



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA

www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXVIII - N° 403

Bogotá, D. C., viernes, 24 de mayo de 2019

EDICIÓN DE 20 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

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO TEXTO APROBADO EN SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 256 DE 2018 SENADO, 19 DE 2017 CÁMARA

por medio del cual se modifica la Ley 1355 de 2009 y se dictan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

HONORIO MIGUEL ENRÍQUEZ PINEDO

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Senado de la República

Congreso de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

Asunto: Comentarios al texto aprobado en segundo debate del Proyecto de ley número 256 de 2018 Senado, número 19 de 2017 Cámara, por medio del cual se modifica la Ley 1355 de 2009 y se dictan otras disposiciones.

Respetado Presidente:

De manera atenta se remiten los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al Proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

De acuerdo con el artículo 1° del Proyecto de ley¹, este tiene por objeto “Garantizar el acceso de los consumidores a la información sobre alimentación saludable, información en salud pública, participación ciudadana e información nutricional de productos alimenticios procesados y ultraprocesados, por medio del rotulado frontal e informativo, en el marco de la promoción de modos, condiciones y estilos de vida”.

El artículo 3° del Proyecto de ley sobre comunicación para la salud propone:

“**Artículo 3°.** El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, en coordinación con el Ministerio de Educación y el Ministerio de Salud y Protección Social, diseñarán herramientas pedagógicas tales como cartillas, páginas web, aplicaciones para dispositivos móviles y demás herramientas que brinden las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), con información sobre las causas y la prevención de las ENT.

Todas las instituciones educativas, tanto públicas como privadas, deberán hacer uso de las herramientas pedagógicas de que trata este artículo; y en el marco de la semana de hábitos de vida saludable, se deberán realizar campañas de prevención de las ENT.

(...)”.

Así mismo, el artículo 4° del Proyecto de ley sobre programas de comunicación para la salud en medios de comunicación a cargo de la Nación propone:

“**Artículo 4°.** Programas de comunicación para la salud en medios de comunicación a cargo de la Nación. La Autoridad Nacional de Televisión destinará en forma gratuita y rotatoria espacios para la utilización por parte de las entidades públicas, con el propósito de emitir mensajes de promoción de hábitos de vida saludable en la franja infantil y horario triple A en televisión por los medios ordinarios y canales por suscripción. De igual manera se deberá realizar la destinación de espacios que estén a cargo de la nación para la difusión del mismo tipo de mensajes por emisoras radiales.

Parágrafo. El Ministerio de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones o quien haga sus veces vigilará el cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley.”

¹ Texto en gaceta de publicación. *Gaceta del Congreso* número 987 de 2017.

Respecto de las anteriores propuestas, sea lo primero resaltar el concepto emitido por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) sobre este Proyecto de ley en el cual manifestó:

“El ICBF con el fin de garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, en su estrategia de información, educación y comunicación, realiza acciones permanentes de actualización y difusión de las herramientas de seguridad alimentaria y nutricional, las cuales permiten fijar principios y orientaciones alimentarias y nutricionales con el objetivo de asegurar que la población adopte una alimentación balanceada y hábitos saludables de vida.

Dentro de estas herramientas el Instituto cuenta con las recomendaciones de ingesta de energía y nutrientes, las guías alimentarias basadas en alimentos para la población colombiana, la Tabla de composición de alimentos colombianos, la Hoja de balance de alimentos para Colombia y el Lineamiento nacional de educación alimentaria y nutricional (...)” (Subrayado fuera del original)².

En vista de que las anteriores herramientas con las que cuenta el ICBF no resultan suficientes para cubrir el alcance de esta iniciativa legislativa, en aras de la divulgación y promoción de la seguridad alimentaria y nutricional. Este Ministerio observa que sería necesario que las nuevas herramientas propuestas por el Proyecto de ley fueran cubiertas por cada entidad que está involucrada en la seguridad alimentaria y nutricional, por medio de los recursos presupuestales con los que dispone actualmente, de lo contrario, se requerirían erogaciones adicionales con cargo a recursos del Presupuesto General de la Nación.

Sobre este particular, el Proyecto de ley no realiza un estudio del impacto fiscal frente a los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingresos adicionales para el financiamiento de dichos costos, En ese orden, se hace necesario citar el artículo 7° de la Ley 819 de 2013³, que dispone:

“Artículo 7°. Análisis del impacto fiscal de las normas. En todo momento, el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que otorgue beneficios tributarios, deberá hacerse explícito y deberá ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

Para estos propósitos, deberá incluirse expresamente en la Exposición de Motivos y en las ponencias de trámite respectivas los costos fiscales de la iniciativa y la fuente de ingreso adicional generada para el financiamiento de dicho costo.

*El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en cualquier tiempo durante el respectivo trámite en el Congreso de la República, deberá rendir su concepto frente a la consistencia de lo dispuesto en el inciso anterior. En ningún caso este concepto podrá ir en contravía del Marco Fiscal de Mediano Plazo. Este informe será publicado en la **Gaceta del Congreso**.*

² Comunicación enviada a la Comisión Séptima de la Cámara de Representantes el 30 de noviembre de 2017.

³ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Los proyectos de ley de iniciativa gubernamental, que planteen un gasto adicional o una reducción de ingresos, deberán contener la correspondiente fuente sustitutiva por disminución de gasto o aumentos de ingresos, lo cual deberá ser analizado y aprobado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

En las entidades territoriales, el trámite previsto en el inciso anterior será surtido ante la respectiva Secretaría de Hacienda o quien haga sus veces”. (Subrayado fuera del texto).

Adicionalmente, los artículos 10 y 12 de la iniciativa disponen:

Artículo 10. Promoción de modos, condiciones y estilos de vida saludable en el entorno educativo público y privado. *En el entorno educativo público y privado de educación preescolar, básica primaria y educación media se deberá:*

- a) *Garantizar la oferta de alimentos saludables y naturales, mediante la implementación de tiendas escolares saludables;*
- b) *Realizar campañas informativas y educativas incentivando al consumo de alimentos saludables;*

(...)

Artículo 12. Actividad física. *Con la finalidad de promover hábitos de vida saludable en los niños, niñas y adolescentes, el Ministerio de Educación diseñará programas en los centros educativos públicos y privados de educación preescolar, básica primaria, y educación media en los que como mínimo se realice actividad física de 30 minutos diarios a los estudiantes dentro de la jornada escolar.*

Parágrafo 1°. *Las instituciones educativas, centros educativos públicos y privados de educación preescolar, básica primaria, y educación media deberán diseñar estrategias para promover que el recreo o los recreos establecidos sean un espacio para realizar actividad física moderada o intensa por parte de los estudiantes de la institución. Estas actividades incluyen ejercicio de fuerza con su propio peso y de resistencia aeróbica. Estas estrategias deben ser diseñadas por profesores idóneos y capacitados para tal fin”.*

Al respecto, es importante considerar que los artículos 3° al 5° de la Ley 1355 de 2009⁴ disponen que el Estado, por medio de diferentes entidades, promoverá políticas de seguridad alimentaria y nutricional y de actividad física, complementadas con estrategias de comunicación, educación e información. Dado lo anterior, en los establecimientos educativos públicos y privados donde se ofrecen alimentos para el consumo de los estudiantes, se ha venido garantizando la disponibilidad de frutas y verduras, se ha promovido el incremento y calidad de las clases de educación física con personal idóneo y se han aunado esfuerzos entre el Ministerio de Educación Nacional (MEN) y

⁴ “Por medio de la cual se define la obesidad y las enfermedades crónicas no transmisibles asociadas a esta como una prioridad de salud pública y se adoptan medidas para su control, atención y prevención”.

el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) para establecer lineamientos para la implementación de tiendas escolares saludables. Igualmente, el MEN con el apoyo de organismos multilaterales diseñó una estrategia de Estilos de Vida Saludables que brinda a las instituciones educativas herramientas pedagógicas para trabajar el desarrollo de la actividad física, tanto en el aula y como en familia.

Finalmente, es importante mencionar que la legislación vigente prevé disposiciones relacionadas con el objeto de esta iniciativa, de suerte que no sería necesario legislar nuevamente sobre la misma materia y, en caso de hacerlo, se tendría que ajustar a las disponibilidades presupuestales de cada entidad involucrada en la ejecución de la política pública, tal como lo ha dispuesto la Ley 819 de 2013:

“Artículo 39. Los gastos autorizados por leyes preexistentes a la presentación del proyecto anual del Presupuesto General de la Nación, serán incorporados a este, de acuerdo con la disponibilidad de recursos, y las prioridades del Gobierno, si corresponden a funciones de órganos del nivel nacional y guardan concordancia con el Plan Nacional de Inversiones, e igualmente las apropiaciones a las cuales se refiere el parágrafo único del artículo 21 de la Ley 60 de 1993”. (Subrayado fuera del original).

En ese sentido, la Corte Constitucional, precisó:

*“la aprobación legislativa de un gasto es condición necesaria pero no suficiente para poder llevarlo a cabo, (...) igualmente corresponde al Gobierno decidir libremente qué gastos ordenados por las leyes se incluyen en el respectivo proyecto de presupuesto (artículo 346 C.P.)”*⁵.

Por todo lo expuesto, esta Cartera se abstiene de emitir concepto favorable a la iniciativa del asunto, no sin antes manifestar muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa en los términos de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,


JUAN ALBERTO LONDOÑO MARTÍNEZ
Viceministro General

Con copia a:

Honorable Senadora Angélica Lisbeth Lozano Correa - Autora

Honorable Senadora Nadia Georgette Blel Scaf - Autora y ponente

Honorable Senadora Laura Ester Fortich Sánchez - Ponente

Honorable Senador Fabián Gerardo Castillo Suárez - Ponente

Doctor Jesús María España Vergara - Secretario General Comisión Séptima del Senado de la República

LA COMISIÓN SÉPTIMA
CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL
HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintitrés (23) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República.

Concepto: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Refrendado por: doctor Juan Alberto Londoño Martínez - Viceministro General

Al Proyecto de ley número 256/2018 Senado, 019/2017 Cámara

Título del proyecto: *“por medio del cual se modifica la Ley 1355 de 2009 y se dictan otras disposiciones”*.

Número de folios: cinco (5) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado.

Día: jueves veintitrés (23) de mayo de 2019.

Hora: 9:00 a. m.

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

El Secretario,


JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
Secretario Comisión Séptima

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DE MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO TEXTO APROBADO EN SEGUNDO DEBATE DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 266 DE 2019 SENADO, 27 DE 2018 CÁMARA

por medio de la cual se modifica la Ley 1388 de 2010, se establecen medidas para garantizar la prestación de los servicios de salud oncopediátrica y se declara urgencia médica la atención integral a los menores con cáncer y se dictan otras disposiciones – Ley Jacobo.

1.1 Oficina Asesora de Jurídica

Bogotá, D. C.

Honorable Congresista

HONORIO MIGUEL HENRÍQUEZ PINEDO

Comisión Séptima Constitucional Permanente

Senado de la República

Congreso de la República

Ciudad

Asunto: Comentarios al texto aprobado en segundo debate del Proyecto de ley número 266

⁵ CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA Sentencia C-157 de 1998. M. P. Antonio Barrera Carbonell.

de 2019 Senado, 27 de 2018 Cámara, por medio de la cual se modifica la Ley 1388 de 2010, se establecen medidas para garantizar la prestación de los servicios de salud oncopediátrica y se declara urgencia médica la atención integral a los menores con cáncer y se dictan otras disposiciones – Ley Jacobo.

