

Bogotá, D.C., Noviembre 3 de 2005.

Conflicto entre:

- **PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA** No. 59 de 2005 Cámara “Por el cual se reglamenta el termino de permanencia de datos en las centrales de información de las entidades financieras” **y el,**
- **CONCEPTO 1673 del 25 de septiembre de 2005, de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.**

Con toda atención me permito conceptuar acerca del conflicto entre el Proyecto de Ley Estatutaria y lo conceptuado por el H. Consejo de Estado, con el siguiente índice:

CAPÍTULO PRIMERO – DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS CONCEPTOS.

CAPÍTULO SEGUNDO – DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE HÁBEAS DATA, “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL TERMINO DE PERMANENCIA DE DATOS EN LAS CENTRALES DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS”.

CAPÍTULO TERCERO – DEL CONCEPTO DEL CONSEJO DE ESTADO.

CAPÍTULO CUARTO – DEL ESTATUTO DEL CONGRESISTA.

CAPÍTULO QUINTO – CONCLUSIÓN.

Ahora procedo al estudio del conflicto por capítulos:

CAPÍTULO PRIMERO – DE LA OBLIGATORIEDAD DE LOS CONCEPTOS.

El Gobierno Nacional, a través de los ministros de Estado o de la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, están facultados por el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo) y por la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de la Administración de Justicia), para presentar ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado consultas jurídicas generales o particulares, de acuerdo con las siguientes normas que de los mismos se transcriben respectivamente:

ART. 98.—**Integración y atribuciones de la Sala de Consulta y Servicio Civil.** La Sala de Consulta y Servicio Civil estará integrada por cuatro consejeros, con sujeción a las normas de la paridad política. Sus miembros no tomarán parte en el ejercicio de las funciones jurisdiccionales que corresponden a la corporación.

Esta Sala tendrá las siguientes atribuciones:

(...)

2. Absolver las consultas jurídicas, de orden administrativo, generales o particulares, que le someta el gobierno a través de la secretaría jurídica de la Presidencia de la República.

Y la Ley Estatutaria complementa así:

ART. 38.—**De la Sala de Consulta y Servicio Civil.** La Sala de Consulta y Servicio Civil tendrá las siguientes atribuciones:

1. Absolver las consultas jurídicas generales o particulares, que le formule el Gobierno Nacional.

(...)"

Sin embargo, el mismo Código Contencioso Administrativo, en su artículo 25, inciso tercero, establece:

ART. 25.—**Consultas.(...)**

(...)

(...).

Las respuestas en estos casos no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Aquí nos encontramos ante una de las formas que puede adquirir la comunicación entre el pueblo y las autoridades públicas. Esta forma tiene unas características peculiares que la diferencian de otras modalidades como lo son, por ejemplo, el derecho de petición en interés general, previsto en los artículos 5 a 8 del Código Contencioso Administrativo, o el derecho de petición en interés particular establecido en los artículos 9 a 15 del Código Contencioso Administrativo o el derecho de petición de información contenido en los artículos 17 a 24 del Código Contencioso Administrativo.

Incluso, mediante auto fechado en mayo de 1994 el Consejo de Estado se pronunció así: *"Igualmente es necesario precisar que si bien la regla general señalada en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, es que las consultas que absuelven las entidades públicas no comprometen la responsabilidad de éstas ni son de obligatorio cumplimiento, razón por la cual no se pueden considerar actos administrativos, tal como lo serían los conceptos jurídicos. (...) La verdad es que dichos conceptos, cuando se convierten en manifestación de la voluntad de la administración tendientes a producir efectos jurídicos en un caso concreto son típicos administrativos, susceptibles de ser demandados ante lo contencioso administrativo, a través de los recursos establecidos para tal efecto."*

En la sentencia de octubre 25 de 1995 emitida por la Sección Primera, el Consejo de Estado ratifica la jurisprudencia anterior al respecto de la naturaleza de los conceptos y se pronuncia de la siguiente manera: *"De otra parte cabe puntualizar que la enumeración de actos demandables que hace el inciso 3 del artículo 14 del decreto ley 2304 de 1989 (subrogatorio del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo) no es taxativa y los conceptos son enjuiciables en la medida en que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos y emanen de una entidad pública o persona privada que cumpla funciones administrativas."*

De acuerdo con la perspectiva defendida por el Consejo de Estado, cabría realizar una primera distinción. Los conceptos emitidos por las autoridades públicas en respuesta del derecho de petición de consultas contenido en el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo significan, en principio, una orientación, un consejo, un punto de vista, como de hecho así lo precisa la Corte Constitucional en la Sentencia C-542 del 24 de mayo de 2005, M.P., Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, cuando declaró exequibles las expresiones no y ni contenidas en el inciso 3°. del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo.

