 2017), pero es una norma pétrea de todas las leyes de presupuesto, tanto que sobre ella ya se ha realizado examen constitucional en el año 2010 (sentencia C-206 de 2012), y que en esta oportunidad es del siguiente tenor:

*“Artículo 11. Facúltase a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que realice en moneda nacional o extranjera las siguientes operaciones: **compra y venta de títulos valores emitidos por la Nación, el Banco de la República, Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin), entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia y otros gobiernos y tesorerías; compra de deuda de la Nación; compras con pacto de retroventa con entidades públicas y con entidades financieras sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia, dentro de los cupos que autorice el Ministro de Hacienda y Crédito Público; depósitos remunerados e inversiones financieras en entidades sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia Financiera de Colombia; depósitos a término y compras de títulos emitidos por entidades bancarias y financieras del exterior; inversiones en instrumentos del mercado monetario administrados por entidades financieras del exterior; operaciones de cubrimiento de riesgos; y las demás que autorice el Gobierno nacional; así mismo, préstamos transitorios a la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional del Ministerio***

de Hacienda y Crédito Público, reconociendo tasa de mercado durante el periodo de utilización, evento que no implica unidad de caja; y préstamos de títulos valores a la citada Dirección a tasas de mercado.

Adicionalmente, el artículo 346 de la Constitución Política admite como fuente del gasto el “servicio de deuda”, que evidentemente también se entiende para la deuda interna hacia entidades financieras. Para la crisis de liquidez del sector salud, la autorización para que el Gobierno nacional emita o active el servicio de deuda pública a los bancos de primer nivel es una gran ayuda para que las instituciones de salud puedan acceder a los recursos previstos para el pago de deuda desde la banca comercial.

Como ya lo indicamos, la ley de presupuesto 2017 en su artículo 4.º goza de un marco normativo cuya interpretación debe hacerse de manera sistemática y armónica con las reglas orgánicas del presupuesto¹⁴, nos encontramos el artículo 12 de la Ley 225 de 1995, modificatorio del artículo 61 de la Ley 179 de 1994, es preciso en indicar:

*“El Gobierno nacional queda autorizado para hacer **sustitución en el portafolio de deuda pública** siempre y cuando se mejoren los plazos, interés u **otras condiciones de la misma**. Estas operaciones solo requieren autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no afectarán el cupo de endeudamiento, no tendrán efectos presupuestales y no afectarán la deuda neta de la nación al finalizar la vigencia”.*

En desarrollo de esta autorización legal al Ministerio de Hacienda, este expidió el Decreto Único 1068 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, que en su numeral 2.2.1.1.3 indica:

*“Artículo 2.2.1.1.3. Operaciones de manejo de la deuda pública. Constituyen operaciones propias del manejo de la deuda pública **las que no incrementan el endeudamiento neto de la entidad estatal y contribuyan a mejorar el perfil de la deuda de la misma**. Estas operaciones, en tanto no constituyen un nuevo financiamiento, no afectan el cupo de endeudamiento.*

*Dentro de las anteriores operaciones se encuentran comprendidas, entre otras, la **refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión o intercambio, sustitución, compra y venta de deuda pública, los acuerdos de pago, el saneamiento de obligaciones crediticias, las operaciones de cobertura de riesgos, la titularización de deudas de terceros, las relativas al manejo de la liquidez de la Dirección General de***

¹⁴ Artículo 4.º Ley 1816 de 2016, establece normativo y complementario, esto es, la Ley 38 de 1989, Ley 179 de 1994, Decreto 111 de 1996, Ley 225 de 1995, Ley 819 de 2003, Ley 1473 de 2011 y Ley 1508 de 2012.

Crédito Público y Tesoro Nacional y todas aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.

Las operaciones de intercambio o conversión de deuda pública se podrán realizar siempre y cuando tengan por objeto reducir el valor de la deuda, mejorar su perfil o incentivar proyectos de interés social o de inversión en sectores prioritarios.

Parágrafo. Las operaciones que impliquen adición al monto contratado o incremento en el endeudamiento neto de la entidad deberán tramitarse conforme a lo dispuesto en el presente título para la contratación de nuevos empréstitos.

(Artículo 5.º Decreto 2681 de 1993).

Adicionalmente, en caso de que se estimara que la destinación de los recursos de excedentes o pago de acreencias se encuentra destinado como en efecto lo está, por leyes como la Ley 1608 de 2013, queremos indicar que si la Ley 1815 de 2016 en su artículo 21 prevé que “*Se podrán hacer distribuciones en el presupuesto de ingresos y gastos, sin cambiar su destinación, mediante resolución suscrita por el jefe del respectivo órgano*”¹⁵, lo que incluye la orientación de estos recursos hacia garantías que provean mejores condiciones de deuda en plazos y condiciones.