Respetado Presidente:

De manera atenta se presentan los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al texto aprobado en segundo debate del Proyecto de ley del asunto en los siguientes términos:

El proyecto de ley de iniciativa parlamentaria tiene por objeto establecer medidas puntuales e inmediatas para hacer efectivo el derecho a la salud de los menores de 18 años con cáncer, o con presunción de esta enfermedad, de forma que se les garantice el acceso de manera prioritaria a los servicios asistenciales de salud oncopediátrica. Asimismo, busca fortalecer el apoyo social para esta población.

Sobre la atención prioritaria de los menores con cáncer, el artículo 3° del proyecto define como urgencia médica la atención integral del cáncer en niños, niñas y adolescentes y elimina las autorizaciones para acceder a los servicios de salud por parte de las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios.

Al respecto, este Ministerio considera que la eliminación de las autorizaciones puede restringir a las Empresas Promotoras de Salud (EPS) para organizar y articular la red de servicios de salud con el fin de garantizar a los usuarios el acceso efectivo y de calidad en la prestación de los servicios de salud. Adicionalmente, la eliminación de autorizaciones limitaría la gestión del riesgo financiero y en salud por parte de las EPS, funciones que, de acuerdo con la Ley 1122 de 2007¹, son propias e indelegables del aseguramiento en salud². La propuesta podría ocasionar que, por tratarse de urgencias médicas, cualquier prestador que tenga habilitados servicios de oncología atienda a los pacientes sin tener en consideración elementos necesarios como la tarifa al momento de aplicarla a los servicios que se presten.

De otro lado, el artículo 5°, sobre servicios de apoyo social, pretende que los sujetos objeto de la iniciativa y al menos un familiar o acudiente de los mismos cuenten con servicios de un Hogar de Paso, pago del costo de desplazamiento, apoyo psicosocial, escolar, apoyo nutricional, orientación en ruta de atención, consulta social y articulación con redes de apoyo de acuerdo con sus necesidades, certificadas por el Trabajador Social, Psicólogo o responsable del centro de atención a cargo del menor, con cargo

a los recursos que administra la Administradora de los Recursos de la Seguridad Social (ADRES).

En primer lugar, esta propuesta es contraria a lo dispuesto por la Ley Estatutaria de Salud - Ley 1751 de 2015, en particular los artículos 9³ y 15⁴, los cuales establecen la prohibición de la financiación de determinantes sociales de la salud con los recursos destinados al pago de los servicios y tecnologías de salud; y la prohibición de prestación de servicios y tecnologías que cumplan con los criterios de exclusión allí determinados, dentro de los cuales se encuentran “(...) *Que tengan como finalidad principal un propósito (...) suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas (...)*”. En ese orden, no podrían financiarse, con cargo a recursos públicos, servicios destinados a personas distintas al paciente.

Asimismo, el artículo 12 de la Ley Estatutaria de Salud - Ley 1751 de 2015 dispone que el establecimiento de los contenidos o exclusiones de

³ Artículo 9°. Determinantes sociales de salud. Es deber del Estado adoptar políticas públicas dirigidas a lograr la reducción de las desigualdades de los determinantes sociales de la salud que incidan en el goce efectivo del derecho a la salud, promover el mejoramiento de la salud, prevenir la enfermedad y elevar el nivel de la calidad de vida. Estas políticas estarán orientadas principalmente al logro de la equidad en salud.

El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directo en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados.

Parágrafo. Se entiende por determinantes sociales de salud aquellos factores que determinan la aparición de la enfermedad, tales como los sociales, económicos, culturales, nutricionales, ambientales, ocupacionales, habitacionales de educación y de acceso a los servicios públicos, los cuales serán financiados con recursos diferentes a los destinados al cubrimiento de los servicios y tecnologías de salud.

⁴ Artículo 15 (...) En todo caso los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías en los que se advierta alguno de los siguientes criterios:

- a) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- b) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- c) Que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- d) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- e) Que se encuentren en fase de experimentación;
- f) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Los servicios o tecnologías que cumplan con esos criterios serán **explícitamente excluidos por el Ministerio de Salud y Protección Social o la autoridad competente que determine la ley ordinaria, previo un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente.** En cualquier caso, se

¹ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

² Artículo 14. Organización del Aseguramiento. Ley 1122 de 2007.

los planes integrales de salud deberán cumplir con un **procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente**⁵. Por lo tanto, en atención a la especial jerarquía constitucional que tiene Ley Estatutaria de Salud - Ley 1751 de 2015⁶, no se considera conveniente que por la vía legislativa ordinaria se establezcan los contenidos del plan integral de salud, una vez que en el marco institucional colombiano dicha labor corresponde al Ministerio de Salud y de la Protección Social. En cuanto a la especial jerarquía que revisten las leyes estatutarias frente a las leyes ordinarias, la Corte Constitucional en Sentencia C-439 de 2016 señaló:

“Al respecto, es importante destacar que la relación existente entre las leyes especiales y las leyes ordinarias, permite inferir que las primeras, dada su particular caracterización constitucional, actúan en realidad como parámetro general de las segundas, lo que a su vez justifica la supremacía de las leyes especiales frente a las leyes ordinarias. Tal

deberá evaluar y considerar el criterio de expertos independientes de alto nivel, de las asociaciones profesionales de la especialidad correspondiente y de los pacientes que serían potencialmente afectados con la decisión de exclusión. (Negrita fuera de texto original).

⁵ Sentencia C-313 de 2014 “El inciso 3° del artículo en estudio prescribe que los servicios y tecnologías que cumplan con tales criterios serán excluidos por la autoridad competente previo un procedimiento participativo. Además, establece el deber de contar con expertos y prohíbe el fraccionamiento de un servicio previamente cubierto para el Tribunal Constitucional, esta preceptiva resulta constitucional, pues, de un lado, es compatible con el postulado de la participación ya revisado en el artículo 12 del Proyecto y de otro, resulta ajustado al principio de integralidad, avalado por esta Corporación al pronunciarse sobre el artículo 8° del Proyecto, dado que se proscribió el fraccionamiento de un servicio de salud previamente cubierto”.

⁶ Sentencia C-238 de 2010. Corte Constitucional. En un informe jurisprudencia la Corte Constitucional ha señalado que la revisión de constitucionalidad de asuntos sometidos a su competencia no solo se realiza frente al texto formal de la Constitución Política y aquellas disposiciones que tengan rango constitucional según lo haya señalado la propia Constitución (bloque de constitucionalidad *stricto sensu*) sino que dicha revisión también es posible con base en normas que son parámetros válidos para analizar la constitucionalidad de disposiciones sometidas a su control. (Bloque de constitucionalidad *lato sensu*).

En este orden de ideas, y acorde con la jurisprudencia constitucional, hacen parte del bloque de constitucionalidad -sentido lato- los tratados internacionales de que trata el artículo 93 de la Constitución, las leyes orgánicas y **las leyes estatutarias** en algunas ocasiones. Así las cosas, **los contenidos normativos referidos son parámetros de validez constitucional para confrontar normas de inferior jerarquía, y en consecuencia ante contradicción evidente entre estas y aquellas, la Corte debe optar por retirarlas del ordenamiento jurídico**. Sin embargo, su interpretación debe realizarse acorde y sistemáticamente con toda la Constitución con el propósito de que se realice una integración normativa constitucional que permita resguardar la integridad de la Carta”. (Negrita fuera de texto).

supremacía se ve materializada en la imposibilidad de que estas últimas puedan modificar o derogar materias de ley orgánica o estatutaria, o invadir su órbita de competencia, pues estarían contrariando los dictados de una norma que se ha expedido mediante el trámite especial que la propia Constitución ha previsto para ello”. (Negrita fuera de texto).

En segundo lugar, esta iniciativa desconoce lo dispuesto en el artículo 76 de la Ley 715 de 2001⁷, norma de carácter orgánico que asigna como competencias de los municipios establecer programas de apoyo integral a grupos de población vulnerable, como la población infantil, con cargo a “*recursos propios, del Sistema General de Participaciones u otros recursos*”. La jurisprudencia de la Corte ha sido enfática sobre la especial naturaleza de las leyes orgánicas, señalando lo siguiente:

“Las leyes orgánicas, dada su propia naturaleza, tienen un rango superior frente a las demás leyes, por consiguiente, imponen sujeción a la actividad ordinaria del Congreso. Sin embargo, no alcanzan la categoría de normas constitucionales (CP artículo 151), comoquiera que se orientan a organizar aquello que previamente ha sido constituido en la Carta Fundamental. Su importancia está reflejada en la posibilidad de condicionarla expedición de otras leyes al cumplimiento de ciertos fines y principios, a tal punto que llegan a convertirse en verdaderos límites al procedimiento legislativo ordinario y a la regla de mayoría simple, que usualmente gobierna la actividad legislativa”. (Negrita fuera de texto)⁸.

Finalmente, considerando que la Ley 1388 de 2010⁹ ya establece una política pública orientada a garantizar la atención en salud de los menores de edad con cáncer, disminuir la incidencia, morbilidad, mortalidad y mejorar su calidad de vida, lo previsto en este artículo del proyecto es innecesario.

En cuanto al impacto fiscal de la iniciativa, es importante recordar que el Sistema de Salud cubre el diagnóstico y/o el tratamiento de los servicios y tecnologías de salud requeridas por los menores de 18 años con cáncer o presunción de esta enfermedad, salvo los servicios de apoyo social, tales como el transporte, alojamiento y manutención para el acompañante, apoyo educativo, auxilios funerarios y de arrendamiento, los cuales, como se señaló, no pueden ser cubiertos con los recursos del sistema de salud¹⁰.

⁷ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de recursos y competencias de conformidad con los artículos 151, 288, 356 y 357 (Acto Legislativo 01 de 2001) de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones para organizar la prestación de los servicios de educación y salud, entre otros.

⁸ Sentencia C - 053 de 2019, Corte Constitucional.

⁹ Por el derecho a la vida de los niños con cáncer en Colombia.

¹⁰ La misma Ley Estatutaria dispone respecto de los determinantes sociales de la salud, que “...El legislador creará los mecanismos que permitan identificar situaciones o políticas de otros sectores que tienen un impacto directa en los resultados en salud y determinará los procesos para que las autoridades del sector salud participen en

A partir del costo de cada uno de los servicios de apoyo social que se garantizarían con el artículo 5° del proyecto, se puede hacer un estimativo del valor que implicaría el proyecto. El costo de estos servicios depende de las características de los mismos, por ejemplo, el transporte, alojamiento y manutención para el acompañante puede variar entre \$1 millón si el transporte es terrestre y \$1,1 millones si es aéreo¹¹. El costo total anual de este servicio para los acompañantes de los menores con cáncer estaría en un rango de alrededor de \$5.100 millones a \$5.600 millones, considerando un total de 4.925 menores de 18 años con esta enfermedad¹².