Por tanto, emitimos el presente CONCEPTO, que tiene la misma validez jurídica que el que controvertimos de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado; por tanto ya que los conceptos no contienen, en principio, decisiones de la administración y no pueden considerarse, por consiguiente, actos administrativos, luego no existe la obligación de acatarlos ni la consecuente posibilidad de alegar su violación.

CAPÍTULO SEGUNDO – DEL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA DE HÁBEAS DATA, “POR EL CUAL SE REGLAMENTA EL TERMINO DE PERMANENCIA DE DATOS EN LAS CENTRALES DE INFORMACIÓN DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS”.

El H. Representante Luis Fernando Velasco, es el autor del Proyecto de Ley Estatutaria No. 59 de 2005 Cámara “Por el cual se reglamenta el termino de permanencia de datos en las centrales de información de las entidades financieras”, con el cual se pretende desarrollar el manejo de la información registrada en las centrales de información o banco de datos, exclusivamente de las entidades financieras, sin torpedear el desarrollo amplio y detallado de lo que debe ser el hábeas data en nuestro país.

Con fundamentos doctrinales de la Corte Constitucional, emitidos en sede de tutela, el Representante Velasco, apoyado por los HH. Congresistas Zamyra Silva, Ginna Parody, Tony Jozame, Jorge Giraldo, Dixon Tapasco, Rodrigo Rivera, Rafael Pardo, Hernán Andrade, Mauricio Pimiento y Juan Fernando Cristo, justifica las consideraciones iniciales para un proyecto de ley sobre el habeas data, basado también en un artículo del diario El Tiempo, el autor del Proyecto, pretende que se pueda “...reglamentar razonablemente, la permanencia del historial negativo en las centrales de información de las entidades financieras, de tal manera que muchos colombianos adquieran el derecho al olvido y puedan reactivar sus capitales, aumentar la inversión y por consiguiente el empleo. Es por eso que se determina un tiempo que permita de cierta manera, premiar al que ha pagado cumplidamente sin tener que castigar a aquellos que en alguna oportunidad fueron morosos, no por voluntad propia sino por la situación global que enfrenta el país, que es una realidad que no hay que desconocer.”

Además, en dicho proyecto, *“se plantea un término de permanencia para que las centrales de información de las entidades financieras, excluyan del historial crediticio el incumplimiento en obligaciones, una vez los usuarios hayan cancelado y se encuentren al día. Se establecen tres meses de plazo para aquellos que efectuaron el pago de manera voluntaria y seis para los que lo hicieron a partir de un cobro jurídico. (...) para liberar de la “lista negra” a los usuarios que hayan cumplido sus obligaciones”*

El caso es que con los seis artículos que incluye Velasco en su proyecto, se podrían cambiar muchas cosas, incluso, en mi concepto, hasta la composición del Congreso de la República por el conflicto de intereses que se derivaría de la aprobación del mismo.

De igual manera, se encuentran en trámite el PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No.71 de 2005 Cámara *“Por la cual se dictan las disposiciones generales del Habeas Data y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera y crediticia, y se dictan otras disposiciones”*. acumulado al PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA No. 113 de 2005 Cámara *“Por la cual se dictan disposiciones para la protección de datos de carácter personal y se regula la actividad de recolección, tratamiento y circulación de los mismos”*.

El Proyecto 071, tiene como autores al doctor Alberto Carrasquilla, Ministro de Hacienda y Crédito Público y a los Congresistas Jaime Amín Hernández, Óscar Arboleda Pérez y Óscar Darío Pérez.

Por su parte, el Proyecto 113 Cámara, tiene como autor al señor Defensor del Pueblo Volmar Pérez. En él, Pérez dice que el hábeas data o derecho a la protección de datos personales o a la autodeterminación informática es *“típicamente un producto de los tiempos”*. Y agrega, *“hasta el momento la protección real de este derecho ha corrido por cuenta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que en sus pronunciamientos ha delineado un cuerpo de doctrina completo y adecuado y que ha servido al mismo tiempo de estrategia pedagógica para que los colombianos conozcan y hagan valer su derecho a la autodeterminación informática por vía de la acción de tutela, ante algunos abusos que se han venido cometiendo con su información y que les ha afectado en su vida personal, laboral y económica. Y ha sido la misma Corte Constitucional la que ha hecho varias veces un llamado al Congreso, a la Procuraduría y a la Defensoría para que promuevan la aprobación de un proyecto de ley estatutaria que regule de manera integral la materia.”*

Así mismo, expresa que la ONU adoptó en su Resolución No. 45/95 de 1990 los *“Principios rectores para la reglamentación de los ficheros computarizados de datos personales”*. Y pasa a explicar el Defensor Pérez *“...de manera esquemática los derechos que enuncia la resolución, ya que ellos deben ser guía para la*

regulación que hagan los Estados sobre la materia y fungen, por ende, como justificación de las normas que el proyecto de ley prevé.

