



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXV - Nº 608

Bogotá, D. C., miércoles, 10 de agosto de 2016

EDICIÓN DE 40 PÁGINAS

DIRECTORES:

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

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

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

PROYECTO DE ACTO LEGISLATIVO NÚMERO 07 DE 2016 SENADO

*por el cual se modifican algunos artículos
de la Constitución Política.*

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1º. El artículo 221 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 221. De las conductas punibles cometidas por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán la Fiscalía General Penal Militar y Policial, los juzgados y Tribunales Penales Militares y de Policía, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales órganos de investigación y juzgamiento estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

El Fiscal General Penal Militar y Policial, y sus delegados, está obligado a ejercer la acción penal en relación con las conductas punibles de su competencia y, en consecuencia, no podrá suspender, interrumpir, ni renunciar a su persecución penal, salvo en los casos en que proceda la aplicación del principio de oportunidad, en las condiciones y situaciones que prevea la ley. El ejercicio de esta facultad excepcional será sometido al control del Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías.

En la investigación y juzgamiento de las conductas punibles de los miembros de la Fuerza Pública, en relación con un conflicto armado o un enfrentamiento que reúna las condiciones objetivas del Derecho Internacional Humanitario, se aplicarán las normas y principios de este. Los jueces y fiscales de la justicia ordinaria y de la Justicia Penal Militar o Policial que conozcan de las conductas de los miembros de la Fuerza Pública deberán tener formación y conocimiento adecuado del Derecho Internacional Humanitario.

La Justicia Penal Militar o policial será independiente del mando de la Fuerza Pública.

Artículo 2º. El artículo 250 de la Constitución Política quedará así:

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, respecto de los cuales es la Fiscalía General Penal Militar y Policial el órgano que cumpla estas mismas facultades.

En ejercicio de sus funciones la Fiscalía General de la Nación, deberá:

1. Solicitar al juez que ejerza las funciones de control de garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso penal, la conservación de la prueba y la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.

El juez que ejerza las funciones de control de garantías no podrá ser, en ningún caso, el juez de conocimiento en aquellos asuntos en que haya ejercido esta función.

La ley podrá facultar a la Fiscalía General de la Nación para realizar excepcionalmente capturas; igualmente, la ley fijará los límites y eventos en que proceda la captura. En estos casos el juez que cumpla la función

de control de garantías lo realizará a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

2. Adelantar registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones. En estos eventos el juez que ejerza las funciones de control de garantías efectuará el control posterior respectivo a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.

3. Asegurar los elementos materiales probatorios, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías para poder proceder a ello.

4. Presentar escrito de acusación ante el juez de conocimiento, con el fin de dar inicio a un juicio público, oral, con inmediación de las pruebas, contradictorio, concentrado y con todas las garantías.

5. Solicitar ante el juez de conocimiento la preclusión de las investigaciones cuando según lo dispuesto en la ley no hubiere mérito para acusar.

6. Solicitar ante el juez de conocimiento las medidas judiciales necesarias para la asistencia a las víctimas, lo mismo que disponer el restablecimiento del derecho y la reparación integral a los afectados con el delito.

7. Velar por la protección de las víctimas, los jurados, los testigos y demás intervinientes en el proceso penal. La ley fijará los términos en que podrán intervenir las víctimas en el proceso penal y los mecanismos de justicia restaurativa.

8. Dirigir y coordinar las funciones de Policía Judicial que en forma permanente cumple la Policía Nacional y los demás organismos que señale la ley.

9. Cumplir las demás funciones que establezca la ley.

El Fiscal General y sus delegados tienen competencia en todo el territorio nacional.

En el evento de presentarse escrito de acusación, el Fiscal General o sus delegados deberán suministrar, por conducto del juez de conocimiento, todos los elementos probatorios e informaciones de que tenga noticia incluidos los que le sean favorables al procesado.

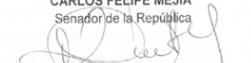
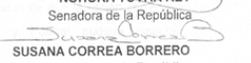
Parágrafo. La Procuraduría General de la Nación continuará cumpliendo en el nuevo sistema de indagación, investigación y juzgamiento penal, las funciones contempladas en el artículo 277 de la Constitución Nacional.

Parágrafo 2°. <Parágrafo corregido por el artículo 1° del Decreto número 379 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

Parágrafo 3°. Atendiendo la naturaleza del bien jurídico o la menor lesividad de la conducta punible, el legislador podrá asignarle el ejercicio de la acción penal a la víctima o a otras autoridades distintas a la Fiscalía General de la Nación. En todo caso, la Fiscalía General de la Nación podrá actuar en forma preferente.

Artículo 3°. *Vigencia.* El presente Acto Legislativo rige a partir de su promulgación.

De los honorables Senadores,

 THANIA VEGA DE PLAZAS Senadora de la República	 ÁLVARO URIBE VELEZ Senador de la República
 MARÍA DEL ROSARIO GUERRA Senadora de la República	 PALOMA VALENCIA LASERNA Senador de la República
 RIGOBERTO BARÓN NEIRA Senadora de la República	 ALFREDO RANGEL SUAREZ Senador de la República
 IVÁN DUQUE MARQUEZ Senadora de la República	 FERNANDO ARAÚJO RUMIE Senador de la República
 JOSÉ OBDULIO GAVIRIA Senador de la República	 ORLANDO CASTAÑEDA SERRANO Senador de la República
 DANIEL CABRALES CASTILLO Senador de la República	 EVERTH BUSTAMANTE GARCÍA Senador de la República
 ALFREDO RAMOS MAYA Senador de la República	 JAIME AMIN HERNÁNDEZ Senador de la República
 ERNESTO MACÍAS TOVAR Senador de la República	 CARLOS FELIPE MEJÍA Senador de la República
 PAOLA HOLGUÍN MORENO Senadora de la República	 NOHORA TOVAR REY Senadora de la República
 HONORIO HENRÍQUEZ PINEDO Senador de la República	 SUSANA CORREA BORRERO Senadora de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Introducción

El presente Proyecto de Acto Legislativo (en adelante PAL) tiene por objeto modificar los artículos 221 y 250 de la Constitución Política en atención a la necesidad de ajustar el marco dispositivo constitucional que regula el funcionamiento y facultades de la Justicia Penal Militar, específicamente para hacer referencia expresa a la Fiscalía General Penal Militar y Policial y su facultad excepcional de suspender, interrumpir y renunciar al ejercicio de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad.

El PAL responde a la necesidad urgente de reformar el texto constitucional tras lo decidido por la Corte Constitucional en sentencia C-326 del 22 de junio de 2016, mediante la cual declaró inexecutable un artículo de la Ley 1765 de 2015, “por medio de la cual se reestructura la Justicia Penal Militar y Policial, se establecen requisitos para el desempeño de sus cargos, se implementa su Fiscalía General Penal Militar y Policial, se organiza el Cuerpo Técnico de Investigación, se señalan disposiciones sobre la competencia para el tránsito al sistema penal acusatorio y para garantizar su plena operatividad en la Jurisdicción Especializada y se dictan otras disposiciones”. Como se explica enseguida, la citada providencia, por decisión mayoritaria (no compartida pero respetada por la autora del presente PAL), decidió excluir del ordenamiento las disposiciones de dicha ley que referían a la posibilidad de que la recién implementada Fiscalía General Penal Militar y Policial pudiera disponer la suspensión, renuncia o interrupción de la acción penal en aplicación del *principio de oportunidad*.

A consecuencia de que el artículo 250 de la Constitución Política vigente refiere a la Fiscalía General de la Nación como el órgano facultado para aplicar dicho principio, entre otras razones que se mencionarán, consideró que cualquier disposición legal que reconociera dicha potestad a cualquier otro órgano contrariaba la disposición constitucional. En ese entendido, siendo la Fiscalía General Penal Militar y Policial una institución fundamental en el funcionamiento del sistema acusatorio implementado en la Justicia Penal Militar, y sin que ninguna otra disposición imposibilite la aplicación de una facultad de esa naturaleza en los procesos de conocimiento de esta Jurisdicción especial, el PAL propone una reforma en ese sentido.

Asimismo, al revisarse el artículo 221 constitucional vigente, recientemente modificado por el Acto Legislativo número 01 de 2015, se evidencia la necesidad de ajustar su texto para incorporar a la Fiscalía General Penal Militar y Policial como órgano titular de la acción penal en esa Jurisdicción y facultarla expresamente para disponer de la misma, en virtud de la aplicación del principio de oportunidad, lo cual puede calificarse como un craso olvido de esa reforma. De esta manera se armoniza el texto constitucional y se da arraigo constitucional expreso a una institución fundamental para el éxito de una jurisdicción esencial en la estructura y funcionamiento de las instituciones que integran la fuerza pública.

2. Antecedentes del proyecto de ley

“El principio de oportunidad es una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo supervisión de legalidad del juez de control de garantías, y constituye una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos”¹.

2.1 Principio de oportunidad y el sistema acusatorio

Ha dicho la Corte Constitucional, en reiteradas sentencias, que la aplicación del *principio de oportunidad* es connatural a un modelo de procesamiento acusatorio, como la facultad que le asiste al Fiscal General Nación y sus delegados de disponer de la acción penal, de modo que pueda suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal.

En sentencia C-738 de 2008, la Corte Constitucional hizo importantes precisiones en cuanto al concepto, propósito y alcance de dicha institución jurídica, al tiempo que efectuó un valioso recuento jurisprudencial que merece traerse a colación en procura de mayor claridad:

El principio de oportunidad es una institución central del sistema penal acusatorio cuya aplicación está a cargo de la Fiscalía General de la Nación, bajo supervisión de legalidad del juez de control de garantías.

En ejercicio de sus competencias ordinarias, a la Fiscalía se le encomienda el adelantamiento de las investigaciones penales y, en el curso de las mismas, la formulación de las denuncias respectivas ante los funcionarios judiciales. Dado su compromiso constitu-

cional, la Fiscalía no puede suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal (artículo 250 C. P.).

No obstante, en ejercicio de la facultad que le confiere el principio de oportunidad, el fiscal puede abstenerse de adelantar la acción penal o de continuar o suspender la investigación en los casos expresamente señalados por el legislador. Tal como lo indica la Constitución, el principio de oportunidad es una excepción a la obligación constitucional que recae sobre la Fiscalía y que la obliga a adelantar la acción penal y realizar la investigación de los hechos delictivos.

(...)

Así, por virtud de la aplicación de esta figura jurídica, el Estado, que ha encomendado a la Fiscalía la función de investigación y acusación del delito, renuncia o suspende la persecución del ilícito. Aunque la renuncia y suspensión de la acción penal pueden presentarse de diversas formas, en distintos grados, respecto de ciertas personas vinculadas con la comisión de un hecho delictivo, lo que importa resaltar por ahora es que el fin del principio de oportunidad es la racionalización de la función jurisdiccional penal.

La Constitución autoriza a la Fiscalía a renunciar o suspender la acción penal, bajo supervisión de legalidad del juez de control de garantías, con el fin de descongestionar la administración de justicia de causas que no implican un riesgo social significativo. La institución busca disminuir las consecuencias negativas de penas cortas de privación de la libertad, persigue la reparación de las víctimas y pretende facilitar la reinserción social de los autores de ciertas conductas punibles². Algunos sectores han considerado que el principio de oportunidad responde también a la imposibilidad material de que la administración de justicia, en aplicación estricta del principio de legalidad, someta a juicio todos y cada uno de los hechos delictivos que ocurren en el país³.

(...)

“De los debates que antecedieron la adopción del Acto Legislativo número 03 de 2002, en lo que concierne al principio de oportunidad, evidencia que la inclusión del mismo en la Constitución se justificaba por cuanto (i) existen numerosos conflictos sociales que no alcanzan a vulnerar materialmente bienes jurídicos, lo que haría innecesaria la intervención del Estado en tanto en cuanto no hay lesión ni potencialmente afectación real antijurídica; (ii) se descongestiona y racionaliza la actividad investigativa del Estado encauzándola hacia la persecución de los delitos que ofrecen un mayor impacto social; (iii) los modelos acusatorios americano y

² Cfr. sentencia C-979 de 2005. M. P.: Jaime Córdoba Triviño.

³ “La adopción constitucional del principio de oportunidad penal, llevada a cabo mediante el Acto Legislativo número 03 de 2002, que para ese efecto reformó el artículo 250 de la Constitución Política, obedeció a la constatación de un fenómeno social ampliamente conocido: la imposibilidad fáctica de la justicia penal para satisfacer las exigencias de la aplicación irrestricta del principio de legalidad, conforme al cual la Fiscalía General de la Nación estaba obligada sin excepción a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistieran las características de un delito que llegaran a su conocimiento, en todos los casos” (sentencia C-095 de 2007. M. P.: Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹ Corte Constitucional, sentencia C-738 de 2008.

europeo consagran dicho principio, aunque la fórmula adoptada no responde exactamente a ninguno de ellos por cuanto el fiscal no goza de discrecionalidad para aplicarlo, sino que tiene que acudir ante el juez de control de garantías e invocar alguna de las causales expresamente señaladas en la ley; (iv) en el caso de reparación integral de las víctimas, no se justifica seguir adelante con la acción penal, en especial en delitos de contenido económico” (sentencia C-673 de 2005. M. P.: Clara Inés Vargas Hernández).

Ahora bien, tal como expresamente lo indica el artículo 250 de la Carta, el principio de oportunidad en el régimen colombiano es aplicable en los casos expresamente señalados en la ley. El texto constitucional advierte que el Fiscal General no podrá “*suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado*”.

Esta característica del sistema, que excluye la aplicación discrecional de la facultad por parte del Fiscal, y, en cambio, la restringe a las circunstancias expresamente previstas por el legislador, ha llevado a considerar que el modelo de principio de oportunidad que opera en el país es reglado. El principio de oportunidad a que hace referencia la Constitución Política, es decir, la posibilidad de que el Fiscal se abstenga de iniciar o renuncie o suspenda la acción penal, no depende de la discrecionalidad del funcionario investigador más que dentro de los precisos límites señalados por la ley. Ello hace del principio una potestad reglada que, además, por ejercerse en el marco de la ley, responde a las necesidades de un modelo de política criminal establecido previa o implícitamente por el mismo legislador.

(...)

En conclusión, como dijo la Corte, el principio de oportunidad “(i) fue supeditado por el Constituyente derivado a la política criminal del Estado; (ii) la aplicación de este principio no constituye una antinomia del principio de legalidad, comoquiera que constituye una oportunidad reglada que, se reitera, es excepcional, no arbitraria, sujeta al control de garantías, con presencia del Ministerio Público y con participación de la víctima a la que se debe escuchar y está sometida adicionalmente en su ejercicio interno por la Fiscalía a un reglamento expedido por el Fiscal General de la Nación que deberá desarrollar el plan de política criminal del Estado; (iii) este principio se predica de conductas antijurídicas y lesivas del bien jurídico, que el legislador sustrae con todos sus elementos de la acción punitiva, como resultado de una valoración político-criminal, que conduce a considerarlas de poca significación desde la perspectiva de afectación del bien jurídico protegido; (iv) dicho principio alude a delitos de entidad menor y específicamente, en el caso de los atentados contra los bienes jurídicos de la Administración Pública o recta impartición de justicia a que alude el numeral acusado se prevé claramente que la infracción del deber funcional tenga o haya tenido una respuesta de orden disciplinario y la afectación del bien jurídico resulte poco significativa; (v) en este caso no se trata de discriminar conductas con medidas distintas, para sustentarlas del ámbito penal, sino que se atribuye al Estado la opción de no proseguir excepcionalmente la acción penal en una hipótesis concreta –la señalada en

el numeral 10 acusado–, conforme a una valoración político-criminal, para la cual el constituyente autorizó al Legislador y que en el caso del numeral acusado se refiere específicamente a los denominados delitos ‘bagatela’”⁴ (subrayado y notas de pie del texto original).

Como se observa, el *principio de oportunidad* deviene en un instrumento procesal asociado con modelos procesales con tendencia acusatoria, y corresponde a un elemento esencial de la política criminal del Estado, por vía del cual pretende imprimirle a la administración de justicia mayor grado de eficiencia y selectividad reglada.

En Colombia, el cambio de paradigma procesal en lo penal en el año 2004 trajo consigo la implementación del principio de oportunidad, expresamente consagrado en el artículo 250 constitucional como un dispositivo jurídico que le permite al titular de la acción penal disponer del ejercicio de la misma, atendiendo los límites delineados en la política criminal del Estado.

Pues bien, debe advertirse desde ya que el cambio del paradigma procesal en la Justicia Penal Militar y Policial acarrea asimismo, como ocurrió en la justicia ordinaria en el año 2004, la implementación, y regulación propia, del mencionado instituto jurídico.

2.2. Implementación del sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar y Policial

Para la época en la que la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 03 de 2002 y el posterior Código de Procedimiento Penal, Ley 906 de 2004, mediante los cuales se implementó en Colombia el sistema penal acusatorio, y con este el *principio de oportunidad*, para la Justicia Penal Militar regía la Ley 522 de 1999, que consagraba un modelo de investigación y juzgamiento de conductas punibles relacionadas con el servicio de tipo inquisitivo.

Con la promulgación de la Ley 1407 de 2010, esta jurisdicción especial dio el paso que ya había dado la justicia penal ordinaria un lustro atrás, implementando igualmente el sistema acusatorio, como modelo de procesamiento de los delitos de su competencia.