Ahora bien, frente a la estimación del costo que implicarían los gastos de arriendo a favor de los menores con cáncer, se asimiló el costo que implicaría este tipo de apoyo social al valor del subsidio que la Unidad Nacional para la Gestión de Riesgo de Desastres (UNGRD) entregó en 2017, esto es “*subsidios de arriendo por 250 mil pesos mensuales durante tres meses para todas las personas damnificadas*”¹³ por la tragedia invernal de la ciudad de Mocoa, lo equivalente a un subsidio de \$750.000. Bajo ese supuesto, el costo total anual por beneficiario del auxilio de arrendamiento sería de \$750.000, para el total de niños con cáncer el costo anual de la medida ascendería a alrededor de \$3.700 millones. A continuación, en la siguiente tabla se discriminan cada uno de estos costos.

Tabla 1

Beneficio	Valor (millones de pesos corrientes 2019)	Potencial beneficiarios	Total costo (millones de pesos corrientes 2019)
Transpone sin tiquetes aéreos	1,0	4.925	5.145
Transpone con tiquetes aéreos	1,1	4.925	5.593
Gastos arriendo	8,3	4.925	3.694
Costo total 2019 sin tiquetes aéreos			8.839
Costo total 2019 con tiquetes aéreos			9.287

Fuente: Dirección General de la Regulación Económica de la Seguridad Social del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Según los supuestos señalados, se estima que el proyecto de ley generaría un impacto fiscal anual de entre \$8.800 millones y \$9.300 millones. Lo anterior, sin tener en cuenta el costo de los demás servicios y apoyos que el proyecto establece.

Adicional a este costo, se debe considerar la capacidad de pago de las familias de los niños con cáncer con el propósito de beneficiar a quienes no

tienen los ingresos para cubrir los costos asociados con la enfermedad. Debido a que el sistema de salud, por Ley Estatutaria, no puede incurrir en el pago de estos servicios sociales, y que los determinantes de la salud implican la provisión de servicios de carácter regional y/o local, el impacto fiscal del proyecto debería ser asumido con la concurrencia de las entidades territoriales¹⁴.

Finalmente, se encuentra que la iniciativa legislativa no consulta los postulados constitucionales que ordenan tener en cuenta el principio de sostenibilidad fiscal, conforme al Acto Legislativo 03 de 2011¹⁵, ni las disposiciones de carácter orgánico y estatutario sobre transparencia fiscal y estabilidad macroeconómica, esto es la Ley 1751 de 2015¹⁶ y la Ley 819 de 2003¹⁷. En relación con esta última norma, este proyecto de ley incumple con el mandato que dispone el artículo 7°, consistente en que el impacto fiscal de cualquier proyecto de ley, ordenanza o acuerdo, que ordene gasto o que genere beneficios tributarios, **debe hacerse explícito y debe ser compatible con el Marco Fiscal de Mediano Plazo**.

Por todo lo expuesto, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley del asunto, no sin antes manifestar la disposición de colaborar con la actividad legislativa dentro de los parámetros constitucionales y legales de disciplina fiscal vigente.

Cordialmente,



LUIS ALBERTO RODRÍGUEZ OSPINO
Viceministro Técnico

Con copia a:

Honorable Senadora Emma Claudia Castellanos - Autora

Honorable Representante Ángela Patricia Sánchez Leal – Autora.

Jesús María España - Secretario General de la Comisión Séptima de Senado.

LA COMISIÓN SÉPTIMA
CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL
HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintitrés (23) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019)

En la presente fecha se autoriza la publicación en *Gaceta del Congreso* de la República.

la toma de decisiones conducentes al mejoramiento de dichos resultados...”. Lo anterior implica la concurrencia financiera de los distintos niveles de Gobierno, nacional, regional y local, para lograr el cubrimiento de los servicios complementarios que no hacen parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

¹¹ Registro de los recobros para el paciente observados para el año 2016.

¹² Informe de la cuenta de alto costo acerca del cáncer infantil en 2016.

¹³ <http://es.presidencia.gov.co/noticia/170401-Amplio-programa-de-ayuda-para-tragedia-invernal-de-Mocoa-fue-activado-por-el-Jefe-del-Estado>

¹⁴ Ley 715 de 2001.

¹⁵ Por el cual se establece el principio de sostenibilidad fiscal.

¹⁶ Artículo 6°. *Elementos y principios del derecho fundamental a la salud*. (...) i) **Sostenibilidad**. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal.

¹⁷ Por la cual se dictan normas orgánicas en materia de presupuesto, responsabilidad y transparencia fiscal y se dictan otras disposiciones.

Concepto: Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Refrendado por: doctor Luis Alberto Rodríguez – Viceministro Técnico.

Al Proyecto de ley número 266/2018 Senado y 027/2018 Cámara

Título del proyecto: “*por medio de la cual se establecen medidas para garantizar la prestación de servicios de salud oncopediátrica y se declara urgencia médica la atención integral a los menores con cáncer y se dictan otras disposiciones -Ley Jacobo-*”

Número de folios: seis (6) folios

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado:

Día: Jueves veintitrés (23) de mayo de 2019

Hora: 9:00 a. m.

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

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
Secretario Comisión Séptima

* * *

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 233 DE 2019 SENADO

por medio del cual se racionalizan trámites en el sector salud, a través de la creación de la Historia Clínica Electrónica Única y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C.

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Comisión Séptima Constitución

Senado de la República

Carrera 7ª N.º 8-68

Bogotá, D. C.

Asunto: Concepto sobre el Proyecto de ley número 233 de 2019 Senado, por medio del cual se racionalizan trámites en el sector salud, a través de la creación de la Historia Clínica Electrónica Única y se dictan otras disposiciones.

Señor Secretario:

Teniendo en cuenta que la iniciativa de la referencia está pendiente de surtir primer debate en esa Corporación, se hace necesario emitir el concepto institucional desde la perspectiva del Sector Salud y Protección Social. Para tal cometido,

se toma como fundamento el texto publicado en la *Gaceta del Congreso* número 098 de 2019.

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

1. CONTENIDO

Se trata de una propuesta que está estructurada en 5 capítulos y 17 artículos, así:

- 1.1. El capítulo I, *comprende el objeto (art. 1°), creación y administración (art. 2°), sujetos obligados (art. 3°), guarda y custodia (art. 4°)*. Se destaca la atribución a este Ministerio para crear la historia clínica electrónica única en el término de 24 meses contados a partir de la entrada en vigencia de la ley.
- 1.2. El capítulo II, *alude a la titularidad (art. 5°), estipulando que dicho documento pertenece a la persona y su accesibilidad debe contar con el consentimiento de esta. Igualmente, se establece la autorización a terceros (art. 6°)*.
- 1.3. El capítulo III, *está asociado con el contenido (art. 1°), gratuidad (art. 8°) y autenticidad (art. 9°)*.
- 1.4. El capítulo IV, *relativo a instituciones avaladas, identifica un requisito de habilitación y permanencia para las entidades (art. 10)*.
- 1.5. El capítulo V, *sobre disposiciones generales, incluye el límite en la reglamentación (art. 11), los reportes obligatorios de salud pública (art. 12), pago de medicamentos, procedimientos y otros servicios (art. 13), la prohibición de divulgar datos (art. 14), seguridad cibernética y habeas data (art. 15), financiación (art. 16) y se finaliza con el precepto de vigencia (art. 17)*.

2. CONSIDERACIONES

2.1. La regulación de la historia clínica

La historia clínica es un aspecto central en cualquier sistema de salud. Históricamente, ha estado relacionada con el acto médico como una forma de determinar la condición de un paciente, el diagnóstico y el pronóstico y demás datos relevantes en salud. Este registro constituye, sin duda alguna, un elemento básico en la atención y resulta ser un presupuesto indispensable para una atención integral. Acorde con la literatura, “*a partir de la segunda mitad del siglo XX se convirtió en el vínculo directo entre los usuarios y el hospital, en la atención primaria se le denomina historia de salud*”¹.

¹ Maritza Alcaraz Agüero *et al*, MEDISAN 2010; 14(7):1017, pág. 2.

En relación con sus características, se ha indicado:

“[...] La historia clínica es una de las formas de registro del acto médico, cuyas cuatro características principales se encuentran involucradas en su elaboración y son: profesionalidad, ejecución típica, objetivo y licitud. La profesionalidad se refiere a que solamente el profesional de la medicina puede efectuar un acto médico, pues en esencia son los médicos quienes están en capacidad de elaborar una buena historia clínica. La ejecución es típica cuando se hace conforme a la denominada *lex artis ad hoc*, debido a que la medicina siempre se ejerce de acuerdo con las normas de excelencia de ese momento, a pesar de las limitaciones de tiempo, lugar y entorno. El objetivo de ayuda al enfermo se traduce en aquello que se transcribe en la historia. La licitud se debe a que la misma norma jurídica respalda a la historia clínica como documento indispensable”².

En este sentido y por su importancia como registro, es plenamente comprensible que el legislador haya regulado varios aspectos de la misma. Es así como el artículo 34 de la Ley 23 de 1981 define la historia clínica en los siguientes términos:

“La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”.

Atendiendo a su relevancia, el artículo 10 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 establece como derechos de las personas, entre otros, los que a continuación se describen:

- “g) A que la historia clínica sea tratada de manera confidencial y reservada y que únicamente pueda ser conocida por terceros, previa autorización del paciente o en los casos previstos en la ley [...];
- k) A la intimidad. Se garantiza la confidencialidad de toda la información que sea suministrada en el ámbito del acceso a los servicios de salud y de las condiciones de salud y enfermedad de la persona, sin perjuicio de la posibilidad de acceso a la misma por los familiares en los eventos autorizados por la ley o las autoridades en las condiciones que esta determine; [...]”.

Por su parte, el Decreto 780 de 2016, único del sector salud y protección social, prevé el acceso y usos de la historia clínica.

Finalmente, la Resolución 1995 de 1999 de este Ministerio, modificada por la Resolución 839 de 2017, regula lo relativo a las características de la historia clínica, su diligenciamiento, organización y manejo del archivo, entre otros aspectos.

De las normas señaladas anteriormente, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

- i. *La historia clínica es parte del acto médico.* Dicho acto no se refiere exclusivamente a la acción del servicio profesional dado a un paciente; este también incluye la obligación de registrarlo o documentarlo en la historia clínica (acto médico documental), el cual es de carácter obligatorio (Cfr.: art. 34 de la Ley 23 de 1981, Decreto 780 de 2016 y Resolución 1995 de 1999).
- ii. *Es elemento probatorio de primer orden.* La prueba fundamental de todos los procesos de responsabilidad por servicios de salud es la historia clínica. De esta se obtienen también las bases para otros elementos probatorios tales como los peritajes médico-legales, los comités de calidad *ad hoc* y los conceptos de expertos. Su no realización se considera una falta del profesional, que impide sustentar los alegatos de exoneración en su defensa.
- iii. *Pertenece al paciente.* Aunque el médico tiene la autoría intelectual de la historia clínica, esta es propiedad del paciente. La historia clínica puede utilizarse como material de consulta y apoyo a trabajos médicos, con sujeción a los principios del secreto profesional y de la propiedad intelectual. El paciente puede autorizar a la persona que desee, para que tenga acceso a su historia clínica en forma expresa y por escrito.
- iv. *Custodia de la historia clínica.* La institución o prestador del servicio de salud está en la obligación de custodiar la historia clínica en forma organizada y tenerla disponible en cualquier momento. La entrega de copias al paciente se realizará cuando lo solicite.
- v. *El archivo debe establecerse en tres tipos.* 1) De gestión, con 5 años desde la última atención. 2) Central, cuando se ha sobrepasado más de 5 años sin ingresar nueva información, y 3) histórico de conservación permanente para casos con valor especial. La historia clínica debe conservarse por un período mínimo de 15 años a partir de la última atención, salvo las que tengan que ver con delitos de lesa humanidad o tengan un valor histórico (Resolución 839 de 2017).