1. *Derechos respecto de los datos personales:*
 - a. *Que sean recabados y elaborados de manera lícita y legal.*
 - b. *Que sean utilizados en función de una finalidad lícita.*
 - c. *Su utilización no debe contrariar los fines de la Carta de las Naciones Unidas.*
 - d. *Los datos deben ser exactos y pertinentes.*
 - e. *Deben ser lo más completos posibles, para evitar errores por omisión.*
 - f. *Deben ser actualizados periódicamente.*

2. *Respecto de los ficheros computarizados, se deben consagrar los siguientes derechos:*
 - a. *A que se especifique y justifique su finalidad y su utilización en función de esta finalidad al momento de su creación.*
 - b. *Se publicite o se ponga en conocimiento de la persona interesada la creación y finalidad del fichero.*
 - c. *Se permita el derecho de acceso de la persona, lo cual implica que se le permita conocer si se está procesando información que le concierne, se le suministre comunicación inteligible sobre ella sin demora, se rectifiquen o supriman los datos que sean ilícitos, injustificados o inexactos, y se le informen los destinatarios de la información irregular.*
 - d. *No se registren datos que puedan originar discriminación, en particular, aquellos que corresponden a la categoría de "información sensible".*
 - e. *Se adopten medidas apropiadas para proteger los ficheros contra riesgos naturales y humanos.*

3. *Respecto del Estado, se sugiere establecer en su legislación:*
 - a. *Una autoridad imparcial e independiente encargada de controlar los ficheros.*
 - b. *Una vía de recurso ante la autoridad de control en caso de negación de los derechos reconocidos.*
 - c. *Sanciones penales y de otro tipo para los casos de vulneración de ciertos derechos.*
 - d. *Recursos individuales apropiados.*
 - e. *Las excepciones deben ser apenas las necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salubridad o la moral pública y, en particular, los derechos y libertades de los demás.*

Y puntualiza que “A 14 años de la vigencia de la Carta Política de 1991, y de la consagración en su artículo 15 de lo que la doctrina y la jurisprudencia han definido como “hábeas data”, Colombia no cuenta con una regulación para el desarrollo y vigencia plena del derecho.

En realidad, la determinación del núcleo esencial del derecho, de su significado y alcances, ha corrido por cuenta de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha desarrollado un cuerpo de doctrina importante y cuyos principales derroteros ha seguido la Defensoría para la elaboración del proyecto de ley.

El hecho de que haya sido la jurisprudencia la encargada de desarrollar y aplicar el derecho de hábeas data, es la mejor evidencia del vacío que existe, la que mejor habla acerca de la necesidad de asumir su regulación de forma inmediata.”

Adicionalmente, cabe señalar de acuerdo con la exposición de motivos de Pérez, el itinerario legislativo de la regulación del hábeas data, cuyo primer proyecto estatutario fue presentado a consideración del Congreso fue el No. 73 de 1986, por medio del cual se buscaba proteger el derecho a la intimidad de las personas frente a los sistemas de información y los bancos de datos, el cual fue archivado por el Congreso de la República.

Luego de la expedición de la Carta de 1991, se presentó el Proyecto No. 063 de 1991, Cámara, que contenía algunas disposiciones para regular la actividad de recolección, manejo y divulgación de información comercial, el cual fue archivado por tránsito erróneo.

El siguiente fue el proyecto No. 172 de 1992, que enfatizaba en la licitud del tratamiento de datos y de la responsabilidad del banco de datos y de sus fuentes de información.

Sobre la base del anterior hizo curso el proyecto No. 12 de 1993, que alcanzó a ser objeto de revisión previa por parte de la Corte Constitucional, la cual lo declaró inexecutable por vicios de forma en su tramitación, según consta en la Sentencia No. 008 de 1995.

El proyecto de ley No. 070 de 1997, Cámara, buscaba proteger la intimidad personal y el buen nombre frente a los sistemas de información y los bancos de datos. Como punto especial, este proyecto contemplaba la creación de una Comisión Protectora de Bancos de Datos.