Con todo, la ley incurrió en un olvido incomprensible: Implementar la Fiscalía General Penal Militar y Policial y su rol en la nueva dinámica adversarial que caracterizaría la investigación y juzgamiento de delitos del servicio⁵.

Con toda razón, se hacía necesaria una nueva ley que enmendara el yerro y así posibilitar la entrada en vigencia del nuevo procedimiento. De ahí la justificación de la Ley 1765 de 2015, en la que además se implementó, entre otras cosas, un cuerpo técnico de investigaciones propio y se regulan las funciones aparejadas al nuevo rol de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y sus delegados. Así se expresó en la exposición de motivos del Proyecto de ley número 085 de 2013 Senado:

⁴ Sentencia C-988 de 2006. M. P.: Álvaro Tafur Galvis.

⁵ El Título IX de la citada ley, “De la Fiscalía Penal Militar”, únicamente consta de un (1) artículo, en el que solo hace referencia al alcance de su competencia: **Artículo 217. De la Fiscalía Penal Militar.** El Fiscal Penal Militar tiene competencia en todo el territorio nacional.

La Ley 1407 de 2010, “por la cual se expide el Código Penal Militar”, promulgada el 17 de agosto de 2010 mediante inserción en el *Diario Oficial* número 47804 de la misma fecha, establece el Sistema Penal Acusatorio en la Justicia Penal Militar, siguiendo el modelo que opera en la justicia ordinaria a partir de la Ley 906 de 2004, expedida con fundamento en el Acto Legislativo número 03 de 2002, como necesidad ineludible de armonizar el procedimiento penal con la evolución del derecho procesal penal a nivel nacional e internacional, bajo los principios rectores que rigen la administración de justicia y dentro del marco constitucional especial establecido para los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, acorde con las funciones constitucionales que cumple y la especificidad de su organización y funcionamiento. Por esto, si bien la Justicia Penal Militar no hace parte de la estructura orgánica de la Rama Judicial, también administra justicia respecto de aquellos delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, como lo disponen los artículos 116, 221 y 250 de la Constitución Política.

(...)

La misma Corporación señala que es el legislador quien puede disponer que se introduzcan garantías procesales del sistema acusatorio al proceso penal militar, como lo hizo al expedir la Ley 1407 de 2010, que fija los criterios de implementación de este sistema en la jurisdicción Especializada, concibiendo la estructura de una Fiscalía General Penal Militar, un Cuerpo Técnico de Investigación para la Justicia Penal Militar y una Defensoría Pública eficaz y de carácter permanente, figuras todas necesarias para su funcionamiento.

(...)

De otra parte y para fortalecer la investigación, se le asigna al Fiscal General Penal Militar y Policial la función de coordinar con la Dirección Ejecutiva de la Unidad Administrativa Especial de la Justicia Penal Militar y Policial la creación de unidades especializadas, de acuerdo con su gravedad o trascendencia, y proponer a dicha Dirección la reglamentación de los Centros de Servicios Judiciales dentro del ámbito de su competencia, buscando optimizar la cobertura y el servicio de la jurisdicción especializada.

En el tránsito hacia el Sistema Penal Acusatorio en la jurisdicción penal militar, se mantiene un procedimiento de doble instancia: La primera, en cabeza del Juez Penal Militar o Policial de Conocimiento Especializado o de Conocimiento, del Juez Penal Militar o Policial de Control de Garantías, del Juez Penal Militar o Policial de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad; y la segunda, del Tribunal Superior Militar y Policial, sumado a la implementación de la Fiscalía General Penal Militar y Policial y su Cuerpo Técnico de Investigación Penal Militar y Policial...

(...)

En cuanto hace referencia a la Fiscalía General Penal Militar y Policial, el Título IV del proyecto de ley estipula que estará integrada por el Fiscal General Penal Militar y Policial, los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial, los Fiscales Delegados ante los Jueces Penales Militares o Policiales, el Coordinador Nacional y los Coordinadores Regionales del Cuerpo Técnico

de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial, entidad que, en representación del Estado y de conformidad con lo preceptuado en el artículo 243 de la Ley 1407 de 2010, se encuentra obligada a ejercer la acción penal militar y a realizar la investigación de las conductas que revisten característica de delito de competencia de esta jurisdicción, salvo las excepciones contempladas en la Constitución y en la ley, con acento en la garantía de los derechos fundamentales del inculcado, para la definición de la verdad y la realización efectiva de la justicia, y teniendo presentes los derechos de las víctimas a conocer la verdad sobre lo ocurrido, acceder a la justicia y a obtener una reparación integral, de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, adoptando las decisiones necesarias para asegurar el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios ocasionados por el delito.

Así mismo, según lo consagrado en la sentencia C-591 de 2005 proferida por la Corte Constitucional, que se ocupó de analizar también la Justicia Penal Militar, los fines del nuevo procedimiento no son otros que la búsqueda de la verdad material sobre la ocurrencia de unos hechos delictivos, la consecución de la justicia dentro del pleno respeto por la dignidad humana y los derechos fundamentales del procesado, la protección y reparación integral de los perjuicios ocasionados a las víctimas, la adopción de medidas efectivas para la conservación de la prueba y la posibilidad dentro del marco estricto de la ley, de acudir a mecanismos que flexibilicen la actuación procesal, tales como los acuerdos y las negociaciones entre la Fiscalía General Penal Militar y el acusado, previstos en el artículo 491 de la Ley 1407 de 2010, cuyas finalidades se orientan a humanizar la actuación procesal y la pena, obtener pronta y cumplida justicia, activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito, propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, buscando con todo ello que solo una pequeña parte de los procesos lleguen a la etapa de juicio oral, con el fin de no congestionar la Jurisdicción Penal Militar y Policial.

(...)

No obstante que el Sistema Penal Acusatorio que se implementa en la Justicia Penal Militar a través de la Ley 1407 de 2010 establece con fundamento en el principio de legalidad que la Fiscalía General Penal Militar está obligada a iniciar la acción penal en todos aquellos eventos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, consideramos que de conformidad con lo dispuesto en esta ley, dicho ente puede tener la posibilidad de suspender, interrumpir y renunciar a la persecución penal en los casos concretos que aquí se establecen para la aplicación de dicho principio.

Lo anterior, por cuanto en esa tensión que surge entre el principio de legalidad y el principio de oportunidad, el primero debe ceder ante este último, al ser un hecho evidente que ni aun en una jurisdicción especializada como lo es la Justicia Penal Militar o Policial, por eficaz que ella sea, es posible atender en forma efectiva todas las noticias constitutivas de un hecho punible que lleguen a su conocimiento y por ello, como lo señala el profesor Juan Luis Gómez Colomer, “se plantea la

necesidad de tratar con franqueza el problema permitiendo una flexibilización del principio de legalidad o una disminución de su intensidad formal justificada por razones de prevenciones general y especial ligadas a profundas consideraciones sobre la necesidad y la conveniencia de la represión penal en un caso concreto”⁶.

Precisamente la regulación legal resultante de este proyecto de ley fue recientemente declarada inexecutable, dando lugar a la presentación de este proyecto de reforma constitucional.

2.3. Declaratoria de inexecutable del principio de oportunidad en la Ley 1765 de 2015

La Ley 1765 de 2015 implementó la Fiscalía General Penal Militar y Policial y reglamentó sus facultades, entre las más importantes, la aplicación del *principio de oportunidad* (artículos 30, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119 y 120)⁷.

⁶ *Gaceta del Senado*, exposición de motivos Proyecto de ley 085 de 2013.

⁷ **Artículo 30. Funciones generales de los Fiscales Penales Militares y Policiales delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento.** Los Fiscales Penales Militares y Policiales Delegados ante el Tribunal Superior Militar y Policial y ante los Jueces Penales Militares y Policiales de Conocimiento Especializado y de Conocimiento, entre otras, tienen las siguientes funciones:

1. Investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito de conocimiento de la Justicia Penal Militar y Policial.
2. Adelantar, previa autorización del Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, registros, allanamientos, incautaciones e interceptaciones de comunicaciones y poner a su disposición los elementos materiales probatorios y evidencia física recogidos, para su control de legalidad dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes.
3. Asegurar en cada caso particular los elementos materiales probatorios y evidencia física, garantizando la cadena de custodia mientras se ejerce su contradicción. En caso de requerirse medidas adicionales que impliquen afectación de derechos fundamentales, deberá obtenerse la respectiva autorización del Juez Penal Militar y Policial de Garantías para poder proceder a ello.
4. Dirigir, coordinar y controlar en cada caso particular las actividades de policía judicial que en forma permanente ejerce el Cuerpo Técnico de Investigación de la Justicia Penal Militar y Policial y los demás organismos de policía judicial que señale la ley.
5. Solicitar capturas ante el Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías y poner al capturado a su disposición a más tardar dentro de las treinta y seis (36) horas siguientes.
6. Solicitar al Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías las medidas necesarias que aseguren la comparecencia de los imputados al proceso Penal Militar o Policial, la conservación de la prueba, la integridad de la fuerza pública, la protección de la comunidad, en especial de las víctimas.
7. Presentar solicitud de preclusión de la investigación ante la Sala del Tribunal Superior Militar y Policial o Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado y de Conocimiento.
8. Celebrar acuerdos con los imputados.
9. Presentar la acusación ante el Magistrado del Tribunal Superior Militar y Policial o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías.
10. Intervenir en la etapa del juicio.
11. Solicitar ante la Sala del Tribunal Superior Militar y Policial o Juez Penal Militar y Policial de Conocimiento Especializado y de Conocimiento ante el Magistrado o Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías, las medidas judiciales necesarias para la

Para la Corte Constitucional, la ley incurrió en un error contrario al texto de la Carta Política al consagrar una insti-

asistencia de las víctimas, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto.

12. Interponer y sustentar los recursos ordinarios y extraordinarios y la acción de revisión en los eventos establecidos en el Código Penal Militar.

13. Solicitar las nulidades y demás actuaciones procesales de su competencia y disponer las que le señale la ley.

14. Aplicar el principio de oportunidad en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.

15. Las demás que le señale la ley.

Artículo 111. Principio de oportunidad y política criminal. La aplicación del principio de oportunidad deberá hacerse con sujeción a la política criminal del Estado.

Artículo 112. Legalidad. La Fiscalía General Penal Militar y Policial está obligada a perseguir a los autores y partícipes en los hechos que revistan las características de una conducta punible que llegue a su conocimiento, excepto por la aplicación del principio de oportunidad, en los términos y condiciones previstos en esta ley.

Artículo 113. Aplicación del principio de oportunidad. La Fiscalía General Penal Militar y Policial, en la investigación o en el juicio, hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá suspender, interrumpir o renunciar a la persecución penal, en los casos que establece esta ley.

Artículo 114. Causales. El principio de oportunidad se aplicará en los siguientes casos:

1. Cuando se trate de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo máximo señalado en la ley no exceda de seis (6) años o con pena principal de multa, siempre que se haya reparado integralmente a la víctima conocida o individualizada; si esto último no sucediere, el funcionario competente fijará la caución pertinente a título de garantía de la reparación, una vez oído el concepto del Ministerio Público.

Esta causal es aplicable igualmente en los eventos de concurso de conductas punibles siempre y cuando de forma individual se cumpla con los límites y las calidades señalados en el inciso anterior.

2. Cuando el imputado haya sufrido a consecuencia de la conducta culpable daño físico o moral grave que haga desproporcionada la aplicación de una sanción o implique desconocimiento del principio de humanización de la sanción punitiva.

3. Cuando el ejercicio de la acción penal implique riesgo o amenaza grave a la seguridad del Estado.

4. Cuando en delitos contra el patrimonio económico, el objeto material se encuentre en tan alto grado de deterioro respecto de su titular que la genérica protección brindada por la ley haga más costosa su persecución penal y comporte un reducido y aleatorio beneficio.

5. Cuando el juicio de reproche de culpabilidad sea de tan secundaria consideración que haga de la sanción penal una respuesta innecesaria y sin utilidad social.

6. Cuando se afecten mínimamente bienes colectivos, siempre y cuando que se dé la reparación integral y pueda deducirse que el hecho no volverá a presentarse.

7. En los casos de atentados contra bienes jurídicos de la Administración Pública, cuando la afectación al bien jurídico funcional resulte poco significativa y la infracción al deber funcional tenga o haya tenido como respuesta adecuada el reproche institucional y la sanción disciplinaria correspondientes.

8. Cuando la conducta se realice excediendo una causal de justificación, si la desproporción significa un menor valor jurídico y social explicable en el ámbito de la culpabilidad.

Parágrafo 1º. La aplicación del principio de oportunidad en los casos de delitos sancionados con pena privativa de la libertad cuyo límite máximo exceda de seis (6) años de prisión será proferida por el Fiscal General Penal Militar y Policial o por quien él delegue de manera especial para tal efecto.

Parágrafo 2º. No se podrá aplicar el principio de oportunidad en investigaciones o acusaciones por delitos contra la disciplina, el servicio, intereses de la fuerza pública, la seguridad de la fuerza pública, el honor, los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario, ni cuando

tución jurídica que esta prevé de manera expresa como una

tratándose de conductas dolosas la víctima sea un menor de dieciocho (18) años.

Artículo 115. Suspensión del procedimiento a prueba. El imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial podrá solicitar la suspensión del procedimiento a prueba mediante solicitud oral en la que manifieste un plan de reparación del daño y las condiciones que estaría dispuesto a cumplir.

El plan podrá consistir en la mediación con las víctimas, en los casos en que esta sea procedente, la reparación integral de los daños causados a las víctimas o la reparación simbólica, en forma inmediata o a plazos.

Presentada la solicitud, el fiscal penal militar y policial delegado consultará a la víctima y resolverá de inmediato mediante decisión que fijará las condiciones bajo las cuales se suspende el procedimiento, y aprobará o modificará el plan de reparación propuesto por el imputado conforme a los principios de justicia restaurativa establecidos en la ley.

Si el procedimiento se reanuda con posterioridad, la admisión de los hechos por parte del imputado no se podrá utilizar como prueba de culpabilidad.

Parágrafo. El fiscal penal militar y policial delegado podrá suspender el procedimiento a prueba cuando para el cumplimiento de la finalidad del principio de oportunidad estime conveniente hacerlo antes de decidir sobre la eventual renuncia del ejercicio de la acción penal.

Artículo 116. Condiciones a cumplir durante el periodo de prueba. El fiscal penal militar y policial delegado fijará el período de prueba, que no podrá ser superior a tres (3) años, y determinará una o varias de las condiciones que deberá cumplir el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial, entre las siguientes:

1. Residir en un lugar determinado e informar al fiscal penal militar y policial delegado ante el juez de conocimiento o conocimiento especializado cualquier cambio del mismo.
2. Participar en programas especiales de rehabilitación.
3. Prestar servicios o trabajo social en su institución militar o policial.
4. Someterse a un tratamiento médico o psicológico.
5. No poseer o portar armas de fuego.
6. No conducir vehículos automotores, naves o aeronaves.
7. La reparación integral a las víctimas, de conformidad con los mecanismos establecidos en la ley.
8. La realización de actividades a favor de la recuperación de las víctimas.
9. La colaboración activa y efectiva en el tratamiento psicológico para la recuperación de las víctimas, siempre y cuando medie su consentimiento.
10. La manifestación pública de arrepentimiento por el hecho que se le imputa.
11. La obligación de observar buena conducta individual, familiar y social.

Durante el período de prueba el imputado o acusado hasta antes de la audiencia de Corte Marcial deberá someterse a la vigilancia que el fiscal penal militar y policial delegado determine sin menoscabo de su dignidad.

Vencido el período de prueba y verificado el cumplimiento de las condiciones, el fiscal penal militar y policial delegado solicitará el archivo definitivo de la actuación, conforme al procedimiento establecido para el control judicial en la aplicación del principio de oportunidad.

Artículo 117. Control judicial en la aplicación del principio de oportunidad. El juez penal militar y policial de control de garantías deberá efectuar el control respectivo, dentro de los cinco (5) días siguientes a la determinación de la Fiscalía Penal Militar y Policial de dar aplicación al principio de oportunidad.

Dicho control será obligatorio y automático y se realizará en audiencia especial en la que la víctima y el Ministerio Público podrán controvertir la prueba aducida por la Fiscalía Penal Militar y Policial para sustentar la decisión. El juez penal militar y policial resolverá de plan.

facultad exclusiva de la Fiscalía General de la Nación.

En consideración de la posición mayoritaria de dicha corporación, el texto vigente del artículo 250 constitucional imposibilita la aplicación del *principio de oportunidad* en los procesos de competencia de la Justicia Penal Militar, lo cual, en estricto sentido, es una equivocada interpretación. Con todo, al tratarse de una decisión judicial vinculante, que hace tránsito a cosa juzgada constitucional, no existe razón ni oportunidad para desconocerla o controvertirla.

De acuerdo con lo resuelto, al decir el artículo 250 vigente, “*Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio activo y en relación con el mismo servicio*”, seguido del texto alusivo a la facultad que tiene la Fiscalía General de la Nación de disponer del ejercicio de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad, ello implica una prohibición expresa de su implementación en cualquier otro modelo procesal a favor de órgano de investigación distinto a aquel.