2.2. Aspectos generales sobre el proyecto de ley

2.2.1. Validez probatoria

La validez probatoria de los mensajes de datos se encuentra desarrollada en la Ley 527 de 1999, a través de las manifestaciones de equivalencia funcional, descritas en los artículos 6° a 12 de la citada norma. También allí se encuentran definidos los requerimientos de carácter técnico y jurídico para que cualquier documento electrónico tenga plena validez.

Adicionalmente, los artículos 10 y 11 de la referida ley, establecen la validez jurídica y probatoria de un documento electrónico, norma

² Fernando Guzmán & Carlos Alberto Arias, “La historia clínica: elemento fundamental del acto médico”, en *Revista Colombiana de Cirugía*, 2012:27 (15-24), pág. 15.

que también es aplicable a la operación de registros públicos, por expresa remisión de la Ley 1429 de 2010 y del Decreto Ley 019 de 2012. Asimismo, también señala que además de la sana crítica como principio de apreciación probatoria, las autoridades judiciales o administrativas (entre las que se incluye la Superintendencia Nacional de Salud) tendrán en cuenta los atributos de autenticidad, integridad y disponibilidad.

Por lo anterior, la pretendida desmaterialización de la información que establece el proyecto de ley, deberá incorporar en los correspondientes registros electrónicos, las medidas tecnológicas que permitan derivar los antedichos atributos de seguridad técnica y jurídica.

Es importante además determinar que, siendo una función pública la que desarrollan los prestadores de servicios de salud, es aplicable la Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA). El artículo 57 de dicha norma dispone que el acto administrativo electrónico debe asegurar la autenticidad, integridad y disponibilidad.

En consecuencia, los registros de las actuaciones inscritas en la historia clínica en medios electrónicos deben permitir que: i) el mensaje de datos o información electrónica garantice la autoría de quien realiza la operación, lo que se desarrolla a través del mecanismo de firma electrónica o firma digital, dependiendo del tipo de actuación que se pretenda inscribir electrónicamente; ii) el *log* o registro electrónico de la inscripción en el sistema de historia clínica electrónica debe garantizar su integridad y deben implementarse medidas tecnológicas que permitan verificar cualquier tipo de alteración a lo largo del período de conservación, para lo cual se sugiere la incorporación del mecanismo de estampa cronológica emitida por una entidad de certificación digital; y iii) deberá garantizarse de esos *log* o registros electrónicos su posterior consulta, lo cual implica definir las condiciones idóneas de gestión documental electrónica para ese tipo de información.

Igualmente, deberá tenerse en cuenta los procesos de desmaterialización y de inmaterialización de los documentos electrónicos sobre los que debe establecerse la capacidad operativa y financiera de las entidades para abordar proyectos de esta magnitud y los costos.

2.2.2. Riesgos asociados al uso de medios electrónicos

El uso de canales electrónicos conlleva el análisis de los riesgos que pueden presentarse y entre los cuales se destacan los siguientes:

a. Suplantación: se configura cuando se está en presencia de canales electrónicos de comunicación, como lo es la red pública de internet, existe un alto riesgo de que la persona con la que se interactúe por el sistema no sea quien dice ser. La autenticidad como atributo requerido para mitigar el riesgo de suplantación es un tema

de mayor importancia, pues la especificación del origen de un mensaje de datos es absolutamente necesaria en cualquier comunicación electrónica. La determinación de la autoría es necesaria para verificar, entre otras cosas, la capacidad y competencia de las partes involucradas en una comunicación electrónica; por ejemplo, la representación legal o poder de representación de la persona jurídica o moral es la única que puede vincular de manera efectiva y legal a dicha persona jurídica o moral con la actuación. Este riesgo se mitiga a través del atributo de seguridad jurídica denominado “autenticidad”.

b. Alteración: los medios electrónicos y en general la información electrónica contenida en distintos tipos de extensiones de archivo, como por ejemplo Word, Excel, PDF, PowerPoint, o cualquier tipo de procesador de texto o imágenes y video, son susceptibles de ser modificadas o alteradas. Un ejemplo práctico de ello es cómo, sin ningún conocimiento previo en sistemas, una persona puede alterar un correo electrónico recibido, únicamente sobrescribiendo en el texto y es posible remitirlo o guardarlo con un contenido que no es el original, enviado por su emisor. La integridad como atributo requerido para mitigar el riesgo de alteración, consiste en la confirmación de que el mensaje de datos o información electrónica recibida corresponda a la enviada, por cuanto en la comunicación electrónica es susceptible de modificarse cualquier parte del mismo. Desde luego, la integridad hace alusión a que la información enviada a través del mensaje de datos no carezca de alguna de sus partes, como tampoco haya sido transformada. En tal sentido, este es uno de los requisitos esenciales con los cuales se le da plena validez jurídica al documento electrónico. En el proceso de transmisión o envío de información electrónica existen trasiegos susceptibles de toma no autorizada de la información y posible modificación de la misma, así como la posibilidad de manipulación de la información a lo largo del ciclo de vida en el proceso de conservación y archivo.

c. Pérdida de confidencialidad: La red pública de internet trae consigo innumerables ventajas de comunicación pero a su vez un reto en materia de seguridad y confidencialidad, ya que la información o sistemas en internet se exponen a la posibilidad de ser interceptados por personas no autorizadas. La confidencialidad que se refiere al atributo requerido para mitigar el riesgo de pérdida de esta, implica que la información solo sea compartida entre las personas u organizaciones autorizadas. La seguridad apropiada depende del nivel de confidencialidad de la información.

- d. Conflictos en la fecha y hora. La fecha y hora en la generación, envío y recepción de información electrónica juega un papel muy importante en materia probatoria. Por ejemplo, la fecha y hora de generación de un documento en un procesador de texto vinculará la fecha y hora del computador de su emisor, y esta fecha podría estar errada, desincronizada, o no atender la fecha y hora del país donde se van a producir los efectos jurídicos de la transacción.
- e. La obsolescencia tecnológica. La no disponibilidad en el tiempo de los archivos electrónicos por el uso de tecnología que tiene obsolescencia.
- f. El cambio de una cultura. El cambio a la historia clínica electrónica implica una transformación sociocultural que para el imaginario de las personas puede resultar dar un salto frente a la exposición de sus datos personales, el alfabetismo digital y los incentivos para brindar y compartir datos fiables y veraces. En este sentido, se debe considerar el diseño y análisis de las soluciones requeridas, la infraestructura, el mantenimiento, la evaluación continua del cambio que va de la mano con las innovaciones tecnológicas.
- g. Capacidad institucional. Es muy importante contar con las capacidades institucionales para el desarrollo, implementación y mantenimiento de los estándares de todo tipo que se adopten para la historia clínica electrónica o registros electrónicos en salud. Un sistema o programa de historia clínica electrónica requiere una capacidad de gestión técnica y tecnológica por parte de la entidad responsable de su administración, que va mucho más allá de la expectativa de contar con los historiales clínicos de las personas.

3. COMENTARIOS ESPECÍFICOS AL ARTICULADO

Sin perjuicio de lo anterior, respecto del articulado propuesto cabe expresar lo siguiente:

- 3.1. El artículo 1°, objeto, plantea una historia clínica electrónica única, aspecto que se debe revisar, por cuanto la historia clínica debe ser interoperable³ y permitir un intercambio de datos y documentos. No se busca lograr la unificación de la misma, puesto que es una herramienta de información integral compuesta de múltiples elementos que no necesitan ser compartidos en su totalidad. Por lo tanto, se recomienda incluir que los sistemas de información y aplicaciones de software que se usen, tengan la capacidad de comunicarse, intercambiar datos y brindar herramientas para la utilización de la información.

De otra parte, es necesario precisar que el desarrollo de una historia clínica electrónica única o de la interoperabilidad de la historia clínica, no garantizan *per se* el acceso y ejercicio de los derechos de salud.

Se sugiere que la interoperabilidad de la historia clínica incluya la información del curso de vida (desde la atención antenatal hasta la atención *post mortem*). Ello implica, considerar un mejor registro de la información, de los antecedentes personales familiares y prenatales, así como el registro que documenta las causas de muerte y sus posibles impactos en la salud de familia y colectivos.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 7° de la Ley 1581 de 2012, está proscrito el tratamiento de **datos personales** de los niños, niñas y adolescentes, salvo los de naturaleza pública. Al respecto y en torno al alcance de esta norma, la Corte Constitucional aclaró:

“[...] Esta Sala observa que la interpretación del inciso segundo, no debe entenderse en el sentido de que existe una prohibición casi absoluta del tratamiento de los datos de los menores de 18 años, exceptuando los de naturaleza pública, pues ello, **daría lugar a la negación de otros derechos superiores de esta población como el de la seguridad social en salud, interpretación esta que no se encuentra conforme con la Constitución.** De lo que se trata entonces, es de reconocer y asegurar la plena vigencia de todos los derechos fundamentales de esta población, incluido el *habeas data*.

En este mismo sentido, debe interpretarse la expresión “naturaleza pública”. Es decir, el tratamiento de los datos personales de los menores de 18 años, al margen de su naturaleza, **pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando el fin que se persiga con dicho tratamiento responda al interés superior de los niños, las niñas y adolescentes y se asegure sin excepción alguna el respeto de sus derechos prevalentes.**

Sumado a la efectividad del interés superior de esta población, también es importante que se les asegure su **derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten;** y el tratamiento de sus datos, sin duda alguna, es un asunto que les concierne directamente.

En definitiva, siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité (se trata del Comité Jurídico Interamericano) acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante que la opinión del menor de 18 años sea siempre tenida en cuenta, pues la madurez con que expresen sus juicios acerca de los hechos que los afectan debe analizarse caso por caso. La madurez y la autonomía no se encuentran asociadas a la edad, más bien están relacionadas con el entorno familiar, social, cultural en el cual han crecido. En este contexto, la opinión del niño, niña, y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y el elemento subjetivo de la norma “madurez” deberá analizarse en concreto, es decir, la capacidad que ellos tengan de entender lo que está sucediendo (el asunto que les concierne) y derivar sus posibles consecuencias.

³ Cfr. Leonardo Rojas Mezarina *et al.*, “Registro de historia clínica electrónica en Perú”, *Rev. Perú med. Salud pública*, 2015, 32 (395-406), pág. 395.

En definitiva, el inciso segundo del artículo objeto de estudio es exequible, si se interpreta que los datos de los niños, las niñas y adolescentes pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando no se ponga en riesgo la prevalencia de sus derechos fundamentales e inequívocamente responda a la realización del principio de su interés superior, cuya aplicación específica devendrá del análisis de cada caso en particular [...]”⁴.