Le siguieron los proyectos de ley estatutarios Nos. 115 de 1997, Senado, 52 de 2000, Senado, y 124 de 2001, Cámara, enderezados a desarrollar el artículo 15 de

la Carta y a regular la actividad de tratamiento de datos personales por parte de los bancos de datos.

El Ministerio de Hacienda presentó en su oportunidad un proyecto de Ley radicado con el No. 071 de 2002, Senado, acumulado al proyecto No. 075 de 2002, Senado, el cual fue archivado durante la correspondiente legislatura.

Luego fueron presentados los proyectos No. 143 de 2003, Senado, de iniciativa defensorial, y el No. 139 de 2004, que tuvo su origen en la Cámara de Representantes, ambos también archivados.

Estos últimos dos proyectos (71 y 113, Cámara), son un poco más amplios en contenido de articulado y exposición de motivos, y mucho más extensos en la específica regulación del hábeas data. Sin embargo, no nos pronunciaremos sobre los mismos más de lo ya señalado.

CAPÍTULO TERCERO – DEL CONCEPTO DEL CONSEJO DE ESTADO.

Bajo el número 1673, con Ponencia del H. Consejero de Estado, doctor Enrique José Arboleda Perdomo, la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado se pronunció el 29 de septiembre de 2005 con la siguiente referencia: *“Conflicto de intereses de los Congresistas. Elementos. Decisión por el legislativo. Habeas Data.”*

Dicho Concepto, fue emitido a solicitud del señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera, quien se dirigió a la Sala con el fin de que conceptuase sobre la ocurrencia de un posible conflicto de intereses en los Congresistas, con ocasión de la presentación y trámite de un proyecto de ley estatutaria que regulase el habeas data, para lo cual formuló esta pregunta:

“¿Puede un congresista con historial crediticio a su nombre en un banco de datos de información financiera participar en el debate y aprobación de un proyecto de ley estatutaria sobre habeas data, dentro del cual se contemple un término de permanencia para la información allí registrada, o por el contrario, debe declararse impedido?”

Indicando el Señor Ministro que en ocasiones anteriores no se ha podido concluir el trámite exitoso de otros proyectos de ley sobre la materia, explica en su comunicación los alcances y bondades del proyecto, *“exponiendo que se trata de una regulación integral del derecho fundamental al habeas data, “uno de cuyos capítulos es el vinculado a la actividad de los bancos de datos de naturaleza financiera, sobre los cuales es necesario precisar su función como facilitadores del suministro de crédito a menores costos y no como equivocadamente se les tilda de listas negras.” Reitera la necesidad de expedir una regulación como la planteada, que además es de interés de la comunidad pues debe abaratar los costos en las transacciones y ser una estupenda carta de presentación para los deudores que han cumplido rigurosamente con sus obligaciones.”*

Considera el Sr. Ministro que “no existe impedimento alguno para su consideración por parte congresistas con historial crediticio en sus bases de datos”, pero lo contrario opina el suscrito, pues no obstante las consideraciones que la H. Sala de Consulta y Servicio Civil presenta, con ponencia del Consejero Arboleda Perdomo, con todo respeto consideramos que la expresión “Si bien existen otras normas que regulan los conflictos de intereses que pueden ser aplicables a los congresistas, dado que la consulta inquiere únicamente sobre el efecto inhabilitante de los mismos cuando se presenten en cabeza de un miembro del legislativo, y en forma específica sobre su posible ocurrencia en el trámite de una ley estatutaria que regule el habeas data, se han transcrito aquellas que directamente regulan el tema, pues serán el principal fundamento de la respuesta.”, está errada y es una desafortunada interpretación del artículo 286 de la Ley 5ª de 1992, ya que existe por parte de muchos Congresistas, que ya se declararon impedidos en el trámite del proyecto de ley estatutaria, un “...interés directo en la decisión...”.

Si bien el Consejo de Estado, refiriéndose al sustento democrático de la relación entre la justicia y el bien común, hace una serie de respetabilísimas consideraciones, entre otras la de la prevalencia del interés general con el interés particular y aclarando que “Es evidente que todos los asociados pueden ser sujetos pasivos de todas las leyes, por lo que siempre podrá decirse que una ley eventualmente puede beneficiar a cualquier asociado, incluidos los miembros del Congreso. Por esta razón, se requiere que el conflicto sea real y no simplemente una eventualidad de la aplicación de la ley”, y que además, “El conflicto debe ser lo suficientemente grave que permita deducir que puede afectar el discernimiento del Congresista, ya que, según la experiencia humana, lo probable es que intervenga a su favor y no pensando en el bien común”, no podemos compartir tales expresiones, pues el análisis de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, a nuestro juicio, no abarcó la concordancia del régimen de conflicto de intereses con el de pérdida de investidura, particularmente con el numeral tercero del artículo 296 de la Ley 5ª de 1992.