Por supuesto que ello no es así, como bien lo hizo notar la posición disidente de la mayoría; la precisión que hace el artículo no se refiere única y exclusivamente a la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad en las causas penales militares, sino a la posibilidad de que la Fiscalía General de la Nación conociera de conductas punibles cometidas por miembros activos de la Fuerza Pública y que guardaran relación con el servicio. En otras palabras, lo que hace el texto es establecer límites a la competencia de la Fiscalía General de la Nación y reafirmar el fuero penal militar, instituido en el artículo 221 constitucional.

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, quejela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir, ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para

La aplicación del principio de oportunidad y los preacuerdos de los posibles imputados o acusados y la Fiscalía Penal Militar y Policial no podrán comprometer la presunción de inocencia y solo procederán si hay un mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad.

Artículo 118. La participación de las víctimas. En la aplicación del principio de oportunidad, el fiscal penal militar y policial delegado deberá tener en cuenta los intereses de las víctimas. Para estos efectos deberá oír a las que se hayan hecho presentes en la actuación.

Artículo 119. Efectos de la aplicación del principio de oportunidad. La decisión que prescinda de la persecución extinguirá la acción penal respecto del autor o partícipe en cuyo favor se decide, salvo que la causal que la fundamente se base en la falta de interés del Estado en la persecución del hecho, evento en el cual las consecuencias de la aplicación del principio se extenderán a los demás autores o partícipes en la conducta punible, a menos que la ley exija la reparación integral a las víctimas.

Artículo 120. Reglamentación. El Fiscal General Penal Militar y Policial deberá expedir el reglamento, en el que se determine de manera general el procedimiento interno para asegurar que la aplicación del principio de oportunidad cumpla con sus finalidades y se ajuste a la Constitución y a la ley.

la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio.

En el Comunicado número 26 del 22 y 23 de junio de 2016, la Corte da a conocer la síntesis de lo argumentado en la Sentencia C-326 de 2016 para haber adoptado dicha decisión; asimismo las razones de la disidencia.

Síntesis de los argumentos de la mayoría:

Un análisis sistemático y teleológico del artículo 250 de la Constitución y del propósito, características e implicaciones del principio de oportunidad, llevó a la Corte a concluir que este mecanismo no tiene cabida en la justicia penal militar.

Recordó que el principio de oportunidad es una institución propia de los sistemas penales de tendencia acusatoria, de amplia tradición en el derecho anglosajón, a partir del cual, el titular de la acción penal, puede suspender su ejercicio, e incluso renunciar definitivamente a ella, en vista de la presencia de circunstancias particulares, usualmente no previstas al momento de tipificarse la conducta punible, que aconsejan una nueva valoración para evitar que la aplicación de la ley penal genere un posible desbalance o el rompimiento de la proporcionalidad que debe existir entre la conducta cometida y sus consecuencias. Fue establecido por primera vez en el derecho penal colombiano en el Acto Legislativo número 03 de 2002, como una excepción a la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal por parte de la Fiscalía General de la Nación, a la cual se le da la facultad de suspender o renunciar a ese ejercicio, en los casos que establezca la ley, dentro del marco de la política criminal del Estado y sujeto al control de legalidad por el juez de garantías.

Al lado del principio de oportunidad, el Acto Legislativo número 03 de 2002 mantuvo a la Fiscalía General dentro de la rama judicial, pero introdujo a nuestro sistema penal procesal las siguientes modificaciones: (i) instituyó un proceso de partes, adversarial, en el que el imputado es considerado como sujeto procesal; (ii) aplicación del principio de oralidad; (iii) establecimiento de un proceso concentrado, con intermediación de la prueba; (iv) creación de la figura del juez de control de garantías; (v) dispuso el carácter excepcional de las capturas realizadas por la Fiscalía General de la Nación, autoridad que, a su vez, preservó la competencia para imponer medidas restrictivas del derecho a la intimidad, pero bajo control judicial posterior.

De otra parte, el tribunal constitucional observó que el artículo 221 de la Constitución estipula que de los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las cortes marciales y los tribunales militares, de conformidad con las prescripciones del Código Penal Militar.

Resaltó, que la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-591 de 2005) ha entendido que las reglas y principios propios del sistema penal de tendencia acusatoria previstos en el artículo 250 de la Constitución, en particular, los enunciados en el inciso primero de este precepto constitucional, no son aplicables a la justicia penal militar, como tampoco, el legislador está obligado a brindar un trato idéntico a quienes son investigados y procesados por la justicia penal ordinaria y a quienes lo son por la justicia penal militar (Sentencia C-928/07). Lo anterior, sin perjuicio de las garantías que conforman el debido proceso y demás derechos fundamentales consagrados en la Carta Política para todo procesado, de los cuales no forma parte el principio de oportunidad, el cual constituye más un instrumento de política criminal regulado por la ley y que puede ser aplicado por la Fiscalía General para obtener colaboración eficaz en la investigación y persecución de las conductas punibles, que un derecho o garantía del debido proceso.

Lo anterior tiene sustento en el mismo texto constitucional, por cuanto, de manera expresa, el inciso primero del artículo 250, en concordancia con lo previsto en el artículo 221 superior, excluye de la competencia de la Fiscalía General para ejercer la acción penal e investigar las conductas punibles de las que tengan conocimiento, los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, que se confirió por el constituyente a la jurisdicción penal militar, como también, está excluida la posibilidad de que se aplique por esta justicia especializada, el principio de oportunidad concebido como uno de los elementos que caracterizan el sistema procesal penal ordinario en Colombia.

Síntesis de los argumentos de la disidencia:

Los Magistrados **Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** salvaron el voto, toda vez que en su concepto, las normas demandadas de la Ley 1765 de 2015 han debido ser declaradas exequibles, por no contrariar los preceptos constitucionales invocados.

En su criterio, el legislador bien podía, en desarrollo de la cláusula general de competencia (artículo 150 C. Po.), autorizar la aplicación del principio de oportunidad en la justicia penal militar y policial, habida cuenta que el inciso primero del artículo 250 de la Constitución al exceptuar los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública se está refiriendo es a la acción y proceso penal ordinario y en ese contexto, a la competencia de la Fiscalía General de la Nación para adelantar el ejercicio de la acción penal y a la obligación de realizar la investigación de los hechos que puedan revestir las características de un delito de los que tenga conocimiento, de modo que esta competencia no comprende los delitos ejecutados por los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo y en relación con el mismo servicio, investigados y juzgados por la jurisdicción penal militar, según lo estatuye el artículo 221 de la Carta Política.

Por consiguiente, no podía sostenerse con fundamento en el inciso 1° del artículo 250 superior, que

el establecimiento del principio de oportunidad en el proceso penal militar y policial no está permitido por decisión del constituyente. Observaron que el cuestionamiento de los demandantes parte de una premisa que desde el punto de vista histórico, sistemático y teleológico resulta equivocada, puesto que el precepto constitucional se refiere a la justicia penal ordinaria y por lo mismo a la competencia de la Fiscalía General para el ejercicio de la acción penal y la investigación de los delitos en general, más no los que cometen los miembros de la Fuerza Pública en relación con el servicio de competencia de la justicia penal militar y policial, cuyas particularidades y el tipo de conductas que investiga no excluye, a su juicio, la posibilidad válida de que así como el legislador tipifica estos delitos, pueda establecer los eventos en que respecto de conductas punibles de menor entidad, se suspenda o renuncie a la acción penal.

Adicionalmente, el Magistrado **Jorge Ignacio Pretelt Chaljub** aclaró el voto, por cuanto, en su opinión, la demanda partía de una premisa que no era cierta, como la de considerar que el artículo 250 de la Constitución prohíbe el establecimiento del principio de oportunidad en la justicia penal militar, razón por la cual, la Corte ha debido inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo, por ineptitud de la demanda. Sin embargo, al haberse decidido por la mayoría la procedencia de un fallo de mérito, votó a favor de la exequibilidad de las normas acusadas de la Ley 1765 de 2015, por las razones indicadas anteriormente.

3. Justificación del proyecto de ley

3.1. Viabilidad de la implementación del principio de oportunidad en la Justicia Penal Militar

El camino hacia el éxito en la implementación del sistema acusatorio en la Justicia Penal Militar y de Policía tiene como elemento esencial una adecuada regulación de la figura de la Fiscalía General Penal Militar y Policial; lo cual en ningún momento pone en duda la Corte en su Sentencia C-326 de 2016.

La naturaleza adversarial que trae consigo el nuevo paradigma, implica la existencia de una clara delimitación de los roles de acusador y juzgador, así como de las herramientas jurídicas y técnicas necesarias para que el órgano titular de la acción penal cumpla a cabalidad su papel en dicha dinámica procesal.

Las razones que informa la Corte para su decisión, en nada inhabilitan o restringen la libertad configurativa del Congreso de la República para reformar el texto constitucional y así autorizar la aplicación del principio de oportunidad por parte de este nuevo órgano, en el marco de las causas de su competencia.

Como ha quedado dicho antes, la reforma es necesaria, y perentoria, en camino de hacer efectiva la entrada en vigencia del sistema penal acusatorio introducido por la Ley 1407 de 2010 y de darle herramientas jurídicas a la Fiscalía General Penal Militar y Policial para cumplir su propio rol.

Es claro que lo afirmado y decidido por la Corte Constitucional deja como única posibilidad válida la reforma al texto del artículo 250 Superior, de modo que aclare que la excepción que cierra su primer inciso se refiere a la imposibilidad de que la Fiscalía

General de la Nación extienda su competencia al conocimiento de delitos cobijados por el fuero penal militar; al tiempo que autorice expresamente a la Fiscalía General Penal Militar y Policial a hacer uso de las facultades asociadas al principio de oportunidad. En consecuencia, la solución propuesta por el presente PAL implica adicionar al texto de ese primer inciso y reformar el artículo matriz del fuero militar (artículo 221).

Artículo 250. La Fiscalía General de la Nación está obligada a adelantar el ejercicio de la acción penal y realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito que lleguen a su conocimiento por medio de denuncia, petición especial, querrela o de oficio, siempre y cuando medien suficientes motivos y circunstancias fácticas que indiquen la posible existencia del mismo. No podrá, en consecuencia, suspender, interrumpir ni renunciar a la persecución penal, salvo en los casos que establezca la ley para la aplicación del principio de oportunidad regulado dentro del marco de la política criminal del Estado, el cual estará sometido al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías. Se exceptúan los delitos cometidos por miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio, respecto de los cuales es la Fiscalía General Penal Militar y Policial el órgano que cumpla estas mismas facultades en esa Jurisdicción Especial.

(...)

Y

Artículo 221. De las conductas punibles cometidas por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán la Fiscalía General Penal Militar y Policial, los juzgados y Tribunales Penales Militares y de Policía, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales órganos de investigación y juzgamiento estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro.

El Fiscal General Penal Militar y Policial y sus delegados están obligados a ejercer la acción penal en relación con las conductas punibles de su competencia y, en consecuencia, no podrán suspender, interrumpir ni renunciar a su persecución penal, salvo en los casos en que proceda la aplicación del principio de oportunidad, en las condiciones y situaciones que prevea la ley. El ejercicio de esta facultad excepcional será sometido al control del Juez Penal Militar y Policial de Control de Garantías.

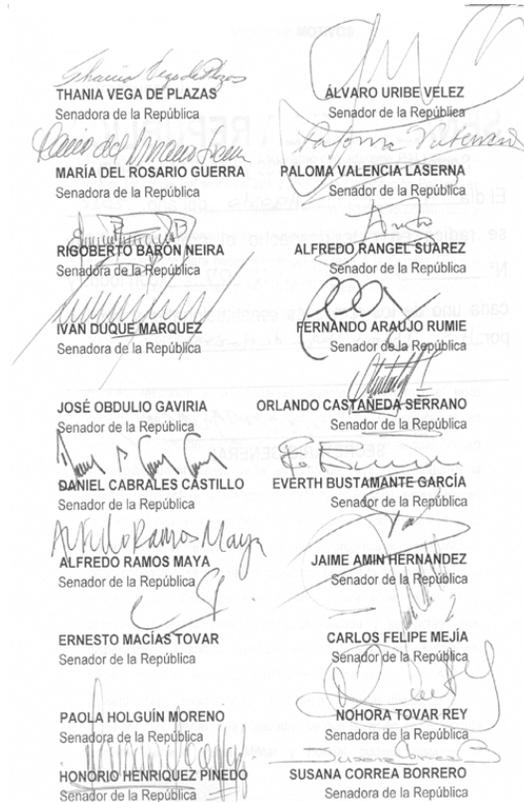
(...)

Para la autora de este PAL, la reforma a la Constitución con este propósito requiere de un ajuste en el sentido indicado al texto del artículo 221, dado que corresponde a la disposición que da origen al fuero penal militar y necesariamente debe autorizar a la nueva Fiscalía General Penal Militar y Policial a disponer de la acción penal en las situaciones y condiciones que posteriormente establezca la ley.

De este modo, en ejercicio de la libertad configurativa de esta Corporación, se atiende tanto a lo decidido por la Corte Constitucional, como a la necesidad

imperiosa de la Justicia Penal Militar y Policial de contar con las herramientas jurídicas que hagan posible, de una vez por todas, la implementación del nuevo sistema de procedimiento.

De los honorables Congresistas,



SENADO DE LA REPÚBLICA

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

El día 9 del mes de agosto del año 2016, se radicó en este Despacho el Proyecto de Acto Legislativo número 07, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales por la honorable Senadora *Thania Vega*

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de Acto Legislativo número 007 de 2016 Senado, *por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores *Thania Vega de Plazas, Álvaro Uribe Velez, María del Rosario Guerra, Paloma Valencia Laserna, Rigoberto Barón Neira, Alfredo Rangel Suárez, Iván Duque Márquez, Fernando Araújo, José Obdulio Gaviria, Orlando Castañeda, Daniel Cabrales, Éverth Bustamante, Alfredo Ramos Maya, Jaime Amín Hernández, Ernesto Macías Tovar, Carlos Felipe Mejía, Paola Holguín, Nohora Tovar Rey, Honorio Enriquez Pinedo, Susana Correa Borrero*. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Acto Legislativo es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2016

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizzano Arango

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco

PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA

PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO 91 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene las siguientes finalidades: (1) Proteger a las personas respecto del indebido tratamiento de sus datos persona-

les por parte de Responsables o Encargados que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia y (2) Permitir que las autoridades colombianas puedan adelantar investigaciones o cualquier gestión, de oficio o a petición de parte, con miras a exigir el respeto del derecho fundamental al hábeas data y a la protección de los datos personales que sean tratados por personas ubicadas o domiciliadas fuera del territorio de la República de Colombia.

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

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

“Parágrafo 1°. La presente ley también es aplicable al tratamiento de datos personales efectuado por Responsables o Encargados del Tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia”.

Artículo 3°. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 21 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

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

Artículo 4°. Adiciónese el siguiente parágrafo al artículo 23 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

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

Artículo 5°. *Vigencia*. La presente ley rige a partir de su promulgación.

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

Ernesto Acosta

Ernesto Acosta

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS¹

INTRODUCCIÓN

El Congreso de Colombia aprobó la ley estatutaria 1581 de 2012, *por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*, la cual tiene como objetivo “desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás

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

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

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

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

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

En virtud de lo anterior, la misma Autoridad de Protección de Datos reconoce que no adelanta investigaciones contra eventuales infractores de los derechos de los colombianos y los colombianos respecto del tratamiento de sus datos personales que a través de internet u otros medios realizan Responsables o Encargados del tratamiento ubicados fuera del territorio de la República de Colombia.

Aunque el campo de acción de internet desborda las fronteras nacionales, para la Corte el nuevo escenario tecnológico y las actividades en internet no se sustraen del respeto de los mandatos constitucionales⁴. Por eso,

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

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

⁴ En efecto, subraya la Corte Constitucional que “los mandatos expresados en la Carta Política cobran un significado sustancial que demanda del juez constitucional la protección de los derechos reconocidos a todas las personas, pues se trata de garantías que también resultan aplicables en ese ámbito” (Corte Constitucional, C-1147 de 2001).

¹ Para la elaboración de este proyecto contamos con la colaboración del Grupo GECTI de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, particularmente de su fundador y director, el Profesor Nelson Remolina a quien agradecemos su ayuda. GECTI significa “Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática”. Pág. web: www.gecti.uniandes.edu.co. Particularmente seguimos lo dispuesto en su reciente libro publicado en España y titulado: Remolina Angarita, Nelson. “Recolección internacional de datos: un reto del mundo posinternet”. BOE - Boletín Oficial del Estado. Madrid, España, abril de 2015.

concluye dicha entidad que “*en Internet, (...), puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional*”. Recalca dicha Corporación que “**nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales**”⁵. (Negrilla ausente en el original).

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

OBJETO DEL PROYECTO:

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

1. Proteger los derechos de las personas respecto del tratamiento indebido de sus datos personales cuando su información es recolectada, almacenada o usada por parte de personas u organizaciones que no residen ni están domiciliadas en la República de Colombia.

2. Evitar que internet se convierta en un escenario de impunidad de tratamiento de datos personales o en un paraíso informático para que algunas personas se aprovechen del hecho de no estar domiciliados en Colombia para vulnerar los derechos de las colombianas y de los colombianos en cuanto al tratamiento de sus datos personales.

3. Facultar explícitamente a la autoridad colombiana de protección de datos para que pueda realizar cualquier gestión contra Responsables o Encargados ubicados en otros países que desde los mismos desconoce los derechos o realizan tratamientos indebidos de los datos personales de colombianas y colombianos o de extranjeros domiciliados o ubicados en nuestro país.