Como ya lo indicamos, la ley de presupuesto 2017 en su artículo 4.º goza de un marco normativo cuya interpretación debe hacerse de manera sistemática y armónica con las reglas orgánicas del presupuesto¹⁶, nos encontramos el artículo 12 de la Ley 225 de 1995 modificatorio del artículo 61 de la Ley 179 de 1994, es preciso en indicar:

“El Gobierno nacional queda autorizado para hacer sustitución en el portafolio de deuda pública siempre y cuando se mejoren los plazos, interés u otras condiciones de la misma. Estas operaciones solo requieren autorización del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, no afectarán el cupo de endeudamiento, no tendrán efectos presupuestales y no afectarán la deuda neta de la Nación al finalizar la vigencia”.

En desarrollo de esta autorización legal al Ministerio de Hacienda, este expidió el Decreto Único 1068 de 2015, “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Hacienda y Crédito Público”, que en su numeral 2.2.1.1.3 indica:

“Artículo 2.2.1.1.3. Operaciones de manejo de la deuda pública. Constituyen operaciones propias del manejo de la deuda pública las que no incrementan

el endeudamiento neto de la entidad estatal y contribuyan a mejorar el perfil de la deuda de la misma. Estas operaciones, en tanto no constituyen un nuevo financiamiento, no afectan el cupo de endeudamiento.

Dentro de las anteriores operaciones se encuentran comprendidas, entre otras, la refinanciación, reestructuración, renegociación, reordenamiento, conversión o intercambio, sustitución, compra y venta de deuda pública, los acuerdos de pago, el saneamiento de obligaciones crediticias, las operaciones de cobertura de riesgos, la titularización de deudas de terceros, las relativas al manejo de la liquidez de la Dirección General de Crédito Público y Tesoro Nacional y todas aquellas operaciones de similar naturaleza que en el futuro se desarrollen.

Las operaciones de intercambio o conversión de deuda pública se podrán realizar siempre y cuando tengan por objeto reducir el valor de la deuda, mejorar su perfil o incentivar proyectos de interés social o de inversión en sectores prioritarios.

Parágrafo. Las operaciones que impliquen adición al monto contratado o incremento en el endeudamiento neto de la entidad deberán tramitarse conforme a lo dispuesto en el presente título para la contratación de nuevos empréstitos.

(Artículo 5.º Decreto 2681 de 1993).

Por lo ya referido, no solo es completamente viable sino obligatorio por el costo de la deuda interna activar la autorización de sustitución en portafolio de deuda pública expresa en el sector salud –emisión de garantías, esto es, emisión de títulos de tesorería TES clase B y a efectuar operaciones de tesorería con excedentes de liquidez¹⁷– en mejores condiciones para incentivar **proyectos de interés social y de inversión en sectores prioritarios**. Lo contrario, es decir, continuar con la irresolutividad de la deuda pública de los recursos de salud, genera más costos financieros y de transacción que lo que puede generarse al otorgar aval para acceso a recursos de deuda pública.

Estos mecanismos, según criterio técnico del Gobierno nacional, pueden aplicarse a los recursos previstos para la subcuenta de solidaridad del Fosyga cuantificada en la Ley 1815 de 2016 en cinco billones aproximadamente (exactamente, \$ 5.130.234.000.000), como a los recursos no provenientes del presupuesto general de la nación directamente, pero que pertenecen al Sistema General de Participaciones, los mismos que en su destinación específica han recibido las siguientes orientaciones en virtud de la Ley 1608 de 2013, así:

¹⁵ La misma norma, por su sentido sustantivo dentro de las reglas orgánicas del presupuesto, fue declarada exequible en sentencia C-206 de 2012.

¹⁶ Artículo 4.º Ley 1816 de 2016, establece normativo y complementario, esto es, la Ley 38 de 1989, Ley 179 de 1994, Decreto 111 de 1996, Ley 225 de 1995, Ley 819 de 2003, Ley 1473 de 2011 y Ley 1508 de 2012.

¹⁷ ¹⁷ Aparte extraído de la intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público en el proceso de constitucionalidad de los artículos 6.º, 9.º y 11 de la Ley 1420 de 2010 que produjo la sentencia C-206 de 2012, los mismos sobre los cuales se basa el presente estudio.