Debe tenerse en cuenta que con esta herramienta se amplía el ámbito de información del entorno clínico individual al entorno poblacional con información de salud pública y colectiva del individuo, incluyendo los determinantes sociales que afecten el estado de salud y bienestar.

3.2. En relación con el artículo 2°, creación y administración, debe tenerse presente que la historia clínica ya se regula en nuestro ordenamiento jurídico y, actualmente, el Gobierno Nacional está desarrollando el proyecto para lograr su interoperabilidad y proveer una plataforma tecnológica para que los actores, según sus competencias, puedan acceder a la información de interés para el desarrollo de sus responsabilidades en la atención del paciente en forma continua, segura y sin barreras. Por ello, la responsabilidad de la creación y custodia de la historia clínica debe continuar en el prestador.

Asimismo, se reitera que la historia clínica debe ser interoperable y permitir un intercambio de datos y documentos. No se trata de lograr la unificación de esta, puesto que es una herramienta de información integral compuesta de múltiples elementos que no necesitan ser compartidos en su totalidad.

Dado que la historia clínica no debe ser única sino interoperable, el Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) no tiene la necesidad de administrarla. Por lo tanto, el nivel nacional debe desarrollar los lineamientos y las condiciones tecnológicas para lograr dicha interoperabilidad. En este sentido, el atributo clave de la caracterización de la historia clínica es su interoperabilidad y no, como se plantea en el proyecto, su unicidad.

En virtud de lo expuesto, se considera que la Interoperabilidad de la Historia Clínica (IHC) debe contemplarse como una herramienta o plataforma tecnológica, que permitirá cumplir con el objetivo principal que se busca en el proyecto de ley.

Debe aclararse, asimismo, que la historia clínica no es creada por el Ministerio sino que es un documento elaborado por el médico tratante. Es diferente que esta entidad administre una plataforma de interoperabilidad, la cual sea alimentada por variables de diferentes fuentes. Este proceso contempla las fases de planeación estratégica, diseño operacional, estandarización de variables y

valores, recursos tecnológicos y de talento humano, marco legal y financiamiento que son temas que difícilmente pueden ser abordados en solo 24 meses.

Finalmente, en cuanto al párrafo transitorio, debe analizarse su pertinencia frente a los sujetos obligados, en relación con el requisito de “subir” la información, y respecto del tiempo propuesto para que la totalidad de las historias clínicas en físico, queden disponibles a través de la plataforma de IHC, teniendo en cuenta los recursos tecnológicos, monetarios y humanos requeridos. En todo caso, la interoperabilidad no exige subir toda la información sino seleccionar datos y variables relevantes, atendiendo a los recursos que se deben destinar para ello, por lo que la transitoriedad debe ser gradual.

3.3. Sobre el artículo 3°, en el que se indican los sujetos obligados, se sugiere definir con mayor claridad cuáles son los sujetos obligados a “compartir en línea” la información respectiva. Igualmente, como ya se indicó el propósito debe ser lograr la interoperabilidad y no crear un repositorio donde se “comparte” la información.

De otra parte, el artículo no tiene en cuenta la denominación dada a los prestadores y a los agentes del sistema de salud en las reglamentaciones existentes: IPS, profesionales independientes, empresas con objeto social diferente, transporte especial de pacientes, Administradoras de Planes de Beneficios de Salud, Administradores de Riesgos Laborales, Entidades Responsables de Pago y entidades de planes voluntarios, entre otras, creando una confusión en el sistema.

Adicionalmente, se debe precisar la expresión “datos clínicos relevantes” y armonizar el concepto con las variables interoperables que está definiendo actualmente el MSPS ya que, en principio, no es necesario compartir toda la información de la historia clínica. Por lo anterior, se sugiere incluir el concepto del conjunto de datos interoperables acordados con los actores del sector salud para la continuidad y seguridad de la atención en salud.

Se recomienda cambiar la expresión “desde el registro perinatal hasta el fallecimiento” por “curso de vida”, en coherencia con la observación señalada en el artículo primero de la propuesta legislativa.

Asimismo, no se encuentra necesaria la inclusión del párrafo primero del artículo, en consideración que el párrafo segundo ya tiene el parámetro para que los sujetos obligados den cumplimiento a la ley.

Se recomienda precisar en el artículo que no será necesario convertir a medio electrónico las historias clínicas que a la fecha de la entrada en vigencia de la obligatoriedad se encuentren en medio físico, y que se le otorgue al MSPS la facultad para reglamentar la materia.

De igual modo, el artículo 3° de la iniciativa establece la obligación de los sujetos de compartir en línea todos los datos clínicos relevantes de las personas o pacientes y, el artículo 4° regula lo relacionado con la responsabilidad de la guarda

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

y custodia de la información que reposa en las historias clínicas.

No obstante, el proyecto no refleja la aplicación del principio de acceso y circulación restringida de la información calificada por la norma como dato sensible, por el contrario, se considera que el hecho de permitir que se comparta en línea aún con autorización podría estar vulnerando la directriz señalada. En efecto, no todos los datos pueden ser compartidos. Es necesario dar claridad que los datos compartidos solo son aquellos que permitan la continuidad y seguridad en la atención.

3.4. En relación con la guarda y custodia (artículo 4°), además de reiterar la observación en torno a los sujetos obligados, se sugiere incluir dentro del texto propuesto las definiciones y el alcance, especialmente para interoperabilidad, datos relevantes, disponibilidad, y seguridad, entre otros.

Adicionalmente, la custodia, conservación y eliminación de las historias clínicas se encuentra regulada y es responsabilidad de los prestadores de servicios de salud, aspecto que debe mantenerse en cabeza de dichos prestadores. Las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las Direcciones Territoriales de Salud (DTS) solo tendrán la custodia de aquellas historias clínicas que no pudieron ser entregadas a los pacientes por los prestadores que se liquidan. Esto supone que la iniciativa debe establecer, en primer lugar, las tecnologías, el talento humano y el modelo operacional que se requiere para poner en marcha la interoperabilidad, pues se requiere efectuar un diagnóstico inicial de las capacidades por parte de los integrantes en todo el territorio nacional y plantear estrategias que permitan que los prestadores cumplan con el registro de información en la plataforma interoperable.

3.5. En cuanto a la titularidad, prevista en el artículo 5°, como se mencionó anteriormente, el acceso a la historia clínica está regulado y, por tanto, se sugiere tener en cuenta la Resolución 1995 de 1999, artículo 14 y las sentencias de la Corte Constitucional sobre quiénes pueden acceder a ella⁵.

Se debe aclarar el alcance del derecho a la intimidad en relación con la salud, buscando el equilibrio entre los intereses individuales y el interés general objeto de la salud pública. Aquí es preciso analizar el concepto de confidencialidad y consentimiento para el uso de datos personales, en consonancia con las normas de protección de datos. Dicho análisis es extensivo al artículo 6°, asociado con la autorización a terceros. No todos los sujetos obligados podrán tener el mismo acceso a la información. El consentimiento de la persona dependerá del tipo de actor que la requiera pues para ciertas personas no puede haber restricciones cuando la ley les permita el acceso.

De conformidad con el artículo 5° de la Ley Estatutaria 1581 de 2012, los datos relativos a la salud son considerados como datos sensibles y en principio su tratamiento está prohibido, salvo que el titular haya dado su autorización. En ese orden de ideas, el tratamiento del dato no puede ser suministrado a terceros sin autorización del titular.

El proyecto de ley en varias de sus disposiciones remite a las leyes vigentes, sin embargo, cuando se refiere en el capítulo II a la titularidad de la historia clínica no señala que la información que ella contiene corresponde a **datos sensibles** por expresa calificación de la citada ley. Se considera que necesariamente se debe hacer mención de esta condición por el carácter de derechos que la norma ampara y más aún en cumplimiento del principio de legalidad que obliga a una mayor precisión frente al tema que se pretende regular a través del proyecto objeto de estudio.

Adicionalmente, esta propuesta plantea la necesidad de que la persona titular tenga un rol más activo y participativo de manera consciente. Es importante considerar el uso de la historia clínica electrónica como instrumento educativo con fines de autocuidado y en la toma de decisiones, en las que el consentimiento no se reduzca a formatos que los pacientes suscriben sin saber sus implicaciones. Es preciso ampliar el concepto de confidencialidad y consentimiento para el uso de los datos personales, armonizado con las normas de protección de los mismos.

3.6. Respecto del artículo 7°, contenido de la historia clínica, debería ampliarse a que no solo se trata de datos clínicos, sino de información de salud pública de la persona, por ejemplo, de los entornos donde habita o trabaja, de los riesgos detectados para la vigilancia en salud a lo que está expuesta.

3.7. El derecho a obtener copia de la historia clínica, al que se refiere el artículo 8°, se encuentra consagrado en la Ley 1751 de 2015, estatutaria en salud. En cuanto a los tiempos de respuesta para el suministro de copias y el costo que demanden, es oportuno tener en cuenta lo regulado en la Ley 1755 del 2015, estatutaria del derecho de petición.

3.8. En lo concerniente al artículo 10, sobre requisitos para la constitución de instituciones de salud, se debe eliminar la expresión “constitución de instituciones de salud...”, en el sentido de que dichas entidades lo que realizan es una “inscripción” en los registros correspondientes.

Se reitera que no se debe pasar por alto la denominación dada a los prestadores y a los agentes del sistema de salud en las normas existentes.

Se sugiere especificar el rol que se le quiere dar a las administradoras en el proyecto de ley. Es necesario precisar que las administradoras tienen restringido el acceso a la historia clínica, no son responsables de su generación, y solo tienen delegada la custodia

⁵ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-837 de 2008, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

en los casos en los que los titulares no acuden a la entrega cuando se liquida una institución prestadora de servicios de salud.

Se recomienda que la disposición de habilitación y funcionamiento que se contempla tenga una gradualidad, dado que actualmente el territorio nacional no cuenta con suficiencia de acceso a comunicación e infraestructura que permitan la operación continua de las herramientas tecnológicas requeridas para la interoperabilidad de la historia clínica.

3.9. Sobre el artículo 11, reglamentación, se faculta al MSPS junto con el Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones (MinTIC) para reglamentar lo pertinente en esta materia. No obstante, se recomienda incluir un artículo que otorgue la competencia al MSPS para fijar los estándares necesarios para lograr la interoperabilidad de la historia clínica.

Como se señaló en las observaciones efectuadas en artículos anteriores, debe precisarse la expresión “datos relevantes” y armonizar el concepto con las variables interoperables que está definiendo actualmente el MSPS.

En cuanto al párrafo, se debe consultar la normatividad vigente para analizar la inclusión de los requisitos existentes con respecto a la modificación y corrección de la historia clínica.