4. Exigir el respeto de la regulación colombiana por parte de personas que desde el exterior y a través de internet recolectan, usan y explotan los datos personales de nuestros ciudadanos.

5. Impedir que las políticas internas de las empresas ubicadas fuera de Colombia reemplacen la legislación colombiana y se conviertan en la norma que rige el respeto de los derechos constitucionales fundamentales de las colombianas y los colombianos.

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

Durante sus primeros 23 años de jurisprudencia la Corte Constitucional replicó el pluralismo terminológico internacional existente sobre el derecho al debido tratamiento de datos personales al nominarlo mayoritariamente “derecho al hábeas data”⁶ como sinónimo

de autodeterminación informática⁷ o informativa⁸ y como el “derecho a la protección de datos”⁹. En 2014, por ejemplo, la Corte reiteró que a partir del artículo 15 de la Constitución se reconoció “un derecho fundamental autónomo catalogado como derecho al hábeas data, y en algunas oportunidades, como derecho a la autodeterminación informativa o informática (...)”¹⁰. También es relevante señalar que la Corte también resaltó el carácter autónomo¹¹ de dicho derecho y precisó su alcance¹² y núcleo esencial¹³, señalando que el hábeas data es una de las innovaciones de la Constitución de 1991¹⁴ y una garantía “iusfundamental”¹⁵ que “busca la protección de los datos personales en un universo globalizado en el que el poder informático es creciente”¹⁶.

Desde su primera sentencia la Corte Constitucional visibilizó la existencia del “poder informático”¹⁷ para luego precisar que existe el “deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante”¹⁸. Esa administración de datos personales no puede efectuarse de cualquier manera sino observando los principios del hábeas data que para la Corte son “límites al tratamiento de datos personales”¹⁹, razón por la cual son de imperativa observancia junto con una serie de obligaciones²⁰ que se deben cumplir cuando se pretenda realizar cualquier actividad sobre los datos personales.

⁷ Cfr. Corte Constitucional, T-307 de 1999, C-336 de 2007, T-771 de 2007, T-137 de 2008, T-260 de 2012, C-640 de 2010, T-658 de 2011.

⁸ Cfr. Corte Constitucional, C-334 de 2010.

⁹ Esta última expresión se utiliza en la sentencia T-260 de 2012.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, T-176A de 2014.

¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-1011 de 2008, C-748 de 2011, T-176A de 2014.

¹² Cfr. Corte Constitucional, T-783 de 2002, T-542 de 2003, T-565 de 2004, C-851 de 2005, T-160 de 2005, T-266 de 2005, T-565 de 2005; T-657 de 2005, T-718 de 2005, T-684 de 2006, T-1067 de 2007, T-002 de 2009.

¹³ Cfr. Este tema lo desarrollaremos en el capítulo segundo de esta investigación.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, T-848 de 2008.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, T-947 de 2008.

¹⁶ Cfr. Corte Constitucional, T-176 A de 2014.

¹⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencias T-414 de 1992, T-307 de 1999, T-137 de 2008, T-361 de 2009, T-176A de 2014. El poder informático es una de las cuestiones que se enuncia como justificación del hábeas data. En este sentido, en la sentencia C-640 de 2010 se cita la siguiente parte de la sentencia C-336 de 2007, a saber: “tanto la consagración constitucional del derecho al hábeas data, como sus desarrollos jurisprudenciales, encuentran justificación histórica en el surgimiento del denominado poder informático (...) y la posibilidad del manejo indiscriminado de los llamados datos personales (...). Durante la vigencia de la actual Constitución, el hábeas data pasó de ser una garantía (...) con alcances muy limitados, a convertirse en un derecho de amplio espectro. Es así como bajo la égida del derecho general de libertad (artículo 16) y la cláusula específica de libertad en el manejo de los datos (artículo 15 primer inciso), la jurisprudencia ha reconocido la existencia-validez del llamado derecho a la autodeterminación informática (...). En este sentido, derecho a la autodeterminación informática y derecho al hábeas data, son nociones jurídicas equivalentes (...) que comparten un mismo referente”.

¹⁸ Cfr. Corte Constitucional, T-227 de 2003.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, T-987 de 2012.

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, T-684 de 2006.

⁵ Todas las partes o frases señaladas entre comillas son tomadas de la sentencia C-1147 de 2001.

⁶ Cfr. Corte Constitucional, T-1135 de 2008, T-1145 de 2008, T-260 de 2012.

El camino constitucional de construcción de los fundamentos del tratamiento de datos personales fue principalmente enfocado a la construcción y desarrollo de un plexo de principios²¹ que son de obligatorio cumplimiento en la recolección, almacenamiento y uso de datos personales. La creación y desarrollo progresivo de los principios sobre tratamiento de datos personales –legalidad, libertad, finalidad, necesidad, veracidad, utilidad, circulación restringida, incorporación, caducidad, individualidad, confidencialidad y seguridad²²– fue uno de los aportes más significativos de la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Esos principios no solo se convirtieron en elementos cardinales para la decisión de muchos de los casos sino que fueron incorporados por el regulador en las leyes estatutarias²³ sobre tratamiento de datos personales constituyéndose en la columna vertebral de las mismas. Dichos principios tienen repercusión no solo en las diversas obligaciones de los responsables²⁴ y encargados²⁵ del tratamiento de los datos sino en la definición de los derechos²⁶ de la persona titular de los mismos.

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

Internet, por su parte, es una red global, abierta y de fácil acceso por parte de personas ubicadas en cualquier parte del mundo. Tal y como lo sostiene una investigación doctoral reciente, a internet “*se le conoce como la red de redes al estar integrada por millones de redes de cómputo conectadas o vinculadas entre sí que, prácticamente, permiten acceder; como nunca antes, a ingentes cantidades de información. Se ha planteado que internet es la “red mundial que permite interconectar el mundo entero”²⁷ en la cual pueden conectarse todas las computadoras y dispositivos móviles del mundo para poner de presente su campo de acción universal y la naturaleza internacional de muchas de las actividades que suceden en internet*”²⁸.

En noviembre de 2013, la ONU con ocasión de la expedición de la Resolución sobre “El derecho a la pri-

vacidad en la era digital” destacó que “*el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos*”²⁹. Nótese cómo en el lenguaje de la ONU se pone de presente cómo “las personas” (no solo los gobiernos y las empresas) pueden llevar a cabo, entre otras, la recopilación de datos. En la resolución la ONU también dejó constancia sobre la “interceptación extraterritoriales de las comunicaciones y la recopilación de datos personales”³⁰ y que “**los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet**”³¹ (Destacamos).

Ahora bien, la magnitud de la recolección internacional de datos también es significativa porque existen muchos caminos tecnológicos a los que pueden acudir los recolectores para recoger datos en la red. En efecto, es prácticamente inevitable que cuando una persona realiza una actividad en internet (visita de una página web, lectura de un periódico, compra de un ticket, etc.) alguien esté recolectando sus datos³². Según Roldán, “internet (...) hace posible tener información al instante y también, como sombra que le sigue, robarla, abusar de ella, etc.”³³.

Internet es un instrumento poderoso de obtención de datos personales³⁴ y una fuente pública donde en-

²⁹ ONU. Asamblea General. 2013. El derecho a la privacidad en la era digital. Sexagésimo octavo período de sesiones. A/C.3/68/L.45/Rev.1. 20 de noviembre. P 1.

³⁰ *Ibid.*, p. 2.

³¹ *Ibid.*, p. 3.

³² En 1999 ya se afirmaba que “*es casi imposible utilizar Internet sin verse confrontado con una serie de hechos que invaden nuestra vida privada y que llevan a cabo todo tipo de operaciones de tratamiento de datos personales de manera invisible para el interesado. En otras palabras, el usuario de Internet no es consciente de que sus datos personales se han recopilado y, posteriormente, tratado y podrían usarse con intenciones que le son desconocidas. El interesado no conoce el tratamiento y no es libre para decidir sobre el particular*” (GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 1999. Recomendación 1/99 sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware. (5093/98/ES/final. WP 17), <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wpl7es.pdf>, recuperado: 3 de enero de 2013. P. 4).

³³ Frase del Doctor José Roldán Xopa incorporada en el Prefacio del siguiente libro: VELASCO SAN MARTÍN, Cristos. 2012. La jurisdicción y competencia sobre delitos cometidos a través de sistemas de cómputo e internet. 1 ed. Vol. 807, Tirant monografías. Valencia, España: Tirant lo Blanc.

³⁴ Ya en 1999 se afirmaba que: “*A lo largo de los últimos 25 años, se ha ido haciendo patente que una de las mayores amenazas que pesan sobre el derecho fundamental a la intimidad es la capacidad que tienen algunas organizaciones de acumular gran cantidad de información sobre los particulares, en forma digital, que permite su manipulación, alteración y transmisión a terceros con enorme rapidez (y actualmente a un coste muy bajo). La inquietud que suscita esta evolución y la posibilidad de que se haga uso indebido de tales datos personales ha llevado a todos los Estados miembros de la UE (y ahora a la Comunidad, con la Directiva 95/46/CE) a adoptar disposiciones específicas sobre protección de datos en las que se establece un marco normativo que regula el tratamiento de la información de carácter personal*”

²¹ Sobre el desarrollo jurisprudencial de los principios léase, entre otras, las siguientes sentencias de la Corte Constitucional: T-414 de 1992, T-729 de 2002, C-185 de 2003, C-692 de 2003, T-160 de 2005, T-657 de 2005, T-718 de 2005, C-336 de 2007, T-798 de 2007, T-1067 de 2007, T-137 de 2008, T-947 de 2008, T-1037 de 2008, C-1011 de 2008, T-361 de 2009, C-640 de 2010, C-490 de 2011, C-748 de 2011, C-540 de 2012.

²² La definición y alcance de estos principios puede consultarse en las sentencias, C-1011 de 2008, C-748 de 2012, C-540 de 2012 de la Corte Constitucional.

²³ Cfr. Artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 –principios para el tratamiento de datos personales–.

²⁴ Cfr. Artículo 17 de la Ley 1581 de 2012 –deberes de los responsables del tratamiento–.

²⁵ Cfr. Artículo 18 de la Ley 1581 de 2012 –deberes de los encargados del tratamiento–.

²⁶ Cfr. Artículo 8 de la Ley 1581 de 2012 –derecho de los titulares–.

²⁷ CASSIN, Bárbara. 2008. Googléame: la segunda misión de los Estados Unidos. Traducido por V. Goldstein. 1 ed. en español ed. Buenos Aires, Argentina: Fondo de Cultura Económica. Biblioteca Nacional. Tezontle. P. 15.

²⁸ Cr. Remolina Angarita, Nelson. Tesis doctoral “Tratamiento de información personal. Desde la transferencia transfronteriza hacia la recolección internacional de datos: un reto del mundo del reto posinternet”. Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. P. 287-288. Bogotá, abril 16 de 2015.

contramos mucha información sobre las personas. Respecto de este último punto, no debe perderse de vista que internet también es una megabase de datos en donde cualquier persona puede recabar datos de terceros sin que estos intervengan en dicha actividad. En este sentido, se ha indicado que “los datos originados en la web o web data prácticamente corresponden a todos los datos que se han originado a lo largo de la historia de la computación. En efecto, aquí se encuentran los hipervínculos entre páginas web y sus contenidos, que pueden ser imágenes, sonidos, videos, texto libre, etc. A ello se suman los datos acerca de la navegación del usuario en los sitios que visita, específicamente la IP desde donde accedió, el tipo de navegador utilizado y los contenidos a que ha accedido”³⁵.

Los motores de búsqueda facilitan la recolección de datos a tal punto que se ha afirmado que “el advenimiento de los primeros buscadores de información en la web ocasionó un quiebre en la forma en que se puede acceder al conocimiento universal y, en particular, a cualquier dato que sea publicado en un sitio”³⁶. Piénsese, por ejemplo, cuando a través de Google se coloca el nombre de cualquier persona y automáticamente aparece un sinnúmero de diferente información sobre la misma como fotos, artículos publicados, grupos a que pertenece, formación académica, lugar de trabajo, etc.

El acceso sencillo a internet facilita la recolección internacional de datos. Prácticamente cualquier persona del mundo que cuente con el mismo, podría emplear internet para recoger información sobre las personas. En este sentido Gómez indica que las “singulares características de internet”, “la convierten en campo abonado para la ejecución de conductas que, de otro modo, no encontrarían tantas facilidades para escapar a todo control”³⁷. Si bien la doctrina normalmente atribuye a las organizaciones³⁸ la capacidad de recolectar datos personales, no debe olvidarse que hoy en día cualquier persona que tenga acceso a internet cuenta con la ca-

pacidad de realizar dicha actividad. Por lo tanto, unos (las organizaciones) y otros (las personas con acceso a internet) son potenciales recolectores internacionales de los datos en comentario.

La recolección de datos en internet puede realizarse mediante muchos otros instrumentos técnicos. Precisa Jeimy Cano que “recolectar datos en internet es una actividad que se puede hacer de múltiples formas conocidas, algunas pueden ser consentidas y otras no. Algunas de ellas en general son las formas HTML³⁹, cookies⁴⁰, spyware⁴¹, phishing⁴², el código malicioso (virus, gusanos), en general cualquier medio o forma de interacción con el usuario a través de una interfase hombre-máquina es susceptible de adaptarse para recolectar datos”⁴³. Las cookies, por ejemplo, han sido ca-

³⁹ “Hyper Text Mark-up Language. Lenguaje de programación para armar páginas web” (Diccionario Técnico de Computación Gratuito). http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm, recuperado: 30 de junio de 2010.

⁴⁰ Según Morón Lerma, los cookies son “pequeños programas que identifican al usuario cada vez que entra a un servidor de información y que rastrean sus preferencias”. Precisa la autora que “el sucesivo envío de cookies y su conservación permite al emitente lograr una fotografía digital del internauta, conocer su dirección, gustos, preferencias o entretenimientos, pudiendo efectuar un rastreo completo de las actividades del usuario en la red” (MORÓN LERMA, Esther. 2002. Internet y derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red. Segunda ed. Navarra, España: Aranzadi. P. 33). También han sido definidos como “pequeño archivo de texto que un sitio web coloca en el disco rígido de una computadora que lo visita. Al mismo tiempo, recoge información sobre el usuario” (Diccionario Técnico de Computación Gratuito). http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm. recuperado 30 de junio de 2010. Usualmente las cookies se utilizan para recolectar información sobre los hábitos de navegación del usuario.

⁴¹ Los spyware o programas espía, son considerados como otra forma de “intrusión en la privacidad informática de los usuarios”. Se trata de archivos o identificadores ocultos que se introducen en la computadora de una persona sin su consentimiento con miras a recolectar datos o rastrear las actividades de la persona [MORÓN LERMA, 2002, óp. cit., p. 33-34]. Recalca la doctrina que este software espía «de manera inadvertida se dedica a monitorear el comportamiento de los usuarios» [GUERRERO PICÓ, 2006, óp. cit., p. 586].

⁴² El phishing normalmente se asocia a una forma de estafa para adquirir información de manera engañosa. El estafador envía un correo haciendo creer a la persona que se trata de su banco u otra persona de confianza para solicitarle datos personales como su número de identificación, número de la tarjeta de crédito, claves personales, etc. (Sobre el tema léase: PALAZZI, Pablo. 2009. Los delitos informáticos en el Código Penal: Análisis de la Ley 26.388. Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot. P. 175). Precisa la doctrina que se trata de una “técnica fraudulenta” que se “utiliza, sobre todo, para obtener información confidencial (números de tarjetas de crédito, de seguridad social, de cuentas bancarias, contraseñas, etc.)” [GUERRERO PICÓ, 2006, óp. cit., p. 584].

⁴³ Este fragmento fue tomado de la respuesta escrita del 30 de junio de 2010 del profesor Jeimy Cano Martínez respecto de una consulta formulada por Nelson Remolina Angarita sobre las formas de recolectar datos en Internet. Cano Martínez es Ingeniero y Magíster en Ingeniería de Sistemas y Computación de la Universidad de los Andes. Ph.D en Administración de Negocios de Newport University, California en los Estados Unidos. Autor de los libros: Computación forense. Descubriendo los rastros informáticos, publicado por AlfaOmega en 2009; El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia

(GRUPO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 1997. Recomendación 3/97. Anonimato en Internet. (XV D/5022/97 ES final. WP 6), http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1997/wp6_es.pdf, recuperado: 3 de enero de 2013. p. 4.

³⁵ VELÁSQUEZ SILVA, Juan; DONOSO ABARCA, Lorena. 2013. Tratamiento de datos personales en internet: Los desafíos jurídicos en la era digital. 1 ed., Colección tratados y manuales. Santiago de Chile: Thomson Reuters. p. 6.

³⁶ *Ibid.*, p. 18.

³⁷ GÓMEZ NAVAS, Justa. 2005. La protección de datos personales: Un análisis desde la perspectiva del derecho penal. Primera ed. Navarra: Thomson Civitas. p. 47.