- Saldos o excedentes de cuentas maestras del Régimen Subsidiado de Salud¹⁸, que orienta al pago de cartera de servicios no Pos a cargo de Deptos o distrito asumidos por IPS, sin importar fecha de causación de la obligación y para planes de saneamiento fiscal de ESE.
- Saldos o excedentes de aportes patronales orientados a cubrir la prestación de servicios en lo no cubierto con subsidios a la demanda girados y que no hayan sido facturados durante la vigencia 2012.
- Saldos o excedentes de rentas cedidas: Pago de deudas reconocidas del Régimen Subsidiado de Salud por las entidades territoriales en el marco de lo señalado en el artículo 275 de la Ley 1450 de 2011.

Como se indicó, los recursos del Fosyga de la vigencia de 2017 pueden ser empleados en los mecanismos de **aporte a capital** bajo el concepto de sustitución de portafolio de deuda pública, pues el artículo 5.º de la Ley 1608 de 2013 así la trata al indicar que dentro del saneamiento de deuda pública **del Régimen Subsidiado** se aplicarán recursos del Fosyga, incluso autorizando a Findeter a realizar disponer deudas de mediano y largo plazo, las mismas que mediante este análisis pueden ser respaldo – servicio de deuda– para que la banca comercial ofrezca recursos a las instituciones prestadoras.

• Previsiones del uso del giro directo

En los artículos 10, 11 y 12 se establecen medidas prácticas de la plataforma de giro directo como una medida que ha generado confianza entre los actores y que creemos que puede ser más eficaz para el flujo seguro y ágil de los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud.

Así, recogiendo la petición de las instituciones de primer nivel de atención donde se concentra la situación financiera más crítica, se permite el pago del 100% de la facturación por evento, pago global prospectivo o grupo diagnóstico. Y se aumenta del

¹⁸ Artículo 89 Ley 1485 de 2011. Aquellos departamentos, distritos y municipios que hayan asumido la prestación de servicios de salud a 31 de julio de 2001 de acuerdo con lo previsto en la Ley 715 de 2001 y sus reglamentos, que no hayan ejecutado en su totalidad los recursos para la cofinanciación del Régimen Subsidiado de las vigencias anteriores a 2012, de que trata el artículo 214 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 11 de la Ley 1122 de 2007, 34 de la Ley 1393 de 2010 y 44 de la Ley 1438 de 2011, y los recursos de que tratan los artículos 6.º y 8.º de la Ley 1393 de 2010, siempre que hayan garantizado la financiación de las deudas de los contratos de aseguramiento en los que concurren en su cofinanciación, podrán destinarlos en la vigencia 2012 para la financiación de servicios prestados a la población no afiliada a ningún régimen, para el pago de los servicios prestados a la población pobre en lo no cubierto con subsidios a la demanda y obligaciones derivadas de la liquidación de contratos de vigencias anteriores.

50 al 80% a los prestadores del resto de niveles de atención.

Por tanto, se expresa de manera contundente la aplicación de los pagos provenientes de la plataforma para que se empleen en el pago de las obligaciones laborales, seguidamente a prestadores y proveedores. Adicionalmente, teniendo en cuenta la antigüedad de la cartera que permita mantenerla actualizada.

Por tanto, ante la Secretaría del Senado procedemos a radicar la propuesta, de conformidad con los motivos que expresados y habida cuenta de la necesidad y conveniencia para el momento actual para que el Honorable Congreso de la República considere su texto e inicie el trámite legal y democrático pertinente.

Del señor Presidente,


ALVARO URIBE VÉLEZ
Senador


ANTONIO JOSÉ CORREA JIMÉNEZ
Senador


HONORIO HENRÍQUEZ PINEDO
Senador

ORLANDO CASTAÑEDA SERRANO
Senador

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General
(arts. 139 y ss. Ley 5.ª de 1992)

El día ... del mes de ... del año ... se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 90 de 2017 Senado, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por el ...

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el **Proyecto de ley número 90 de 2017 Senado**, por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia del aseguramiento en salud, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Álvaro Uribe Vélez*, *Antonio José Correa Jiménez*, *Honorio Henríquez Pinedo*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 16 de agosto de 2017

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Séptima Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Efraín José Cepeda Sarabia

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco

CONTENIDO

Gaceta número 713 - Viernes, 18 de agosto de 2017	
SENADO DE LA REPÚBLICA	
PÁGS.	
PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA	
Proyecto de ley estatutaria número 89 de 2017 Senado, por medio de la cual se modifica la Ley Estatutaria 1581 de 2012.....	1
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 88 de 2017 Senado, por medio de la cual se reglamenta la reproducción humana asistida, la procreación con asistencia científica y se dictan otras disposiciones.....	17
Proyecto de ley número 90 de 2017 Senado, por medio de la cual se adoptan medidas para la gestión y transparencia del aseguramiento en salud.....	27