En lo concerniente a la fijación de seis (6) meses, que se estipula en varios preceptos del articulado, para ejercer la facultad reglamentaria, es pertinente recordar que la Corte Constitucional ha indicado:

[...] 48.- Respecto del primer tópico, debe la Sala recordar cómo la jurisprudencia constitucional ha insistido en que someter la potestad reglamentaria a una limitación de orden temporal significa desconocer lo establecido en el artículo 189 numeral 11, superior⁶. Según lo previsto en el referido precepto constitucional, la potestad reglamentaria no solo radica en cabeza del Presidente de la República como suprema autoridad administrativa, sino que el Presidente conserva dicha potestad durante todo el tiempo de vigencia de la ley, con el fin de asegurar su cumplida ejecución. En otras palabras: el legislador no puede someter a ningún plazo el ejercicio de la potestad reglamentaria. Al haber sujetado el artículo 19 el ejercicio de tal potestad a un plazo, incurrió en un práctica que contradice lo dispuesto por el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Nacional, motivo por el cual la Sala declarará inexecutable el siguiente aparte del artículo 19 de la Ley 1101 de 2006: “*en un plazo no superior a seis (6) meses contados a partir de su entrada en vigencia*”⁷.

⁶ Cfr. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-066 de 1999, MM. PP. Fabio Morón Díaz & Alfredo Beltrán Sierra.

⁷ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-1005 de 2008, M. P. Humberto Sierra Porto.

Se insiste, en consecuencia, que por la naturaleza de la facultad reglamentaria, la misma no es susceptible de esta clase de restricciones, y así lo ha reiterado el Máximo Tribunal.

Adicionalmente, en la Sentencia C-765 de 2012, se acentuó:

[...] Sin embargo, recordando que el poder reglamentario es una facultad presidencial autónoma, la Corte ha precisado que su ejercicio frente a las leyes cuya aplicación corresponde a la Rama Ejecutiva no depende de una pretendida habilitación legislativa, como también que en ningún caso se extingue esta facultad por el agotamiento del término que hubiere señalado en la ley. Así, la suprema autoridad administrativa tiene entonces competencia para expedir decretos reglamentarios respecto de cualquier ley que deba ser cumplida por sus subalternos, y puede hacerlo sin límite de tiempo, pudiendo incluso modificar, reemplazar o derogar las normas que con anterioridad hubiere dictado⁸ [...] ⁹.

3.10. En cuanto a los reportes obligatorios de salud pública, de que trata el artículo 12 de la iniciativa, se debe establecer que la información de salud pública (caracterización poblacional, actividades de promoción y prevención, de vigilancia en salud pública, dinámica poblacional registrada en estadísticas vitales, registros administrativos y financieros, investigación sanitaria) se integre a la interoperabilidad de la historia clínica, de forma que contribuya al mantenimiento de la salud y gestión de la enfermedad y los riesgos en salud de los individuos.

Debería indicarse que la información de salud pública (caracterización poblacional, actividades de promoción y prevención, de vigilancia en salud pública, dinámica poblacional registrada en estadísticas vitales, registros administrativos y financieros, investigación sanitaria) debe integrarse a la historia clínica electrónica, de forma que contribuya al mantenimiento de la salud y gestión de la enfermedad y los riesgos en salud de las personas.

3.11. En relación con el artículo 13, pago de medicamentos, procedimientos y otros servicios, teniendo en cuenta que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) existen diferentes entidades responsables de pago, no se justifica la razón por la cual se limita la condición que se plantea solo para la ADRES.

Se debe analizar la propuesta, ya que podría desbordar la capacidad de la ADRES, toda vez que el alcance que tienen los términos “revisar y constatar

⁸ Cfr., sobre este aspecto, entre otras, las Sentencias C-805 de 2001 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-508 de 2002 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra) y C-1005 de 2008 (M. P. Humberto Sierra Porto).

⁹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-765 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

la historia clínica electrónica única” desconocen el modelo de aseguramiento actual, así como que el giro directo que realiza la ADRES se da conforme a la programación que adelantan las EPS, siendo las entidades recobrantes quienes tienen el deber de constatar la información de las respectivas historias clínicas.

El artículo *sub examine* genera confusión en la medida en que su redacción no atiende la forma en que se da la estructura de pagos al interior del sistema y, dado que no acota la condición únicamente para el NO PBS, podría dar lugar a supuestos de pagos diferentes a los de competencia de la Nación por medio de la ADRES.

Se recomienda no incluir la obligatoriedad de compartir la información de la historia clínica para pagos, se debe compartir solo lo relativo al pago específico cuando se amerite. Es necesario revisar cuáles de las variables interoperables pueden convertirse en soporte para la facturación.

3.12. En torno al artículo 14, prohibición de divulgar datos, la expresión “profesionales de la salud”, aplica tanto para el sector público como para el privado, por tanto, la expresión “y servidores públicos” sobraría como está redactado el texto.

Ahora bien, la disposición no señala si lo que califica como “falta gravísima” es de orden disciplinario, ético, laboral o conducta sancionable por violación de los deberes que impone la Ley Estatutaria 1581 de 2012.

Cabe aclarar que frente a los servidores públicos la reciente Ley 1952 de 2019, mediante la cual se expidió el Código General Disciplinario tiene un campo de acción y aplicación amplio que permite sancionar al servidor público no solo por revelar la clave, contraseña o dato personal de la historia, sino que permitiría sancionar otras conductas que se deriven del uso o manejo indebido de la historia clínica electrónica, en el evento en que el proyecto se consolidara como ley.

En efecto, el artículo 26 del Código General Disciplinario al definir que es sanción disciplinaria, indica que es aquella que se origina por:

[...] la incursión en cualquiera de las conductas previstas en este código que conlleven incumplimiento de deberes, extralimitación en el ejercicio de derechos y funciones, prohibiciones y violación del régimen de inhabilidades, incompatibilidades, impedimentos y conflicto de intereses, sin estar amparado por cualquiera de las causales de exclusión de responsabilidad contempladas en esta ley.

Y por su parte, el artículo 38 del citado código, al enumerar los deberes de todo servidor público, señala:

1. Cumplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en la Constitución, los tratados de derechos humanos y derecho internacional humanitario, los demás ratificados por

el Congreso, las leyes, los decretos, las ordenanzas, los acuerdos distritales y municipales, los estatutos, de la entidad, los reglamentos y los manuales de funciones, las decisiones, judiciales y disciplinarias, las convenciones colectivas, los contratos de trabajo y las órdenes superiores emitidas por funcionario competente.

Por tal razón, se sugiere eliminar la expresión “y para los servidores públicos”.

De otro lado, como quiera que el proyecto crea la “Historia Clínica Electrónica Única” cuyo contenido corresponde al manejo de datos sensibles, es claro que a todos los destinatarios de la ley le son aplicables las disposiciones de la Ley Estatutaria 1581 de 2012; en particular, lo concerniente con los deberes, así como las sanciones y procedimiento para su aplicación; por tanto, la conducta que se pretende prohibir en el artículo 14 del proyecto, está contenida en forma general en el capítulo de deberes de la ley estatutaria, concretamente en el artículo 17 que impone como deber a los responsables del tratamiento, lo siguiente:

- d) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento.

A su vez, el artículo 24 de la ley estatutaria establece los criterios para graduar las sanciones por infracciones como la señalada en el literal d); en ese orden de ideas, el contenido del artículo 14 del proyecto está regulado de forma más amplia en la citada norma, con lo cual bien podría eliminarse el artículo completo y remitir el tema al régimen de sanciones de la referida Ley 1581 de 2012.

3.13. En torno al artículo 15, de seguridad cibernética y hábeas data, se deben incluir otras leyes que son importantes para el desarrollo de la interoperabilidad de la historia clínica, como por ejemplo, la Ley 527 de 1999.

3.14. En punto al artículo 16, financiación, se debe tener en cuenta que la historia clínica en medio electrónico es más costosa que la del registro en papel, por los requerimientos de infraestructura y de renovación continua, así como por el despliegue de capacitación para el recurso humano. Por lo anterior, el proyecto de ley debe estar acompañado de un análisis de costos que permita definir la implementación planteada de 5 años, considerando especialmente las grandes diferencias en las capacidades de los sistemas de información actuales de los prestadores de salud del país

CONCLUSIONES

De lo expresado se concluye:

1. La historia clínica no es solo una recopilación de documentos, sino también un acto jurídico de alta complejidad. De ahí que para

transferir dicha información se debe contar con mecanismos seguros que garanticen su privacidad y disponibilidad.

2. Debido a la complejidad –tanto técnica como jurídica– en la implementación de los mecanismos que garanticen la privacidad de la información, su autenticidad, integridad y disponibilidad, se requiere de una inversión a nivel institucional para las actividades relacionadas con la organización del archivo existente para su digitalización (levantamiento de inventario por unidad documental, unificación, ordenación cronológica, foliación, digitalización e indexación, almacenamiento, custodia y administración documental) y para la automatización de las nuevas historias. En el orden nacional se deberá prever dentro del presupuesto de la nación lo que costaría para las entidades públicas la sostenibilidad de las soluciones y el desarrollo de las capacidades técnicas y tecnológicas. El proceso tardaría varios años. A esto hay que agregar los costos que implicaría sostener dicho sistema, costos que serán incrementales, debido a la creación de nueva documentación a lo largo del tiempo y el mantenimiento y disponibilidad de la misma.
3. La historia clínica, de acuerdo a la normatividad vigente, se compone por todos los registros de las diferentes atenciones que recibe un paciente, así como de sus anexos (entre los cuales se encuentran las imágenes diagnósticas y los exámenes paraclínicos). Desde el punto de vista documental, el tamaño de dicha información puede llegar a ser excesivamente voluminosa. Por lo anterior, se requerirían mecanismos y tecnologías especializados, tanto para su almacenamiento como para su disponibilidad, lo que puede llegar a desbordar la capacidad del sistema, debido a los costos que ello implicaría.
4. En el marco de la normatividad existente y para garantizar el acceso a los datos relevantes para dar continuidad a la atención de un paciente, este Ministerio considera necesario establecer la Interoperabilidad de la Historia Clínica (IHC), entendida como el establecimiento de los datos vitales que garanticen la continuidad de la atención de un paciente, mediante su disponibilidad a través de mecanismos operativos y tecnológicos, garantizando el derecho a la intimidad y confidencialidad del paciente.

Este concepto no contempla el uso de un *software* centralizado, ni la unificación de una historia clínica en el país, sino el garantizar que los datos estén disponibles en los sistemas de información de los prestadores. Por tanto, el alcance de la Interoperabilidad de la Historia Clínica se establece así:

- a. Definir el conjunto de datos vitales (contenidos e interpretación) para garantizar la continuidad de la atención en salud de los pacientes.
- b. Diseñar las reglas de operación y el mecanismo electrónico a través del cual, quien estando autorizado, acceda a dichos datos en forma parcial o total y en caso de ser necesario pueda localizar el prestador que realizó la atención para más detalle de la misma, garantizando la confidencialidad y la intimidad de los pacientes.
- c. Establecer otros datos, documentos y usos de importancia para el Sistema General de Seguridad Social que se deban incorporar al modelo de IHC.

Lo anterior, responde a la necesidad de información en salud de hoy, y se convierte en un mecanismo de corto-mediano plazo, sostenible y viable, y deja claro que no se debe ni es posible acuñar el término de “Historia Clínica Única Electrónica”.