³⁸ ORTEGA JIMÉNEZ, por ejemplo, afirma que “a lo largo de los últimos 25 años, se ha hecho patente que una de las mayores amenazas que pesan sobre el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal es la capacidad que tienen algunas organizaciones de acumular gran cantidad de información sobre los particulares, en forma digital o no, que permite su manipulación, alteración y transmisión a terceros con enorme rapidez y, actualmente, a un coste muy bajo” (Cfr. ORTEGA GIMÉNEZ, Alfonso. 2013. La tutela del afectado ante los tratamientos ilícitos de sus datos personales desde la perspectiva internacional y su proyección en internet. En *La protección de los datos personales en internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*, editado por J. VALERO TORRIJOS. Navarra, España: Editorial Aranzadi (Thomson Reuters) y Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, pp. 197-198).

talogadas como “la principal tecnología de rastreo utilizada para controlar a los usuarios en internet (...)”⁴⁴. Lo anterior ha sido corroborado en un estudio de 2015 coordinado por varias autoridades europeas de privacidad y telecomunicaciones que muestra la realidad y la dimensión del uso de las cookies en varias de las páginas web más consultadas por las personas⁴⁵. En 478 sitios web analizados se encontró que se habían instalado 16.555 cookies, es decir 34.6 cookies en promedio por cada sitio web.

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

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

Según Internet World Stats, de diciembre 31 de 2000 a junio 30 de 2014 pasamos de 360,985,492 a 3,035,749,340 usuarios en todo el mundo, dándose un crecimiento equivalente al 741% durante dicho período⁴⁶. Latinoamérica y el Caribe pasó de tener 18,068,9191 a 320,312,562 usuarios durante esa época, registrando un 1,672.7% de crecimiento⁴⁷. Como se observa el crecimiento de internet ha sido continuo y significativo.

A mediados de 2014 la tasa mundial de penetración de usuarios a internet es del 42.3%⁴⁸ y la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT) ha establecido en 60% como meta para el año 2015⁴⁹. Es decir que

publicado por Ediciones Uniandes en 2010; Inseguridad de la información: una visión estratégica, Ed. Alfaomega, 2013.

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

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

46 Los datos fueron tomados de la página web de Internet World Stats. Ver. Internet Usage Statistics ,2014, óp. cit.

47 Loe. cit.

48 Loe. cit.

49 Esta es una meta fijada por la Comisión de la Banda Ancha de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Véase: UNIÓN INTERNACIONAL DE TELECOMUNICACIONES. 2012. Medición de la Sociedad de la Información 2012. Sinopsis. <http://www.itu.int/ITU-D/ict/publications/idi/material/2012/MIS2012-ExecSum-S.pdf>. recuperado: 30 de diciembre de 2012. p 7.

cada día será mayor el número de personas que tendrán acceso a internet.

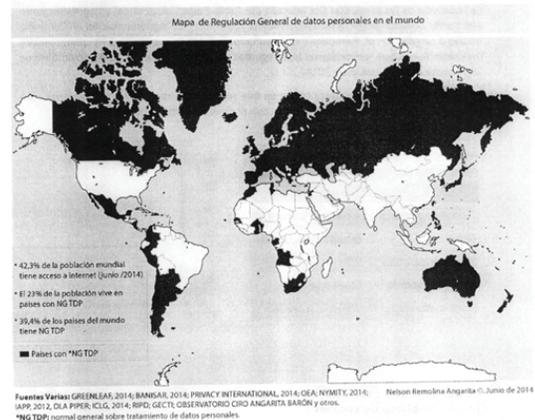
Ahora bien, para identificar los lugares donde se ubican la mayoría de los recolectores internacionales es necesario analizar conjuntamente la población de cada territorio junto con la tasa de acceso a internet mismo. Estos y otros datos se relacionan en la siguiente tabla.

	Población	Acceso a Internet	PRI	Países con NG TDP	Países con AG TDP
Mundo	7,182,406,565	42,3%	3,038,157,976	39.4%	36,01%
África	1,125,721,038	26,5%	298,316,075	20.69%	15.51%
Asia	4,227,996,587	41,5%	1,754,618,583	28%	24%
Europa	825,824,883	70,5%	582,206,542	96.15%	94.23%
América	966,139,408	70%	676,297,585	29,41%	25,49%
Oceanía	36,724,649	72.7%	26,698,819	7.69%	7.69%

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

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

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



Resultados de la encuesta sobre privacidad y datos personales (Colombia): las colombianas y los colombianos quieren que sus derechos también se protejan en internet.

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

La redacción de las preguntas fue liderada por Pablo Palazzi (Argentina) y acordadas junto con Danilo Doneda (Brasil) y Nelson Remolina (Colombia). La implementación en Colombia estuvo a cargo del Prof. Remolina y los resultados reflejan la opinión de 573 colombianas y los colombianos que respondieron las

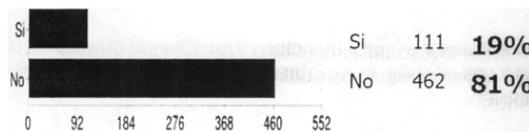
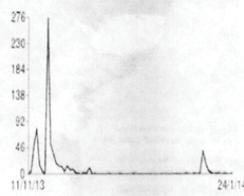
⁵⁰ GECTI significa “Grupo de Estudios en Internet, Comercio Electrónico, Telecomunicaciones e Informática” de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Fundado el 5 de octubre de 2001 por el Profesor Nelson Remolina Angarita. Pág. web: www.gecti.uniandes.edu.co.

preguntas vía internet desde el 11 de noviembre de 2013 hasta el 24 de enero de 2014.

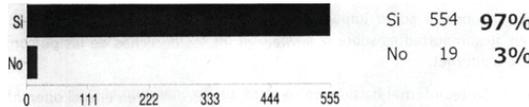
La importancia de esta encuesta radica en que recoge la opinión de las colombianas y los colombianos frente a temas relacionados con el objeto de este proyecto.

Ficha técnica de la encuesta.

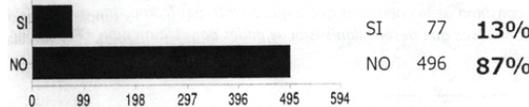
Población objetivo	Colombianos (as)
Cubrimiento geográfico	República de Colombia
Técnica	Encuesta vía página web
Número de respuestas	573
Herramienta utilizada	Google drive
Momento estadístico	11-XI-2013 a 24-I-2014



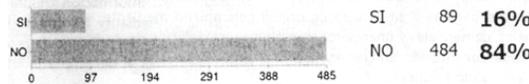
¿Considera que su consentimiento o autorización es importante para la debida recolección y uso de sus datos personales?



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



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



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

En 2001 la Corte Constitucional de la República de Colombia se pronunció sobre, entre otros, el alcance del ordenamiento constitucional frente a la regulación de materias ligadas al ejercicio de actividades a través de Internet⁵¹. Aunque el fallo se profiere con ocasión de una norma sobre impuestos⁵², las consideraciones

incluidas en el mismo envían mensajes importantes sobre la protección de los derechos de las personas en el ciberespacio o internet.

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

De otra parte, la Corte también reconoció la importancia “que tienen dentro de un sistema global de comunicaciones, como Internet, derechos y libertades tan importantes para la democracia como (...) la intimidad y el hábeas data (artículo 15 C.P.)”⁵⁴. Adicionalmente, dicha corporación admitió que los avances científicos y tecnológicos “siempre han planteado retos al derecho” porque estos inciden, entre otros, “en el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas” y por ende “demandan diferentes respuestas del ordenamiento jurídico”⁵⁵. (Negrilla ausente en el original).

Según la Corte, internet es uno de esos avances “cuyos efectos a nivel transnacional plantea diversos problemas constitucionalmente relevantes”⁵⁶ porque, entre otras, se trata de una realidad importante en nuestra sociedad sobre la cual las herramientas jurídicas actuales pueden resultar insuficientes. En efecto, para dicha Corporación “la existencia de una nueva red mundial

comercial, financiera o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el registro mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera”.

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

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

⁵⁴ 54 Los otros derechos importantes que cita la Corte son: el derecho a la igualdad; la libertad de conciencia o de cultos; la libertad de expresión; el libre ejercicio de una profesión u oficio; el secreto profesional y el ejercicio de los derechos políticos que permiten a los particulares participar en las decisiones que los afectan (Corte Constitucional, C-1147 de 2001).

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

⁵⁶ 56 Loc. cit.

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

⁵² Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 91 de la Ley 633 de 2000 “por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento de los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para establecer las finanzas de la Rama Judicial”. El texto del artículo demandado dice lo siguiente: “Todas las páginas web y los sitios de internet de origen colombiano que operan en el internet y cuya actividad económica sea de carácter

de comunicaciones y de vías de circulación de información accesibles fácil y directamente al ciudadano para múltiples propósitos (...) a escala global no es una realidad jurídicamente inocua” y la “la rapidez con la que evoluciona la tecnología que se emplea en Internet, y al ingenio y creatividad de muchos de sus operadores, los preceptos jurídicos expedidos con el propósito de regular las actividades que se desarrollan por este medio de comunicación pueden resultar inocuos para alcanzar algunas de las finalidades que persiguen”. Por eso, concluye la Corte, en los casos que “la regulación existente resulte ineficaz para alcanzar los objetivos que orientan su creación, a causa de las novedades técnicas que se presentan” le corresponde a la rama legislativa “tomar las decisiones que cada evento amerite”⁵⁷. (Negrilla ausente en el original). Teniendo en cuenta lo anterior, este proyecto busca dar respuesta a algunos retos del derecho y del Estado colombiano para proteger los derechos de nuestros ciudadanos en internet.

A pesar que el campo de acción de internet desborda las fronteras nacionales, para la Corte el nuevo escenario tecnológico y las actividades en internet no se sustraen del respeto de los mandatos constitucionales⁵⁸. Por eso, concluye dicha entidad que “en Internet puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional”. Recalca dicha Corporación que “nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales”⁵⁹. (Negrilla ausente en el original).

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

CONTENIDO DEL PROYECTO

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

“Artículo 1º. Objeto. “La presente ley tiene las siguientes finalidades: (1) Proteger a las personas respecto del indebido tratamiento de sus datos personales por parte de Responsables o Encargados que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia y (2) Permitir que las autoridades colombianas puedan adelantar investigaciones o cualquier gestión, de oficio o a petición de parte, con miras a exigir el respeto del derecho fundamental al hábeas data y a la protección de los datos personales que sean tratados por personas ubicadas o domiciliadas fuera del territorio de la República de Colombia”.

⁵⁷ Loc. cit.

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

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

Artículo 2º. Este artículo propone modificar el artículo 2º⁶⁰ de la ley 1581 de 2012 que se refiere su ámbito de aplicación, adicionando lo siguiente:

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

“Párrafo 1º. La presente ley también es aplicable al tratamiento de datos personales efectuado por Responsables o Encargados del Tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia”.

Artículo 3º. Este artículo propone modificar el artículo 21⁶¹ de la ley 1581 de 2012 sobre las funciones de

⁶⁰ El actual artículo 2º dice lo siguiente: “Artículo 2º. Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶¹ El texto actual del artículo 21 es el siguiente: “Artículo 21. Funciones. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

a) Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales;

b) Adelantar las investigaciones del caso, de oficio o a petición de parte y, como resultado de ellas, ordenar las medidas que sean necesarias para hacer efectivo el derecho de hábeas data. Para el efecto, siempre que se desconozca el derecho, podrá disponer que se conceda el acceso y suministro de los datos, la rectificación, actualización o supresión de los mismos;

la Superintendencia de Industria y Comercio, adicionando lo siguiente:

Artículo 3°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 21 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

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

Artículo 4°. Lo que se propone es que todas las ramas del poder público acaten las disposiciones de la ley al hábeas data y no se preste para interpretaciones, que generan incertidumbres en los derechos de los ciudadanos en relación con el manejo de su información específicamente ante la rama jurisdiccional.

Artículo 4°. Adiciónese el siguiente párrafo al artículo 23 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012:

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

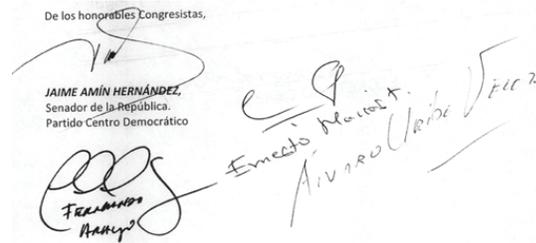
Proposición

Con base en los anteriores argumentos pongo a consideración de los honorables miembros del Congreso de la República el presente proyecto, con miras a proteger los derechos constitucionales de las colombianas y los colombianos frente al eventual tratamiento indebido de sus datos personales a través de internet por

- c) Disponer el bloqueo temporal de los datos cuando, de la solicitud y de las pruebas aportadas por el Titular, se identifique un riesgo cierto de vulneración de sus derechos fundamentales, y dicho bloqueo sea necesario para protegerlos mientras se adopta una decisión definitiva;
- d) Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el tratamiento de datos personales e implementará campañas pedagógicas para capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos;
- e) Impartir instrucciones sobre las medidas y procedimientos necesarios para la adecuación de las operaciones de los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento a las disposiciones previstas en la presente ley;
- f) Solicitar a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento la información que sea necesaria para el ejercicio efectivo de sus funciones;
- g) Proferir las declaraciones de conformidad sobre las transferencias internacionales de datos;
- h) Administrar el Registro Nacional Público de Bases de Datos y emitir las órdenes y los actos necesarios para su administración y funcionamiento;
- i) Sugerir o recomendar los ajustes, correctivos o adecuaciones a la normatividad que resulten acordes con la evolución tecnológica, informática o comunicacional;
- j) Requerir la colaboración de entidades internacionales o extranjeras cuando se afecten los derechos de los Titulares fuera del territorio colombiano con ocasión, entre otras, de la recolección internacional de datos personales;
- k) Las demás que le sean asignadas por ley”.

parte de personas o empresas que se encuentran fuera del territorio colombiano.

De los honorables Congresistas,



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

Fernando Araujo

Ernesto Macías

Álvaro Uribe Vélez

SENADO DE LA REPÚBLICA

Secretaría General

(Arts. 139 y ss. Ley 5ª de 1992)

El día ... del mes de ... del año ... se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 91, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por ...

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 91 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada en el día de hoy ante Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores Jaime Amín Hernández, Álvaro Uribe Vélez, Daniel Cabrales, Fernando Araujo, Ernesto Macías Tovar, Carlos Felipe Mejía. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Agosto 9 de 2016

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizcano Arango.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

**PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA NÚMERO
94 DE 2016 SENADO**

por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales del hábeas data con relación a la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto.* La presente ley tiene por objeto modificar y adicionar la Ley 1266 de 2008, fortaleciendo el derecho al hábeas data.

Artículo 2°. Adiciónese un literal al artículo 3° de la Ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

k) Previa comunicación al titular. Para efectos de la presente ley, la previa comunicación al titular de la información se entenderá como una notificación, y se regirá por la normativa vigente.

Artículo 3°. Modifíquense y adiciónense tres párrafos al artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, que quedará así:

Artículo 13. Permanencia de la información. La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información. Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se regirán por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirada de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder a consultar dicha información. El término de permanencia de esta información será igual al tiempo de mora, máximo dos (2) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea extinguida la obligación.

Parágrafo 1°. Cuando la obligación esté en mora, el dato negativo y los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, caducarán una vez cumplido el término de cinco (5) años, contados a partir del momento en que entre en mora la obligación. Lo anterior, toda vez no se hayan iniciado acciones de cobro judicial.

Parágrafo 2°. En las obligaciones inferiores o iguales al veinte por ciento (20%) de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, el dato negativo será suprimido de inmediato una vez sea extinguida la obligación.

Parágrafo 3°. Toda información negativa o desfavorable que se encuentre en bases de datos y se relacione con calificaciones, récord (*scorings-escort*) o cualquier tipo de medición financiera, comercial o crediticia, deberá ser actualizada al nivel de riesgo preexistente al reporte negativo de manera simultánea con el retiro del dato negativo o con la cesación del hecho que generó la disminución de la medición.

Artículo 4°. Adiciónese el numeral 11 al artículo 8° de la Ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

Numeral 11. Reportar la información negativa de los titulares, máximo (2) años después de hacerse exigible la obligación.

Artículo 5°. Adiciónese el numeral 6 y un párrafo al artículo 9° de la Ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

Numeral 6. Acceder a la información contenida en las centrales de riesgo para los fines permitidos por la ley y para el estudio de riesgo financiero, crediticio o comercial, la revisión continua de esta información no podrá ser causal de disminución en la calificación de riesgo, récord (*scorings-escort*) o cualquier tipo de medición.

Parágrafo. En ningún caso se podrá consultar esta información para fines de toma de decisiones laborales.

Artículo 6°. Modifíquese el párrafo 2° del artículo 10 de la Ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

Parágrafo 2°. La consulta de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países por parte del titular, en toda ocasión y por todos los medios será gratuita.

Artículo 7°. Adiciónese un párrafo al artículo 12 de la Ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

Parágrafo: El incumplimiento de la previa comunicación al titular de la información en los casos en que la obligación haya sido extinguida, dará lugar al retiro inmediato del reporte negativo; para los casos en que se genere el reporte sin el cumplimiento de la notificación y no se haya extinguido la obligación, se deberá retirar el reporte y cumplir con la notificación antes de volver a realizarlo.

Artículo 8°. Adiciónese el numeral 7 en el numeral II del artículo 16 de la Ley 1266 de 2008, el cual quedará así:

Numeral 7. De los casos de suplantación. En el caso de que el titular sea víctima del delito de *falsedad personal* contemplado en el artículo 296 de la Ley 599 de 2000, y le sea exigido el pago de obligaciones como resultado de la conducta punible de la que es víctima, deberá presentar denuncia ante autoridad competente y elevar petición de corrección ante la fuente adjuntando los soportes correspondientes.