Por tanto, el suscrito en calidad de profesor de Derecho Constitucional en la Universidad de La Sabana, respetuosamente disiente del concepto de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en el cual se concluyó, con base en premisas insuficientemente concatenadas con el régimen de pérdida de investidura, lo siguiente: “No existe impedimento para que un congresista participe y vote en el trámite de una ley estatutaria que regule el derecho al habeas data, por tener un historial en un banco de datos de información financiera, en cuanto las normas jurídicas que se expidan, legislen de manera uniforme para todas las personas, incluyendo los propios miembros del legislativo. En caso de que alguno de éstos resulte beneficiado, bien sea personalmente o en alguno de sus allegados establecidos en la ley, y considere que este beneficio entra en grave conflicto con el interés general, deberá poner de presente su impedimento ante la respectiva comisión o cámara, para que ella decida si lo admite o no.

Por último, si alguno de los miembros del legislativo o uno de sus allegados establecidos en la ley, poseen intereses en la industria que se regula, o tienen procesos judiciales o administrativos en curso en contra de las entidades que manejen o administren información financiera, deberán ponerlo de presente en la forma indicada, para que la correspondiente comisión o la plenaria decida sobre el impedimento.”.

CAPÍTULO CUARTO – DEL ESTATUTO DEL CONGRESISTA.

La Ley 5ª de 1992, Estatuto del Congresista, dedica un especial al tema del Conflicto de Intereses. Particularmente son citadas aquí las mismas normas que incluye el Consejo de Estado en su concepto.

Conflicto de intereses

“Artículo 286. Aplicación. Todo congresista, cuando exista interés directo en la decisión porque le afecte de alguna manera, o a su cónyuge o compañero o compañera permanente, o a alguno de sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o primero civil, o a su socio o socios de derecho o de hecho, deberá declararse impedido de participar en los debates o votaciones respectivas.”

“Artículo 291. Declaración de impedimento. Todo senador o representante solicitará ser declarado impedido para conocer y participar sobre determinado proyecto o decisión trascendental, al observar un conflicto de interés.”

“Artículo 292. Comunicación del impedimento. Advertido el impedimento, el congresista deberá comunicarlo por escrito al presidente de la respectiva comisión o corporación legislativa donde se trate el asunto que obliga al impedimento.”

“Artículo 293. Efecto del impedimento. Aceptado el impedimento se procederá a la designación de un nuevo ponente, si fuere el caso. Si el conflicto lo fuere respecto del debate y la votación, y aceptado así mismo el impedimento, el respectivo presidente excusará de votar al congresista.”

“La excusa así autorizada se entenderá válida para los efectos del párrafo del artículo 183 constitucional, si asistiere a la sesión el congresista”.

“El secretario dejará constancia expresa en el acta de la abstención.”

Sin embargo, frente a las explicaciones de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil, contenidas en un CONCEPTO, debemos hacer referencia al capítulo primero del presente escrito, para indicar la no obligatoriedad de lo resuelto ante el pedimento del Señor Ministro de Hacienda y Crédito Público, doctor Alberto Carrasquilla Barrera.

Indicamos igualmente que en la Sección Quinta del Capítulo Cuarto de la Ley 5ª de 1992, numeral tercero del artículo 296, se encuentra dispuesta la causal de pérdida de investidura para los congresistas, por violación del régimen sobre conflicto de intereses.

ARTÍCULO 296. CAUSALES. La pérdida de la investidura se produce:

(...).

(...).

3. Por violación al régimen de conflicto de intereses.

Tal disposición, es la que nos mueve a expresar nuestro parecer en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO QUINTO – CONCLUSIÓN.

En mérito de lo expuesto, mi CONCEPTO se emite en el sentido de indicar que con la votación del Proyecto de Ley Estatutaria en estudio, se estaría violando el Capítulo IV del Estatuto del Congresista, Sección Cuarta, “Conflicto de Intereses”, que daría lugar a la causal tercera de pérdida de investidura, contenida en el artículo 296 de la Ley 5ª de 1992, y por tanto, no es aplicable el Concepto con Radicación 1673 del 29 de septiembre de 2005, de la H. Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

Con toda atención,

Hernán Alejandro Olano García
Miembro de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.
Profesor de Derecho Constitucional.