- d. Es importante resaltar que este Ministerio y otras entidades del Gobierno nacional se encuentran adelantando, dentro de las estrategias multisectoriales para Transformación Digital, el proyecto de interoperabilidad de la historia clínica, con el fin de propiciar la continuidad y seguridad de la prestación de los servicios de salud.
- e. La implementación de la historia clínica electrónica constituye un asunto estratégico para avanzar en la interoperabilidad de los sistemas de información del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), lo que se traduce en datos más sólidos y consistentes para la realización de los análisis del sector y la elaboración de los cálculos para orientar, desarrollar e implementar las políticas de financiamiento del sistema que mejor se adapten a los escenarios y necesidades financieras del sector, y así garantizar una mejor prestación del servicio de salud, conforme dispone la Ley Estatutaria 1751 de 2015.
- f. En el Objetivo 3 del Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022: *Pacto por Colombia, Pacto por la Equidad*, el aspecto que se busca desarrollar ha sido explorado desde el Ministerio, llegando a la conclusión de que es la interoperabilidad y no la unicidad, la forma que mejor se adapta a los propósitos de la Historia Clínica Electrónica como herramienta de información integral. Así, el P. L. 311/19 (C) - 227/19 (S) con el que cursa el citado Plan, en su artículo 249 contempla la Interoperabilidad de la Historia Clínica¹⁰, disposición que debe armonizarse acorde con las observaciones realizadas.

¹⁰ Cfr., CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Gaceta del Congreso* número 315 de 2019.

En estos términos, se presenta la posición del Ministerio de Salud y Protección Social en lo relativo a la iniciativa legislativa de la referencia. En su contenido se advierten aspectos de inconveniencia asociados a la filosofía que pretende y que difiere de la que técnicamente se ha trabajado, a saber, la interoperabilidad. Subyacen, además, problemas de inconstitucionalidad.

Atentamente,



DIANA ISABEL CÁRDENAS GAMBOA

Viceministra de Protección Social

Encargada de las funciones del despacho del Ministro de Salud y Protección Social

LA COMISIÓN SÉPTIMA CONSTITUCIONAL
PERMANENTE

DEL HONORABLE SENADO DE LA
REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiún (21) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019).

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

Concepto: Ministerio de Salud y Protección Social.

Refrendado por: la doctora *Diana Isabel Cárdenas Gamboa* - Viceministra de Protección Social - encargada de las funciones del Despacho del Ministro de Salud y Protección Social.

Al Proyecto de ley número 233 de 2019 Senado.

Título del proyecto: *por el cual se crea la Ley de Integridad del Servidor Público y se dictan otras disposiciones.*

Número de folios: cuatro (4) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado el día: martes veintiuno (21) de mayo de 2019.

Hora: 9:00 a. m.

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

El Secretario,



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
Secretario Comisión Séptima

CONCEPTO JURÍDICO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA AL PROYECTO DE LEY NÚMERO 226 DE 2018 SENADO

por el cual se crea la ley de integridad del servidor público y se dictan otras disposiciones.

Bogotá, D. C.

Doctor

CARLOS EDUARDO ACOSTA LOZANO

Representante a la Cámara por Bogotá, D. C.

Carlos.acosta@camara.gov.co

Referencia: Solicitud concepto Proyecto de ley número 226 de 2018 Senado

Radicado interno número 20192060128832 del 09/04/19.

Respetado doctor Acosta:

En atención a su solicitud de concepto sobre el Proyecto de ley número 226 de 2018 Senado, *por el cual se crea la ley de integridad del servidor público y se dictan otras disposiciones*, el cual fue remitido por el Ministerio de Minas y Energía a este Departamento Administrativo desde como líderes de la política pública de integridad, exaltamos la iniciativa legislativa, en la medida en que contribuye a una tarea prioritaria para el Gobierno nacional, como lo es el fomento de la cultura de la transparencia y la integridad en los servidores públicos.

Con el fin de contribuir al fortalecimiento del proyecto de ley propuesto, a continuación, presentamos las observaciones, comentarios o aportes generales sobre el articulado.

En primer lugar, consideramos que la propuesta contribuye a que las entidades públicas adopten e implementen el *código de integridad: valores del servicio público*, herramienta liderada desde Función Pública, que tiene como objeto orientar a las personas que están vinculadas a las entidades estatales para que sus comportamientos y decisiones cotidianas estén basados en la ética de lo público y la cultura de la legalidad. Desde el lanzamiento del código de integridad, en junio de 2017, se han realizado 50 talleres de socialización que han convocado a 602 entidades tanto del orden nacional como territorial. Durante el año 2018, las entidades públicas están en proceso de adoptar e implementar el código de integridad, siguiendo los lineamientos del Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG).

El artículo 2°. *Sistema Nacional de Integridad*, contribuye a fortalecer la coordinación interinstitucional para la promoción y seguimiento del código de integridad arriba mencionado. En este sentido, para Función Pública es importante que el *Sistema* tenga como referencia en su composición y funciones la coordinación con la Comisión Nacional de Moralización y las Comisiones Regionales de Moralización que están reglamentadas en la “Ley 1474 de 2011 Estatuto Anticorrupción”. Teniendo

en cuenta que el Estado colombiano ha venido avanzando en el marco normativo e institucional bajo un enfoque preventivo de la lucha contra corrupción, es importante que el segundo artículo de la iniciativa legislativa construya sobre lo construido y siga fortaleciendo la eficiencia de las instancias de coordinación interinstitucional que vienen trabajando sobre la materia.

En el artículo 3°. *Pacto Nacional por la Integridad*, se recomienda hacer mención a los cinco valores que componen el código de integridad: honestidad, respeto, diligencia, compromiso y justicia. Los valores del código de integridad fueron elegidos por más de 25.000 servidores públicos que atendieron un ejercicio participativo convocado por Función Pública.

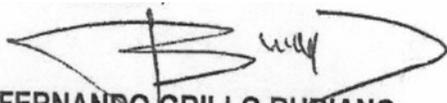
En el artículo 4°. *Promoción y Fortalecimiento de la Integridad*, cabe mencionar que Función Pública ha adelantado una serie de acciones, así como el desarrollo de herramientas presenciales y web para fomentar la integridad de los servidores públicos, dentro de ellas la “caja de herramientas para la implementación del código de integridad”, en la que las entidades pueden encontrar una amplia gama de actividades y campañas para impulsar los valores éticos. En este sentido, sugerimos incluir mención expresa en el articulado de que el Gobierno nacional a través de este Departamento Administrativo podrá desarrollar herramientas para cumplir con el mandato de este artículo.

Frente al artículo 5°. *Reporte del Sistema Nacional de Integridad*, consideramos importante señalar que Función Pública ha venido incorporando al Formulario Único de Reporte de Avance de la Gestión (FURAG), indicadores para identificar el avance en la promoción de valores en las entidades. A su vez cuenta la matriz de autodiagnóstico de la política de integridad del Modelo Integrado de Planeación y Gestión (MIPG), los cuales pueden ser referenciados en el proyecto de ley para orientar a las entidades.

En el artículo 6°. *Educación y seguimiento*, se recomienda incluir a la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP), como actor en los procesos de formación y capacitación en valores a los servidores públicos.

Reiteramos la disposición y compromiso de Función Pública para fortalecer la integridad en los servidores públicos, para lo cual si se requiere ampliar o aclarar las observaciones al articulado, con gusto pueden comunicarse con el doctor Fernando Augusto Segura Restrepo, Director de Participación, Transparencia y Servicio al Ciudadano al correo electrónico fsegura@funcionpublica.gov.co o al teléfono 739 5656 Ext. 601.

Cordialmente,


FERNANDO GRILLO RUBIANO
 Director

LA COMISIÓN SÉPTIMA
 CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL
 HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintiuno (21) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019).

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

Concepto: Departamento Administrativo de la Función Pública.

Refrendado por: Doctor *Fernando Grillo Rubiano*, Director.

Al Proyecto de ley número 226 de 2018 Senado.

Título del proyecto: *por el cual se crea la ley de integridad del servidor público y se dictan otras disposiciones.*

Número de folios: cuatro (4) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado

Día: martes veintiuno (21) de mayo de 2019

Hora: 9:00 a. m.

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

El Secretario,


JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
 Secretario Comisión Séptima

**CONCEPTO JURÍDICO DE FEDERACIÓN
 DE ASEGURADORES COLOMBIANOS AL
 PROYECTO DE LEY NÚMERO 240 DE 2019
 SENADO**

por medio del cual se crea la pensión de garantía de subsistencia en caso de divorcio al cónyuge inocente.

Bogotá, D. C., 21 de mayo de 2019

Doctor

JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA

Secretario Comisión Séptima

Senado de la República

Carrera 7 N° 8-68

Ciudad

Referencia. Comentarios sobre el Proyecto de ley número 240 de 2019 Senado

Respetado doctor España:

La Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda), en representación del sector asegurador,

se permite presentar su concepto y observaciones respecto del Proyecto de ley número 240 de 2019, presentado por el Senador Álvaro Uribe, *por medio del cual se crea la pensión de garantía de subsistencia en caso de divorcio al cónyuge inocente*.

En primera medida queremos agradecer el espacio de participación brindado en la creación de nuevas normas que conlleven a la protección de las personas en estado de vulnerabilidad, por lo que creemos que la iniciativa es bien intencionada, sin embargo, nos preocupan algunas disposiciones contenidas en el proyecto de ley, las cuales nos permitimos relacionar a continuación:

I. COMENTARIOS GENERALES

Sin duda alguna, en Colombia y en muchos otros países de la región, el trabajo doméstico ha sido un determinante en la estructura, organización y el desarrollo de las familias. La labor que los miembros de las familias (principalmente las mujeres) dedican a los asuntos propios del hogar, ha tenido un gran impacto no solo como asunto cultural y social, sino también como un asunto económico con alta influencia en el ámbito laboral de nuestro país. Concretamente, se ha materializado una desprotección a las mujeres que han dedicado gran parte de su vida a las labores propias del hogar, cuidado del hogar y de los hijos, quienes, en su mayoría, se apartan del mercado laboral de manera definitiva para encargarse de los asuntos familiares y, usualmente, no tienen alternativa distinta a encargar en los asuntos económicos a su cónyuge o compañero permanente.

Como se expone claramente en la motivación del proyecto de ley, esta desprotección se evidencia principalmente en la ausencia de mecanismos jurídicos suficientes para amparar aquellas situaciones en las que estas personas se enfrentan a un divorcio o terminación de una unión marital luego de que se han alejado del mercado laboral y han dedicado parte de su vida a las labores del hogar. Estas personas, no solo se enfrentan a un riesgo de no contar con un sustento económico suficiente y enormes barreras para ingresar nuevamente al mundo laboral, sino también a la imposibilidad de percibir una pensión que los ampare en su vejez, bien sea porque no alcanzaron a cotizar lo suficiente para ello o bien sea porque nunca pudieron hacerlo.

Por lo anterior, creemos que esta iniciativa legislativa da cuenta de una problemática que enfrenta un gran número de la población en el país, ofrece una valiosa propuesta para hacer frente a esta situación, no obstante, y siendo conscientes de la virtud e importancia que tiene proponer medidas como estas, consideramos que deben estudiarse algunos puntos de la propuesta.