La fuente deberá cotejar los documentos utilizados para adquirir las obligaciones, con los documentos allegados por el titular en la petición, los cuales se tendrán como prueba sumaria para probar la falsedad, la fuente deberá denunciar el delito de estafa del que ha sido víctima.

Con la solicitud debidamente sustentada por el titular, el dato negativo, récord (*scorings-escort*) y cualquier otro dato que refleje el comportamiento del titular, deberán ser modificados por la fuente reflejando que la víctima de falsedad no es quien adquirió las obligaciones, y se incluirá una leyenda dentro del registro personal que diga "*Víctima de falsedad personal*".

Artículo 9°. *Actualización y rectificación de los datos.* Las fuentes de información deberán reportar mensualmente y de manera oportuna al operador las novedades acerca de los datos, para que el operador los actualice en el mismo término.

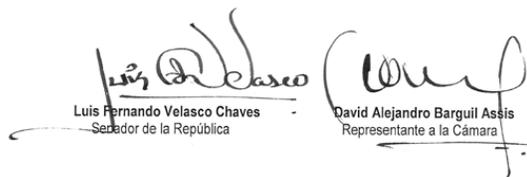
Artículo 10. *Régimen de transición.* Los titulares de la información que a la entrada en vigencia de esta ley estuvieren al día en sus obligaciones objeto de reporte, y cuya información negativa hubiere permanecido en los bancos de datos por lo menos seis (6) meses con-

tados a partir de la extinción de las obligaciones, serán beneficiarios de la caducidad inmediata de la información negativa.

Los titulares que tengan extintas sus obligaciones objeto de reporte, cuya información negativa no hubiere permanecido en los bancos de datos al menos seis (6) meses después de la extinción de las obligaciones, permanecerán con dicha información negativa por el tiempo que les hiciera falta para cumplir los seis (6) meses, contados a partir de la extinción de las obligaciones. En el caso de que las obligaciones registren mora inferior a seis (6) meses, la información negativa permanecerá por el mismo tiempo de mora contado a partir de la extinción de las obligaciones.

Los titulares de la información que extingan sus obligaciones objeto de reporte dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la presente ley, permanecerán con dicha información negativa en los bancos de datos por el término máximo de seis (6) meses, contados a partir de la fecha de extinción de tales obligaciones. Cumplido este plazo de máximo seis (6) meses, el dato negativo deberá ser retirado automáticamente de los bancos de datos.

Artículo 11. *Vigencia y derogatoria.* Esta ley rige a partir de la fecha de publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.



Luis Fernando Velasco Chaves
Senador de la República

David Alejandro Barguil Assís
Representante a la Cámara

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Consideraciones preliminares

Con la expedición de la Ley 1266 de 2008 se dio un gran paso en la materialización del derecho al hábeas data y la protección de los datos personales, abriendo la puerta a que nuestro país entrara a ser parte de aquellos con un buen nivel en protección de datos y haciéndolo más atractivo para la inversión extranjera como se ha comprobado en los años posteriores a la expedición de esta normatividad.

Desde la sanción de la mencionada norma y gracias a un trabajo mancomunado entre la academia y el cuerpo legislativo, hemos logrado determinar cuáles son las necesidades más urgentes de los colombianos en relación con la protección de datos personales en el sector financiero, además detectamos cuáles son las falencias más urgentes de corregir y en qué sentido se debe fortalecer la Ley de Hábeas Data en este sector, por ello, el objeto de la presente ley es fortalecer la protección al derecho de hábeas data, brindando más y mejores herramientas que permitan a los titulares ejercer su derecho a la autodeterminación informática, efectivizando los actos de conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ellos esté en los bancos de datos del sector financiero, comercial y crediticio.

Las necesidades propias de la vida moderna hacen prioritario que todos los ciudadanos tengan acceso al sector financiero, pues este se ha convertido en la columna vertebral de la economía de los demás sectores, factores como el crédito dinamizan la sociedad y activan la economía del país, los bancos tienen la facultad

de recaudar el ahorro de la sociedad, para luego poder redistribuirlo entre empresas y familias que a su vez demandan créditos y fondos que les permitan desarrollar actividades económicas, que a su vez se convierten muchas de ellas en la materialización de derechos que dignifican el nivel de vida, como los créditos para vivienda, e impulsan el desarrollo social con créditos en educación y para la conformación de empresas, de allí la necesidad de facilitar el acceso al crédito como piñón esencial de ese engranaje llamado economía y como parte de la denominada *Democratización del Crédito*.

La Constitución en su artículo 335 describe la actividad financiera como una actividad de interés público, es decir, que el Estado está en la obligación de regular y establecer los límites de su ejercicio, la Constitución reconoce la libertad contractual y la autonomía privada en materia de contratación. El artículo 333 C. P. indica que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Sin embargo, según el artículo 335 de la Constitución¹ “Las actividades financieras, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos de captación a las que se refiere el literal d) del numeral 19 del artículo 150, son de interés público y solo pueden ser ejercidas previa autorización del Estado, conforme a la ley, la cual regulará la forma de intervención del Gobierno en estas materias y promoverá la democratización del crédito”². El desarrollo de herramientas jurídicas que contribuyan a la democratización del crédito permitiendo que más personas puedan acceder de una manera rápida y efectiva al sector financiero y comercial para suplir necesidades y mejorar su nivel de vida, es uno de los propósitos principales que tiene el hábeas data, pues al actualizarse de manera más rápida la información de los titulares ello dinamizará las relaciones comerciales, cumpliendo así el Estado con las obligaciones de democratización del crédito, por ser esta una actividad de interés público tal como lo señala el artículo 335 de la Carta Política.

Por otra, parte luego de la radicación del proyecto de ley de autoría del Senador Luis Fernando Velasco, el designado ponente para primer debate, el Representante a la Cámara Julián Bedoya, expuso que:

“En cuanto a la modernización normativa para la protección de datos financieros personales. Antes de la Ley 1266 de 2008, solo estaban presente los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional que profundizaban sobre el tema. (Escobar, Andrés F.; Pajarito, Mónica. P. 2014: 8). Además, le dio sentido factual al artículo 15 de la Carta política que establece:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. (...)”. (Constitución Política de Colombia, art. 15.)

La Ley del Hábeas Data Financiero hoy es considerada en Colombia como el principal sustrato normativo para el tratamiento de la información financiera y comercial de los ciudadanos. Su promulgación permitió la apertura de la discusión legislativa sobre el hábeas

¹ Sentencia T-416 de 2007.

² Constitución Política de Colombia.

data en el país y fue el alivio para millones de colombianos reportados en centrales de riesgo financiero. El desarrollo de este derecho fundamental que otorga la Carta Política a los ciudadanos sobre la información que acerca de ellos repose en bases de datos, ha tenido una serie de efectos positivos reconocidos, particularmente económicos.

Uno de los aspectos más relevantes de la ley radica en que estableció responsabilidades puntuales a las fuentes, a los operadores y a los usuarios de la información. Esto es importante, pues significa otorgar roles concretos a cada uno de los actores involucrados con el fin de garantizar el derecho fundamental al hábeas data. Del mismo modo, le permite al ciudadano hacer efectivo su derecho, consagrado constitucionalmente, mediante peticiones, consultas o reclamos.

Para Colombia es de gran importancia contar con una normativa adecuada a las transformaciones tecnológicas más recientes y que, sobre todo, garantice a los ciudadanos que los nuevos contextos de interacción entre los distintos agentes involucrados en dinámicas económicas particulares, no vulneren sus derechos. El trasfondo de la garantía del hábeas data es en últimas, el reconocimiento del individuo como núcleo de la sociedad, la apertura de los esquemas legales a las nuevas realidades internacionales con el fin de evitar que las personas se encuentren en situaciones de vulnerabilidad por el uso inadecuado de su información personal” (Bedoya, 2015).

2. Límites de la caducidad del dato negativo en las informaciones de carácter financiero y crediticio

El artículo 13 de la Ley 1266 de 2008, incluyó el tiempo de permanencia del dato en los casos en que se extinguen las obligaciones y aunque en un principio el proyecto de ley original buscó continuar con la aplicación de la línea jurisprudencial que mencionaba como tiempo máximo de permanencia, cuando la obligación se extingue por pago, de máximo (2) años posteriores a la cancelación de la obligación, en el trascurso del trámite legislativo se modificó subiendo el término a (4) años, que es el tiempo de permanencia que hoy contiene la ley, sumado a la interpretación de la honorable Corte Constitucional que permitió que se tratara del doble del tiempo de mora y que en ningún caso sobrepasara (4) años, en la actualidad y gracias al seguimiento que se le ha venido haciendo a la Ley 1266, de la mano de la academia se ha logrado determinar que las necesidades propias del mercado financiero, comercial y la dinámica del crédito hacen necesario que el tiempo de permanencia del dato negativo se ajuste a las necesidades que tienen los ciudadanos, ya que saber que el tiempo de permanencia del dato luego de la extinción de la obligación es prudencial, así los deudores tendrán una motivación para la cultura del pago ya que simplemente sabrán que el tiempo de permanencia no excede al hecho mismo que la generó, en este sentido la Corte ha dicho:

“En la referenciada Sentencia T-798 de 2007, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, simplificó las reglas establecidas por la jurisprudencia de la Corte en materia de hábeas data y la caducidad del dato, dividiéndolas en dos grupos: (i) el grupo de las reglas establecidas por las **Sentencias de Unificación de 1995** que parten del presupuesto del pago ya sea oportuno o tardío y (ii) el de la jurisprudencia que ha

abordado la caducidad de datos referidos a obligaciones no pagadas.

El primer grupo de reglas, el cual parte del pago oportuno o tardío estableciendo “*Cuando se produce el pago voluntario de la obligación con mora superior a un año, la información financiera negativa reportada en la central de riesgo caduca en dos años. Esta regla también se aplica cuando el pago se ha producido una vez presentada la demanda, con la sola notificación del mandamiento de pago*”. (Negrilla fuera de texto).

Ahora bien, disminuir el tiempo máximo de permanencia del reporte cuando la obligación es extinguida está de acuerdo con el derecho al olvido en que se funda la no perennidad de las informaciones en las bases de datos, además de dinamizar el acceso al crédito y respetar los derechos conexos al buen nombre y la dignidad, si bien el alto tribunal menciona que la permanencia del dato negativo en la central de riesgo no es un tipo de sanción, infortunadamente en nuestro país los sectores financiero y comercial han convertido este hecho en un mecanismo de presión contra el deudor y en una herramienta que deslegitima el buen nombre y la dignidad de los deudores. Que el tiempo de permanencia del dato negativo sea igual al tiempo de la mora y no al doble, como se aplica en la actualidad, reafirma que el reporte negativo no es un tipo de sanción, pena o castigo desproporcionado, simplemente permite estar en concordancia y dinamizar la ley con los tiempos propios del comercio.

Con relación a la información de contenido que haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, que por parte de las fuentes es publicada en los bancos de datos cuando la obligación en mora se encuentra sin pago, es propio aclarar y diferenciar la situación de las demás pues como lo ha indicado la jurisprudencia y la doctrina, no se puede entender en las mismas condiciones a aquel que paga que a quien no lo hace. Aun cuando se debe diferenciar cada situación de manera integral, es claro también las obligaciones del acreedor y deudor en la satisfacción de cada negocio que así lo exija y para el caso de las obligaciones adquiridas en el marco de los servicios financieros y comercial, es primordial la obligación que tiene el acreedor de cobrar su deuda y para ello la ley le da tiempos y mecanismos que le permiten ejercer este derecho de forma contundente y sujetándose a la regulación propia sobre el tema teniendo el derecho a recibir la prestación y a exigirla cuando le han incumplido muestra.

3. Principales impactos de la Ley 1266 de 2008

Teniendo en cuenta lo ya expuesto por el señor Representante a la Cámara Julián Pulgarín, la

“Ley del Hábeas Data Financiero ha permitido que las prácticas y los usos de la información financiera de millones de colombianos, hacen el sector público y privado, se ciñan de manera estricta a los principios de veracidad, finalidad, circulación restringida, temporalidad de la información, interpretación integral de derechos constitucionales, seguridad y confidencialidad. También, dio la potestad a la Superintendencia de Industria y Comercio y a la Superintendencia Financiera, de imponer sanciones a los operadores, fuentes o usuarios, que le den un trato ilegal a la información financiera personal”.

Los principales impactos de la Ley 1266 de 2008, tras ocho años de su expedición, pueden resumirse en los siguientes puntos:

1. **Acceso a crédito.** Ha permitido mejorar el acceso de los colombianos al crédito (Banco Mundial, 2010: 8), hecho que tiene un efecto dinamizador en la economía pues incentiva el consumo. Como se analizará más adelante, esto tiene fuertes implicaciones en el desarrollo del país: “La inclusión financiera tiene un efecto positivo contrastado sobre la desigualdad, la pobreza y el crecimiento económico” (García Alba, Jaime, 2009: 1).

2. **Sanciones.** Para el año 2014, en el marco de lo establecido por la Ley 1266 de 2008 y por la Ley 1581 de 2012, la Superintendencia de Industria y Comercio habría impuesto “(...) multas por un total de \$1.892 millones a 46 empresas que violaron el hábeas data. Se presentaron además 4.889 quejas y se impartieron 153 órdenes administrativas de eliminación, corrección o actualización de información en bases de datos”. (Ramírez Prado, Juliana, 9 de marzo de 2015.) Más allá del efecto sancionatorio, esta situación reafirma la importancia de profundizar en la defensa del hábeas data, pues como lo evidencia la cotidianidad del consumidor financiero, es habitual el exceso de parte de los operadores, fuentes y usuarios de la información.

3. **Estándares internacionales.** Junto con la Ley 1581 de 2012, la Ley 1266 de 2008 ha permitido al país actualizarse a la nueva realidad internacional sobre protección de información personal. Por ejemplo, significó un gran avance para la implementación de las Reglas de Heredia (reglas mínimas para la difusión de pronunciamientos judiciales en Internet), resultado estas de un pronunciamiento de la Delegatura para la Protección de Datos Personales de la Superintendencia de Industria y Comercio del año 2014, en torno a la protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes (González-Calero, Francisco, 2014: 47-48).

Igualmente, permitió al país ser un destino de inversión atractivo para industrias como la de los call centers, pues la existencia de una normativa que proteja y permita modificar la información personal de sus clientes, sumado al buen desempeño de la economía nacional, se ha convertido en un gran incentivo para operar desde Colombia”. (Bedoya, 2015).

La importancia al derecho al hábeas data (solicitud de corrección de calificación de riesgo)

La Sala considera que la calificación por alineamiento emitida por las entidades accionadas no cumple el requisito de veracidad, pues se trata de información errónea. Lo anterior, porque siguiendo las reglas de alineamiento fijadas por la Superintendencia Financiera, que serán explicadas a continuación, las entidades accionadas debían alinear su calificación a la otorgada por Davivienda y el Banco Popular. Es precisamente la falta de ajuste a la realidad en la información que suministraron las entidades accionadas a CIFIN y Datacrédito, lo que se discute en la presente acción, y es la razón por la cual se vulnera el derecho al Hábeas Data de Cotrautol. La calificación de alineamiento otorgada por Davivienda y el Banco Popular se encuentra en la Categoría A o riesgo normal, y por lo tanto, si el riesgo mayor D, que existía en diciembre de 2009, desapareció, no resulta razonable que las calificaciones registradas por alineamiento, en la actualidad, sean discordantes, y esta situación,

vulnera el derecho fundamental al hábeas data de la empresa accionante.

Es decir, las entidades accionadas, en diciembre del 2009, siguieron la regla de alineamiento, con respecto de la calificación registrada por Davivienda y el Banco Popular, y por lo tanto, se obligaron a llevar su calificación a un riesgo mayor³ pero a diferencia de estas instituciones, cuando dichas entidades modificaron la calificación del riesgo a tipo A, las accionadas no emitieron una nueva calificación de acuerdo al reporte posterior. Así, es cierto que de conformidad con las reglas de alineamiento, las calificaciones de determinada entidad financiera deben alinearse con las de otras entidades, cuando al menos dos de ellas establezcan una calificación de mayor riesgo, pero en el caso concreto, el riesgo desapareció en el momento en que Davivienda y Banco Popular cambiaron la calificación de riesgo a tipo A.

Es precisamente la falta de ajuste a la realidad en la información que suministraron las entidades accionadas a CIFIN y Datacrédito, lo que se discute en la presente acción, y es la razón por la cual se vulnera el derecho al Hábeas Data de Cotrautol. La calificación de alineamiento otorgada por Davivienda y el Banco Popular se encuentra en la categoría “A” o riesgo normal, y por lo tanto, si el riesgo mayor “D”, que existía en diciembre de 2009, desapareció, no resulta razonable que las calificaciones registradas por alineamiento, en la actualidad, sean discordantes, y esta situación, vulnera el derecho fundamental al hábeas data de la empresa accionante.

En ese orden de ideas, esta Sala concluye que las entidades accionadas deben alinear su calificación a la calificación tipo “A” otorgada por Davivienda y el Banco Popular, por lo tanto, (i) se revocará el fallo de única instancia proferido por el Juzgado Doce Civil Municipal de Ibagué, (ii) se ordenará a la empresa Financiera Intencional S. A. corregir la calificación de riesgo otorgada en diciembre de 2009 a Cotrautol Ltda., si aún no lo ha hecho. Y (iii) lo mismo se ordenará a Leasing Corficolombiana, salvo que como afirmó en su contestación a la tutela, haya efectuado tal corrección.

De allí que es necesario poner unas reglas del juego claras, sobre el tiempo no solo de caducidad, sino también la forma en que deben ser actualizados los datos que reflejan el comportamiento crediticio de los titulares, ya que no guarda sentido que se le exija al titular que por cualquier motivo ha estado en mora y ha cancelado su obligación con posterioridad, que debe tener una buena calificación para poder acceder al crédito, si la calificación y el *scoring*, solo se normalizan teniendo créditos, de allí que no le dan crédito por la baja calificación o *scoring*, creando un círculo vicioso en donde el único afectado es el titular pues si tiene la calificación o el *scoring* bajos no le prestan y la única forma de subirlos o actualizarlos es teniendo crédito, así que con ese sinsentido simplemente se le coarta el derecho de acceso al crédito, y se le ponen trabas a la democratización del mismo. El Estado no puede continuar permitiendo que la democratización del crédito, esté sujeto a decisiones exclusivas de los sectores privados de la economía que en muchas ocasiones solo

³ Especialmente siguiendo la calificación otorgada por Davivienda, entidad que tiene el mayor porcentaje del total de los créditos.

actúan de acuerdo a sus beneficios y no a las políticas de apoyo económico, sostenibilidad y ayuda mutua que deben predominar en un Estado social de derecho desde un punto de vista económico.

En coherencia con lo anterior, lo contenido en el artículo 4° del proyecto de ley reafirma que la naturaleza de la información que reposa en las bases de datos del sector financiero, es exclusivamente para lograr algún tipo de medición o conocimiento de los titulares y no puede desnaturalizarse convirtiéndose en una herramienta de presión, en una condena y mucho menos en un factor de incidencia en la posibilidad que tenga el titular de acceder a cualquier tipo de empleo, sea en el sector público o privado, y sin importar que pretenda acceder a empleo en el sector financiero o comercial del país, esta determinación se toma porque la práctica en que algunas entidades del sector financiero, con o sin autorización acceden a las centrales de riesgo para aceptar o negar el empleo a los aspirantes según su comportamiento crediticio, y si bien esta práctica vulnera el derecho al trabajo, también excede los límites de la intimidad y la privacidad, además de convertir los reportes en las centrales de riesgo, en un maquiavélico mecanismo de presión para los empleados.

Con relación a la disminución en la calificación de riesgo, récord (*scorings-escort*) o cualquier tipo de medición, es claro y bien conocido que cuando se accede de manera permanente o continua a la información en las centrales de riesgo de una persona, la calificación y el *score* disminuyen, afectado de manera muy seria la vida financiera y crediticia del titular, limitando su acceso al crédito de manera directa, las disminuciones en esta calificación varían según la cantidad de veces que sea consultada la información del titular en un lapso determinado, así las cosas, si la información del titular es consultada más de una vez al mes, sea por cualquier entidad o por el mismo titular, esto es suficiente para que la calificación baje, aun sin que el titular esté o no en mora en sus obligaciones.

Si analizamos de manera más amplia este comportamiento, por demás bastante injusto, podríamos pensar que en este sentido se aplica una presunción de mala fe, completamente contraria a lo contenido en la Constitución y la ley nacional, lo anterior ya que se presume que si a una persona se le consulta de manera continua, este simple hecho hace pensar que es un deudor incumplido y por eso se le debe disminuir su calificación, la mala fe debe probarse y no se puede afectar de esta manera al titular, aprovechándose de la posición dominante ejercida por el sector financiero y por los administradores de los datos. Sobre la buena fe la Corte Constitucional la define de la siguiente manera en la Sentencia C-426 de 1997:

“La buena fe bien puede incluirse entre los “elementos fijos e invariables que tienen el valor de dogmas eternamente verdaderos”, a los cuales se refería Jossierand en su tratado de Derecho Civil. Sobre ella dijo la Corte Constitucional:

“La buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho, ya se mire por su aspecto activo, como el deber de proceder con lealtad en nuestras relaciones jurídicas, o por el aspecto pasivo, como el derecho a esperar que los demás procedan en la misma forma. En general, los hombres proceden de buena fe: es lo que usualmente

ocurre. Además, el proceder de mala fe, cuando media una relación jurídica, en principio constituye una conducta contraria al orden jurídico y sancionada por este. En consecuencia, es una regla general que la buena fe se presume: de una parte es la manera usual de comportarse; y de la otra, a la luz del derecho, las faltas deben comprobarse. Y es una falta el quebrantar la buena fe”. (Sentencia C-544 del 1° de diciembre de 1994, magistrado ponente, Jorge Arango Mejía. Gaceta de la Corte Constitucional número 12, página 41).

En este sentido, es necesario que la información contenida en bases de datos del sector financiero no sea usada de manera desproporcionada causándole daños a los titulares, sin un claro cumplimiento, para este caso, del principio de veracidad y buena fe, pues el solo hecho de acceder a la información del titular en ningún caso refleja que este incumpla con sus obligaciones y por ello se le deba castigar, además esta práctica limita el libre acceso a la información por otra parte del titular y genera un trato desigual sobre los titulares, vulnerando los derechos al buen nombre, la dignidad y el principio de la buena fe.

4. Sistema financiero y hábeas data

En las siguientes gráficas podemos evidenciar que posterior a la promulgación de la Ley del Hábeas Data Financiero, según datos reportados por Asobancaria, referente al número de personas mayores de edad que refieren tener por lo menos un producto financiero, se ha elevado, pasando de 15.945.802 en 2008 a 23.312.929 en 2014, alcanzando tasas de crecimiento promedio anual de 5,7% durante el mismo periodo. (2008, 2014).

Gráfico 1

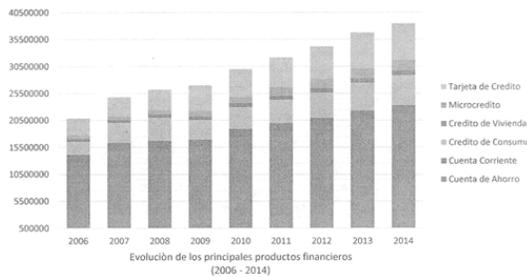


Fuente Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley Estatutaria número 095 de 2015 Cámara: (Pulgarin, 2015).

De acuerdo a la gráfica anterior podemos inferir que la Ley de Hábeas Data ha permitido un mayor acceso a productos financieros, ya que millones de colombianos han tenido una segunda oportunidad a fin de volver a tener vida crediticia.

Actualmente, el sistema financiero ha aumentado su variedad de productos que juegan un papel relevante en la lógica económica del país; “los principales y con mayor dinámica dentro del sistema son: cuenta de ahorro, cuenta corriente, crédito comercial, crédito de consumo, crédito de vivienda, microcrédito y tarjetas de crédito. Las cuentas de ahorro han sido el producto financiero con mayor crecimiento y penetración en el país, teniendo un aumento en términos nominales de 886 mil personas más entre diciembre de 2011 y diciembre de 2012; de modo similar fue el comportamiento de los créditos de consumo, que tuvieron un mayor crecimiento en términos porcentuales en los periodos 2006-2007 y 2010-2011, con tasas de 51,1% y 13,3%, respectivamente (Asobancaria, 2007, 2013)” (Pulgarin, 2015).

Gráfico 2



Fuente: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley Estatutaria número 095 de 2015 Cámara: (Pulgarín, 2015).

En el informe de ponencia para primer debate al Proyecto de Ley Estatutaria 095 de 2015 Cámara, el ponente designado afirmó que “2.917.553 personas adicionales han accedido a tarjetas de crédito en el periodo 2008-2014 en términos nominales, 6.520.474 adicionales han accedido a cuentas de ahorro desde 2008 hasta 2014. En parte, este aumento del acceso a tarjetas de crédito, al crédito de consumo, y a cuentas de ahorro, se ha debido a la posibilidad que han tenido los ciudadanos de ejercer su derecho fundamental al hábeas data, generando estímulos a consumir productos financieros y rectificando información negativa que sobre ellos habían recolectado agentes del sistema financiero” (Pulgarín, 2015).

El proceso de bancarización en nuestro país tiene efectos en diversos ámbitos; ejemplo de ello es en la incidencia de pobreza en el país. La siguiente gráfica pretende mostrar que el proceso de bancarización ha estado unido al incremento de microcréditos, demostrando que la Ley 1266 de 2008 ha ayudado a la población económica más vulnerable.

Gráfico 5



Fuente: Informe de ponencia para primer debate al Proyecto de ley Estatutaria número 095 de 2015 Cámara: (Pulgarín, 2015).

5. Propuesta del proyecto de ley de adición y modificación

“A pesar de los argumentos a favor de la Ley 1266 de 2008, el estado actual del derecho al hábeas data en Colombia, particularmente el que se ejerce en torno al dato financiero personal, demanda una profundización de las condiciones garantías debido a situaciones de vulnerabilidad para los titulares de la información que reposa en bases de datos y que han surgido desde la expedición de la ley. El presente proyecto pretende avanzar en torno a ese fin. A continuación, se presenta un resumen de las principales modificaciones propuestas a la ley”.

a) El tiempo de permanencia del reporte negativo en las centrales de riesgo (como Datacrédito, CIFIN, entre otras) corresponderá al mismo tiempo de la mora, máximo dos (2) años. Hoy es de cuatro (4) años máximo.

b) El tiempo que durará el reporte negativo en las centrales de riesgo (como Datacrédito, CIFIN, entre otras) **cuando no se ha pagado la deuda**, será máximo de (5) años.

c) Cuando el reporte negativo sea igual o inferior al 20% de 1 smlmv, con el pago se eliminará de inmediato el reporte negativo.

d) Cuando una persona está en mora, su calificación disminuye y aunque pague, esta calificación no sube; con esta ley, al retirarse el reporte negativo la calificación tendrá que normalizarse de inmediato.

e) El tiempo para reportar a una persona, luego de entrar en mora en sus deudas, será de máximo dos (2) años.

f) Consultar la información crediticia de los ciudadanos, sin importar las veces que se haga, no bajará la calificación financiera.

g) No cumplir con la notificación veinte (20) días antes de reportar al deudor, será causal para el retiro del reporte negativo.

h) Las víctimas de “suplantación personal”, mediante solicitud podrán exigir que se elimine el dato negativo injusto.

i) Se establece un nuevo periodo de gracia en donde los ciudadanos recibirán beneficios por pagar sus deudas atrasadas, de esta forma:

- Quien para la entrada en vigencia de la ley, esté al día en el pago de sus obligaciones y lleve reportado como mínimo seis (6) meses, el reporte negativo le será borrado de inmediato.

- Quien para la entrada en vigencia de la ley, esté al día en el pago de sus obligaciones, pero ha estado reportado menos de seis (6) meses, entonces el reporte permanecerá por el tiempo que haga falta para cumplir seis (6) meses.

- En los casos en que la mora no supere seis (6) meses, el dato negativo permanecerá por el mismo tiempo de mora contado a partir de la extinción de las obligaciones.

- Quien cancele sus obligaciones dentro de los seis (6) meses siguientes a la entrada en vigencia de la ley, el reporte negativo permanecerá máximo por seis (6) meses más, desde de la fecha en que cancele. Cumplido este plazo, el dato negativo debe ser retirado⁴.

6. Bibliografía

- Pulgarín, J. B. (2015). *Cámara de Representantes*. Obtenido de Cámara de Representantes:

⁴ Los insumos para la realización de este resumen, de realización propia, fue publicado en: <http://www.senado.gov.co/sala-de-prensa/noticias/item/23488-presidente-luis-fernando-velasco-radico-de-nuevo-proyecto-de-habeas-data?tmpl=component&print=1>, posteriormente se le incluyeron Bedoya, P. J. (28 de Septiembre de 2015). Cámara de Representantes. Obtenido de Cámara de...

http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=87&p_numero=095&p_consec=42908.

• **Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia.** (2007). Reporte de bancarización. Recuperado de <http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/4389145.PDF>.

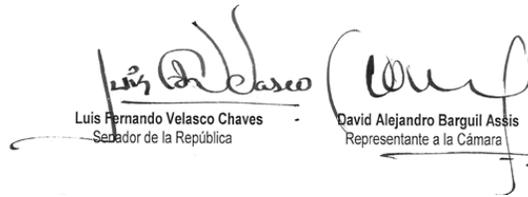
• **Asociación Bancaria y de Entidades Financieras de Colombia.** (2013). Informe de inclusión financiera. Recuperado de <http://www.asobancaria.com/portal/pls/portal/docs/1/4394197.PDF>.

• **Escobar, Andrés F; Pajarito, Mónica P.** (2014) Alcance e implicaciones del derecho al hábeas data en el comercio colombiano. (Tesis) Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

• **García Alba, Jaime –coordinador–** (2009) Telefonía móvil y desarrollo financiero en América Latina. España: Fundación Telefónica.

• **Grupo del Banco Mundial.** (2010). Doing business (No. 3). Recuperado de http://espanol.doingbusiness.Org/~media/GIAWB/Doing%20Business/Documents/Subnational-Reports/DB_13-Colombia-Spanish.pdf.

• **Ramírez Prado, Juliana,** (9 de marzo de 2015) La violación de hábeas data dejó multas por \$1.892 millones durante el año pasado. *La República*. Recuperado de: <http://www.larepublica.co/la-violaci%C3%B3n-de-habeas-data-del%C3%B3-multas-por-1892-millones-durante-el-a%C3%B1o-pasado-228696>.



Luis Fernando Velasco Chaves
Senador de la República

David Alejandro Barguil Assís
Representante a la Cámara

SENADO DE LA REPÚBLICA

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

El día 10 del mes de agosto del año 2016, se radicó en este despacho el Proyecto de ley número 94, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por honorable Senador *Luis Fernando Velasco*

Chaves, honorable Representante *David Alejandro Barguil Assís*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2016.

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 94 de 2016 Senado, *por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales de hábeas data con relación a la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada en el día de hoy ante Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador *Luis Fernando Velasco Chaves* y el Representante a la Cámara *David Alejandro Barguil Assís*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Agosto 10 de 2016.

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizcano Arango.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTOS DE LEY

PROYECTO DE LEY NÚMERO 92 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Abigeato*. Quien se apropie para sí o para otro de especies bovinas mayor o menor, equinas, porcinas, incurrirá en prisión de 8 a 14 años y multa de cincuenta (50) a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Quien para llevar a cabo la conducta de abigeato use vehículo automotor, bienes muebles e inmuebles, estos serán sometidos a la extinción del dominio.

Artículo 2°. *Abigeato agravado*. Las penas privativas de la libertad previstas en el artículo anterior se aumentarán de una tercera parte a la mitad cuando la conducta sea:

1. Cuando se inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las especies de las que trata el artículo anterior.

2. Cuando se ejecute con violencia física o moral sobre las personas.

3. Cuando participe en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.

4. Aprovechando calamidad, infortunio o peligro común.

5. Cuando las especies de las que trata el artículo anterior sean transportadas en vehículo automotor.

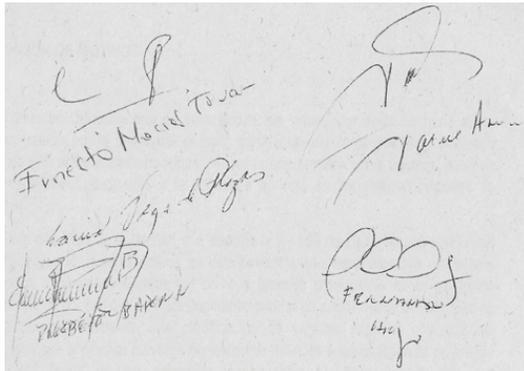
6. Cuando se presente sacrificio de las especies de las que trata el artículo anterior.

Artículo 3°. *Circunstancias de atenuación punitiva.* La pena será de multa cuando:

1. Cuando las especies de las que trata el artículo anterior se restituyeren en término no mayor de veinticuatro (24) horas sin daño sobre las mismas y el responsable pague los daños y perjuicios que hubiere ocasionado.

Artículo 4°. La presente ley rige a partir de la fecha de su promulgación.


NOHORA TOVAR REY
Senadora de la República



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Actualmente en Colombia hay un aumento de los índices del delito de hurto sobre ganado, tratado por la teoría del derecho penal especial como abigeato, pudiendo recaer no solo sobre especies bovinas o vacunas sino también sobre equinos, porcinos y demás especies dedicadas a la economía agrícola en las distintas regiones de Colombia.

Las penas privativas de la libertad que dispone la Ley 599 de 2000, no son suficientes para disuadir a los sujetos activos de esta conducta que viene afectado de manera sistemática a pequeñas familias, así como a grandes productores de la ganadería colombiana, es por eso que se hace imperativo brindar un aporte desde el Congreso de la República, introduciendo una modificación de carácter legal al código penal colombiano, que le permita mayores herramientas jurídicas a los operadores de justicia y de esta forma los presuntos responsables no sean beneficiados con excarcelaciones que no permiten la lucha contra el delito.

El abigeato tiene registro de existencia en la mayoría de los departamentos de Colombia, pero afecta

claramente a departamentos destacados en la producción como los de la región Orinoquia: Meta, Casanare y Arauca, así como los departamentos de la región Caribe: Sucre, Córdoba, Cesar, entre otros.