II. COMENTARIOS PARTICULARES

a) *Sobre el derecho al mínimo vital*

De acuerdo con el artículo 1° del texto del proyecto de ley, el objetivo de esta norma es garantizar el derecho al mínimo vital y manutención del cónyuge o compañero(a) permanente que se

ha dedicado por más de 20 años al cuidado del hogar, labores domésticas o cuidado de los hijos, y por ello no realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones, ni como dependiente ni como independiente, o estos fueron insuficientes para acceder a una pensión. Este objetivo busca proteger a estas personas, siempre y cuando –y estos son solo algunos de los requisitos– estas personas no posean rentas adicionales, ingresos superiores a un salario mínimo y no hayan salido beneficiados en la liquidación de la sociedad conyugal o patrimonial con la adjudicación de bienes o gananciales a su favor.

Lo anterior, si bien da cuenta de que el proyecto intenta establecer unos requisitos racionales y fundamentados para que no cualquier cónyuge o compañero inocente se beneficie de esta pensión, el objetivo y los requisitos que se proponen para lograr ello nos ubican en un contexto de la población que quizás no sea aquella que percibe una pensión muy superior a la de un salario mínimo. Es decir, aquellos cónyuges o compañeros inocentes que no se benefician en una liquidación y que, además no tengan ningún tipo de rentas o ingresos adicionales, probablemente serán aquellos cuyo cónyuge o compañero culpable no alcance a percibir una pensión superior a la de un salario mínimo.

Lo anterior, consideramos importante ponerlo de presente, siendo claros en que observamos que existe una necesidad imperante de proteger a estas personas y, especialmente, de proteger a aquellas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad económica total. Sin embargo, observamos que con esta sanción podríamos llegar a entrar en un contexto de desprotección frente al cónyuge o compañero culpable cuya pensión sea de un mínimo mensual. Si bien comprendemos que hay una necesidad de proteger a quien se encuentra en una situación más desfavorable, advertimos que hay una enorme complejidad en el tratamiento de esta sanción cuando estamos frente a una pensión de salario mínimo. En otras palabras, la iniciativa podría tener un efecto contrario al esperado, ya que se podría estar afectando el mínimo vital de aquel pensionado, que, aunque culpable en un proceso de divorcio, depende de su pensión de salario mínimo para su subsistencia.

Este asunto se convierte en uno de esos asuntos sociales complejos de resolver y, especialmente, si se observa desde una protección al derecho fundamental al mínimo vital. Ante una decisión judicial, es posible que se enfrenten riesgos tales como el aumento de una pensión que, por verse afectada por esta sanción, disminuye por debajo del mínimo, afectando así el derecho fundamental del pensionado y entrando en colisión con el del cónyuge inocente que queda en una situación de vulnerabilidad total.

En esta medida, pondríamos en consideración del Congreso principalmente aquellos casos en los que una pensión de salario mínimo se ve disminuida por esta sanción y, eventualmente, se enfrente un riesgo

judicial que supondría el aumento de una mesada a pesar de que lo cotizado no alcance para ello, evento que implicaría un costo significativo para el sistema de pensiones que se sumaría a la crisis que actualmente atraviesa este.

b) Calidad del cónyuge o compañero inocente

Bajo el entendido de que el proyecto pretende establecer una sanción adicional a las concebidas por la norma actual frente al incumplimiento de algunas de las causales contempladas en el artículo 154 del Código Civil, consideramos pertinente que dentro del articulado se defina la calidad que tenía, en términos del derecho pensional, el cónyuge o compañero inocente. Es decir, ¿se trataría como un pensionado o como un beneficiario del pensionado? Lo anterior, se pone a consideración pues los efectos que se derivan de cada una de estas calidades son distintos y, en aras de definir el impacto del proyecto, es preciso que este asunto se aclare.

Esta inquietud surge, entre otras, por lo consagrado en el artículo 4° del proyecto de ley en virtud del cual, al Fondo De Pensiones, por orden judicial, correspondería el pago del porcentaje ordenado a favor del cónyuge o compañero inocente, estando entonces el fondo obligado a dos pagos concurrentes, por un lado, el del pensionado y, por otro lado, el del su cónyuge o compañero inocente.

Aclarada entonces la calidad en la que el cónyuge o compañero inocente recibe el dinero objeto de sanción definiría, por ejemplo, qué pasaría si este fallece. Así, si se entiende que recibe en calidad de pensionado, del monto que se le ha asignado podrían existir beneficiarios de sustitución pensional; mientras que si recibe en calidad de beneficiario esto no sucedería.

c) Extinción de la pensión del cónyuge o compañero inocente

En armonía con el inciso anterior, consideramos que el articulado de la ley indique que la pensión recibida por parte del cónyuge o compañero inocente se extinguirá de manera automática y concomitante con la extinción de la pensión percibida por el pensionado principal. Es decir, si fallece o le es revocada¹ la pensión al cónyuge o compañero culpable, la prestación que recibe el cónyuge o compañero inocente se extinguirá, y cesará cualquier obligación de las entidades pagadoras frente a este último.

Lo anterior, es de vital importancia para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema pensional, puesto que, si permanece en el tiempo la pensión del cónyuge inocente con posterioridad a la extinción de la pensión del pensionado principal, esto acarrearía un aumento considerable en el capital necesario para garantizar una pensión de manera vitalicia y, por ende, el proyecto de ley vulneraría el mandato constitucional referente a los estudios técnicos de

impacto fiscal y criterios de sostenibilidad financiera generados por la norma.

Este asunto también es susceptible del riesgo judicial, puesto que si un juez de la república ordena que la pensión de la cónyuge inocente permanezca en el tiempo independientemente de la situación del pensionado principal, originaría un efecto fiscal y actuarial perjudicial para la sostenibilidad del sistema.

d) Alimentos, sanción y pensión en favor del cónyuge o compañero inocente

El artículo 411 del Código Civil establece en su numeral 4 que el cónyuge culpable debe alimentos al cónyuge divorciado o separado de cuerpo sin su culpa. Sobre esto ha dicho la Corte Constitucional en Sentencia T-506 de 2011 que la obligación alimentaria por regla general se mantiene por toda la vida del alimentado mientras se conserven las condiciones que dieron origen a ella, es decir, en tanto subsista la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante. Sin embargo, según la Corte, en caso de divorcio o separación, se requiere además que el cónyuge inocente no inicie vida marital con otra persona, pues en este caso se extinguirá el derecho.

Lo anterior, implica que la muerte del alimentario será siempre causal de extinción del derecho de alimentos, pues los alimentos no se transmiten por causa de muerte. Situación diferente a la anterior, se presenta cuando quien fallece es el alimentante, o lo que es lo mismo, el deudor de los alimentos, pues en este caso no siempre se extingue la obligación; si subsiste el alimentario y su necesidad, este último podrá reclamarlos a los herederos del deudor.

De acuerdo con lo anterior, consideramos que debe especificarse en el texto de la ley que la pensión de subsistencia es incompatible con la cuota de alimentos, en razón a la desproporción de las sanciones por un mismo hecho (ser cónyuge culpable) y también por la afectación al mínimo vital tal como se explicó en el literal a) de esta misiva.

e) Años de permanencia en las labores del hogar

De acuerdo con el artículo 1° del proyecto de ley, esta propuesta busca proteger al cónyuge o compañero, declarado inocente en un proceso de divorcio, que se haya dedicado por más de 20 años al cuidado del hogar, labores domésticas o cuidado de los hijos. Al respecto, proponemos que se reconsideren estos 20 años, pues incluso bastarían unos 15 años o menos para que estas personas pierdan todo tipo de posibilidades de ingresar al mercado laboral y/o de cotizar al sistema para acceder a una pensión de vejez.

Si bien este requisito de temporalidad no se consagra dentro de los requisitos propuestos en el artículo 3° del proyecto de norma, al parecer estos 20 años se entenderían como un criterio de aplicación de la norma. Sin embargo, consideramos pertinente que se defina la misma temporalidad u otra distinta esta sea consagrada

¹ Revocada por revisión de la calificación de la invalidez o por fraude.

como un requisito más dentro de los dispuestos en el artículo 3° del proyecto.

f) Causales de divorcio contempladas en el artículo 154 del Código Civil

En relación con el primer requisito señalado en el artículo 3° del proyecto de Ley, “no haber dado lugar o incurrido en una de las causales de divorcio contempladas en el artículo 154 del Código Civil”, proponemos que en la redacción de este se especifique que se trata de aquellas causales catalogadas como objetivas de acuerdo con el análisis presentado en la exposición de motivos. Esto, con el fin de evitar confusiones respecto de algunas de las causales y dejar un panorama más claro al intérprete de la norma.

En los anteriores términos, expresamos nuestras observaciones al proyecto de ley, esperando que sea un insumo importante para los correspondientes debates, quedando atentos a responder cualquier solicitud de información adicional o aclaración que ustedes estimen pertinente.

Atentamente,



MARIO FERNANDO CRUZ VARGAS
Fasecolda

Director de la Cámara Técnica de Seguridad Social

LA COMISIÓN SÉPTIMA
CONSTITUCIONAL PERMANENTE DEL
HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., a los veintidós (22) días del mes de mayo del año dos mil diecinueve (2019)
En la presente fecha se autoriza **la publicación en Gaceta del Congreso de la República**, las siguientes Consideraciones.

Concepto: Federación de Aseguradores Colombianos (Fasecolda).

Refrendado por: Doctor Mario Fernando Cruz Vargas.

Al Proyecto de ley número 240 de 2019 Senado

Título del proyecto: *por medio del cual se crea la pensión de garantía de subsistencia en caso de divorcio al cónyuge inocente.*

Número de folios: seis (6) folios.

Recibido en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado

Día: miércoles veintidós (22) de mayo de 2019

Hora: 10:22 a. m.

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

El Secretario,



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

CONTENIDO

Gaceta número 403 - Viernes, 24 de mayo de 2019

SENADO DE LA REPÚBLICA

CONCEPTOS JURÍDICOS

	Págs.
Concepto jurídico Ministerio de Hacienda y Crédito Público texto aprobado en segundo debate del Proyecto de ley número 256 de 2018 Senado, 19 de 2017 Cámara, por medio del cual se modifica la Ley 1355 de 2009 y se dictan otras disposiciones.....	1
Concepto jurídico de Ministerio de Hacienda y Crédito Público texto aprobado en segundo debate del Proyecto de ley número 266 de 2019 Senado, 27 de 2018 Cámara, por medio de la cual se modifica la Ley 1388 de 2010, se establecen medidas para garantizar la prestación de los servicios de salud oncopediátrica y se declara urgencia médica la atención integral a los menores con cáncer y se dictan otras disposiciones – Ley Jacobo.....	3
Concepto jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social al Proyecto de ley número 233 de 2019 Senado, por medio del cual se racionalizan trámites en el sector salud, a través de la creación de la Historia Clínica Electrónica Única y se dictan otras disposiciones.	7
Concepto jurídico de la Función Pública al Proyecto de ley número 226 de 2018 Senado, por el cual se crea la ley de integridad del servidor público y se dictan otras disposiciones.....	16
Concepto jurídico de Federación de Aseguradores Colombianos al Proyecto de ley número 240 de 2019 Senado, por medio del cual se crea la pensión de garantía de subsistencia en caso de divorcio al cónyuge inocente.	17