Pérdidas por más de 15 mil millones de pesos al año debido al hurto de ganado, son apenas algunas de las consecuencias nocivas que derivan de esta conducta y, es por eso la necesidad de generar un cambio legislativo en este sentido que cobije no solo el aumento en la severidad de la pena, sino también enfrentar a la cadena que hace parte de esta conducta como es la receptación, castigar el uso de bienes muebles e inmuebles en este fin.

Los operadores de justicia en Colombia, esto es, Fiscalía General de la Nación y Jueces de la República, tienen distintas (Abigeato) interpretaciones a la hora de proceder a acusar e imputar el agravante del hurto, así mismo, los Jueces de la República a la hora de juzgar, lo que ha ocasionado inseguridad jurídica siendo esto una consecuencia perjudicial para los afectados, quienes ven lesionado su derecho a la propiedad sin que los presuntos responsables se les adjudique una pena adecuada bajo la óptica del principio de necesidad y proporcionalidad e incumple los fines de la pena resocializadores, preventivos y disuasivos del delito en Colombia.

Las normas procesales del derecho penal y el enfoque garantista de las mismas, permite que los beneficios de excarcelación, estén eliminando la eficacia del derecho penal y del poder punitivo, toda vez, que el sujeto activo de las conductas tipificadas en el código penal, ha encontrado facilidades procesales para evadir el poder punitivo del Estado.

Ante la ausencia de política criminal del Estado colombiano, donde no existe un hilo conductor del combate frontal contra el delito, se hace necesario ir adecuando la normativa penal a las necesidades prácticas de la sociedad, siendo así necesario formular de manera sustentada nuevas medidas desde la legislación nacional para detener los altos índices de comisión de delitos que tienen que ver con la ganadería en Colombia, específicamente, el hurto y carneo de ganado.

El abigeato

“Constituye un delito que se consuma mediante el hurto de ganado mayor o menor que se halla en el campo. Hurto de ganado o bestias, conocido también con el nombre de cuatrismo. Tanto abigeo como abigeato proceden de la palabra latina *abigere*, que equivale a aguijar las bestias para que caminen. El abigeato es una especie de robo; pero se diferencia de este en que la cosa no se coge con la mano y se transporta a otro lugar, sino que se la desvía y se la hace marchar a distinto destino, con objeto de aprovecharse de ella”.

Actualmente, **la legislación colombiana en la Ley 599 de 2000** trata la conducta de abigeato como un agravante del delito de hurto, artículo 241 numeral 8, **Circunstancias de agravación punitiva:**

“Sobre cerca de predio rural, sementera, productos separados del suelo, máquina o instrumento de trabajo dejado en el campo, o sobre cabeza de ganado mayor o menor.

¹ <http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/abigeato/abigeato.htm>

Elementos del delito de abigeato

Conducta

Se presenta por el hecho de que el agente se apodere de una o más cabezas de ganado, sin consentimiento de quien legalmente pueda disponer de las mismas.

Ausencia de conducta

En el caso del delito de abigeato no se da la ausencia de conducta, dado que es ilógico que una persona no esté consciente de lo que va a realizar, ya que por las circunstancias de los hechos se advierte claramente que se desplaza hasta el lugar en donde se encuentran los animales o animal del que se vaya a apropiarse, para luego sacarlo del radio de disponibilidad inmediata en que lo tiene el dueño o encargado del semoviente.

Tipicidad

La tipicidad consistirá en la adecuación de la conducta a lo prescrito por las normas aplicables.

Atipicidad

La atipicidad se presentará cuando falte alguno de los elementos típicos del delito es decir, cuando la conducta realizada no se adecue al tipo penal.

Un ejemplo de atipicidad puede ser: cuando una persona se apodera de una cabeza de ganado, pero con consentimiento del dueño.

Antijuricidad

La antijuricidad radica en el hecho de violar el bien jurídico tutelado por la ley que en este caso es el patrimonio.

En el caso concreto del abigeato la ley enuncia como elemento típico normativo en el cual se destaca claramente la antijuricidad, expresada en la siguiente forma: elemento normativo: sin consentimiento. Referido a la persona que legalmente puede disponer de la cosa.

Culpabilidad

Existen dos grados de culpabilidad: el dolo o intención, y la culpa o no-intencionalidad.

En el caso del delito de abigeato solo puede presentarse la primera forma o grado que es la intencionalidad o dolo. De manera general podríamos dar esta regla: todos los delitos patrimoniales son dolosos, excepto el de daños porque admite la forma culposa.

Punibilidad

Para establecer la pena para delito de abigeato se toma en cuenta:

- La naturaleza de la acción u omisión y los medios empleados.
- La magnitud del daño causado o no evitado.
- La magnitud de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
- Las circunstancias del tiempo, lugar, modo y ocasión de realización de la conducta y cualesquiera otras circunstancias relevantes en la realización del delito.
- Los vínculos de parentesco, amistad o relación social entre el activo y el pasivo y la calidad de las personas ofendidas.

- La edad, el nivel de educación y de cultura, las costumbres y el sexo.

- Los motivos generosos, altruistas, fútiles, egoístas o perversos que lo impulsaron a delinquir y las específicas condiciones fisiológicas y psíquicas en que se encontraba el activo en el momento de la comisión del delito.

- La extracción urbana o rural del agente, el desempleo, o la índole de empleo, subempleo, y su mayor o menor marginación o incorporación al desarrollo biológico, económico, político y cultural.

- La calidad del agente como primerizo o reincidente; y,

- Las demás circunstancias especiales del Agente que sean relevantes para determinar la posibilidad que tuvo de haber ajustado su conducta a los requerimientos de la norma.

- En Colombia, el abigeato en la legislación penal como un agravante del hurto, lo que, en consideración de los sectores implicados en la actividad económica de la ganadería, deriva en la imposibilidad de proporcionar una sanción adecuada a los sujetos activos de esta conducta que, además, es difícil de controlar materialmente puesto que en la circunstancia del lugar en que el mismo se comete, “pues las características de las tareas rurales y la extensión del espacio en el que se desenvuelven, tornan imposible o sumamente difícil para el dueño de los animales ejercer sobre ellos una vigilancia directa e inmediata”ⁱⁱ.

Pronunciamientos del sector ganadero en Colombia

Leyes actuales en Colombia no permiten ponerle freno al abigeato.

Productores bovinos denuncian falta de garantías por parte de la rama judicial en el país para aplacar este flagelo que poco a poco socava la economía y seguridad del sector.

En Colombia, el abigeato siempre ha sido una de las principales amenazas que enfrentan los ganaderos. Este problema, más allá de afectar el flujo de caja y la productividad en el sector, disminuye la confianza de los productores en la rama judicial del país, quienes deben ver como la justicia no castiga con la severidad suficiente a los delincuentes.

Contexto Ganadero habló con 3 reconocidos ganaderos en diferentes regiones del país quienes coincidieron en denunciar que la valoración de este flagelo por la ley penal colombiana se ha convertido en cómplice de los malhechores.

Hernán Araújo Castro, Presidente de la Federación Nacional de Fondos Ganaderos (Fedefondos) aseveró que el problema recae en que el abigeato es un delito penal sin penas ejemplarizantes y, peor aún, con beneficio de excarcelación.

“En la mayoría de casos, cuando los delincuentes llegan a los juzgados, los jueces consideran que este delito no amerita cárcel y quedan en libertad. Hace falta la intervención y decisión de la Fiscalía y toda la Rama Judicial en Colombia, para poder aplicar la

ⁱⁱ <http://definicionlegal.blogspot.com.co/2012/10/elementos-del-delito-de-abigeato.html>

norma y ponerle a este delito la connotación que se merece.

De igual forma, el presidente de Fedefondos aseguró que la persona que hurta una finca, en la gran mayoría de casos, no solo está infringiendo una ley, sino 3: secuestro, abigeato y falsedad de documentos.

“A las fincas llegan 3 o 4 personas, amenazan a los trabajadores con armas de fuego, los encierran en una habitación amordazados, seleccionan los ganados que se llevarán y se van. Luego, utilizando guías falsas, movilizan las reses. Y sin embargo, se apresa la gente, se lleva ante los jueces de garantía y los dejan libres porque no tienen antecedentes. ¿Qué otros antecedentes quieren con lo que están realizando?”, se cuestionó Hernán Araujo. Jaime Obregón*, productor reconocido en el Magdalena Medio, expresó que la delincuencia común y el abigeato se han apoderado de las fincas ganaderas en diferentes municipios de esta región, ante todo en Barranca y Yondóⁱⁱⁱ.

Las autoridades reportan que los departamentos más afectados por hurto de ganado son Arauca, Tolima, Magdalena, Cesar y Córdoba.

La extorsión y el abigeato se han convertido en los principales problemas que afrontan los ganaderos colombianos. Las cifras son contundentes en materia del robo de ganado.

Según el Observatorio de Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario de la Fundación Colombia Ganadera, Fundagán, y la dirección de Carabineros y Seguridad Rural, (Dicar), en 2014 se registraron 164 casos de abigeato, dejando pérdidas por más de 15 mil millones de pesos^{iv}.

En el año 2007, mediante la Ley 1142, generó una modificación a la legislación penal y procesal penal para incrementar las penas al agravante de abigeato sin que se haya traducido en una mejoría significativa de los indicadores, puesto que esta conducta permanece difusa en la aplicación normativa, a manera de ejemplo, en ocasiones en menos de 24 horas el sujeto capturado ya está gozando de libertad, incrementando así la cadena de hurtos y violaciones a la propiedad, e inclusive, en muchos casos existe el concurso de delitos para ejecutar el hurto del ganado.

El sector ganadero en Colombia presenta como tantas otras quejas frecuentes por la lentitud de los procesos judiciales y el alto nivel de impunidad frente a los mismos, aspecto que es sistemático al interior del sistema judicial local que inclusive, el índice global de impunidad única a Colombia en el tercer lugar del mundo después de México y Filipinas.

“Para el CESIJ la impunidad es un fenómeno multidimensional que va más allá del análisis de los delitos susceptibles de ser castigados como lo es el homicidio. Para el Centro, la impunidad tiene tres grandes dimensiones: seguridad, justicia y derechos humanos.

La impunidad debe medirse con dos grandes criterios. En primer lugar, la funcionalidad de sus sistemas

ⁱⁱⁱ <http://contextoganadero.com/politica/leyes-actuales-en-colombia-no-permiten-ponerle-freno-al-abigeato>

^{iv} <http://www.usergioarboleda.edu.co/altus/politica/politica-judicial/abigeato-el-otro-dolor-de-cabeza-de-los-ganaderos-en-colombia/>

de seguridad, justicia y protección de los derechos humanos y en segundo la capacidad estructural que corresponde al diseño institucional de cada uno de los países.

La riqueza de los países, medida a través de sus capacidades económicas de producción, no es un factor determinante de la impunidad.

Los cinco países con los índices más altos de impunidad estudiados por el IGI son Filipinas, México, Turquía, Colombia y la Federación de Rusia^v.

Derecho comparado: Abigeato en otros países de América Latina

Argentina

Según el Código Penal de la Nación Argentina según el Título VI de los Delitos Contra la Propiedad

CAPÍTULO II BIS

Abigeato

Artículo 167 Ter. Será reprimido con prisión de dos (2) a seis (6) años el que se apoderare ilegítimamente de una (1) o más cabezas de ganado mayor o menor, total o parcialmente ajeno, que se encontrare en establecimientos rurales o, en ocasión de su transporte, desde el momento de su carga hasta el de su destino o entrega, incluyendo las escalas que se realicen durante el trayecto.

La pena será de tres (3) a ocho (8) años de prisión si el abigeato fuere de cinco (5) o más cabezas de ganado mayor o menor y se utilizare un medio motorizado para su transporte.

Artículo 167. Quater. Se aplicará reclusión o prisión de cuatro (4) a diez (10) años cuando en el abigeato concurren alguna de las siguientes circunstancias:

1. El apoderamiento se realizare en las condiciones previstas en el artículo 164.
2. Se alteraren, suprimieren o falsificaren marcas o señales utilizadas para la identificación del animal.
3. Se falsificaren o se utilizaren certificados de adquisición, guías de tránsito, boletos de marca o señal, o documentación equivalente, falsos.
4. Participare en el hecho una persona que se dedique a la crianza, cuidado, faena, elaboración, comercialización o transporte de ganado o de productos o subproductos de origen animal.
5. Participare en el hecho un funcionario público quien, violando los deberes a su cargo o abusando de sus funciones, facilitare directa o indirectamente su comisión.
6. Participaren en el hecho tres (3) o más personas.

Artículo 167. Quinque. En caso de condena por un delito previsto en este capítulo, el culpable, si fuere funcionario público o reuniere las condiciones personales descritas en el artículo 167 quater inciso 4º, sufrirá, además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena.

En todos los casos antes previstos también se impondrá conjuntamente una multa equivalente de dos (2) a diez (10) veces del valor del ganado sustraído”.

^v <http://www.udlap.mx/cesij/resumenejecutivo.aspx>

Estado de Jalisco, México

Artículo 241. Si el daño previsto en el artículo 259 de este Código, se produce en las especies a que se refiere el artículo 240, se aplicará una sanción de uno a seis años de prisión y multa por el importe de cuatro a ochenta días de salario.

Artículo 241 Bis. Derogado.

Artículo 242. Se considerará abigeato para los efectos de sanción:

- a) Sacrificar intencionalmente ganado ajeno, sin consentimiento de su propietario;
- b) Adquirir o negociar ganado robado, carne, pieles u otros derivados producto de abigeato, a sabiendas de esta circunstancia;
- c) Proteger dolosamente ganado robado con documentación falsa;
- d) Autorizar en rastro oficial o en cualquier otro lugar de matanza, el sacrificio de ganado robado a sabiendas de esta circunstancia;
- e) Expedir documentación que acredite la propiedad de animales producto de abigeato a favor de persona distinta de quien legalmente pueda disponer de ellos, o autorice su movilización, a sabiendas de su ilegal procedencia; y
- f) Transportar ganado, carnes o pieles a sabiendas de que se trata de carga producto de abigeato.

Artículo 242 A. Quien cometa alguno de los delitos previstos en los artículos 240 y 242 se le impondrá como sanción:

- I. De seis meses a tres años de prisión y multa por el importe de ocho a treinta y cinco días de salario, cuando el valor del ganado producto del delito no exceda del importe de trescientos días de salario;
- II. De dos a seis años de prisión y multa por el importe de ocho a cincuenta y cinco días de salario, cuando el valor exceda del monto señalado, en la fracción anterior, pero no de ochocientos días de salario; y
- III. De cinco a once años de prisión y multa de treinta a cien días de salario, cuando el importe del ganado producto del delito exceda de ochocientos días de salario.

El delito de abigeato se perseguirá por querrela de parte cuando su producto no exceda de ciento cincuenta días de salario mínimo general vigente de la zona geográfica donde se cometió el delito y no se trate de abigeato calificado.

ABIGEATO CALIFICADO

Artículo 242 B. El delito de abigeato se considera calificado, cuando:

- I. Se cometa valiéndose de la nocturnidad;
- II. Se cometa aprovechando alguna relación de trabajo, confianza o parentesco del activo con el pasivo;
- III. Sea perpetrado por ganaderos inscritos como tales en cualquier unión o asociación ganadera;
- IV. Se cometa por cuatro o más sujetos;
- V. El abigeato se desarrolle en diferentes entidades federativas;

VI. Se ejecute con violencia física o moral en las personas ya sea al perpetrarse el hecho o después de consumado para lograr la fuga o defender el producto;

VII. El responsable sea, o simule ser, miembro de algún cuerpo de seguridad pública o alguna otra autoridad; y

VIII. El responsable lleve algún arma, aun cuando no haga uso de ella.

SANCIONES PARA EL ABIGEATO CALIFICADO

Artículo 242 C. Al responsable del delito de abigeato calificado se le sancionará de acuerdo con las reglas que se consignan en los siguientes apartados:

a) Si interviene alguna de las calificativas que se consignan en las fracciones I, II, III y IV del artículo anterior, la pena será:

- I. De dos a cinco años de prisión y multa por el importe de ocho a treinta y cinco días de salario, cuando el importe del producto del delito no exceda de trescientos días de salario;
- II. De tres a ocho años de prisión y multa por el importe de veinte a sesenta y cinco días de salario, cuando el valor de lo robado exceda del monto señalado en la fracción anterior, pero no de ochocientos días de salario; y

III. De seis a once años de prisión y multa por el importe de treinta a cien días de salario, cuando el valor de lo robado exceda del monto de mil días de salario; y

b) Si interviene alguna de las calificativas que se consignan en las fracciones V, VI, VII y VIII del artículo anterior, la pena será:

- I. De dos años seis meses a cinco años seis meses de prisión y multa por el importe de diez a cuarenta días de salario, cuando el importe del producto del delito no exceda de trescientos días de salario;
- II. De cuatro a ocho años seis meses de prisión y multa por el importe de veinticinco a setenta días de salario, cuando el valor de lo robado exceda del monto señalado en la fracción anterior, pero no de ochocientos días de salario; y
- III. De seis años seis meses a once años de prisión y multa por el importe de treinta a cien días de salario, cuando el valor de lo robado exceda del monto de mil días de salario.

Artículo 242 D. Se sancionará con prisión de tres meses a dos años y multa de ocho a sesenta días de salario, independientemente de la pena que corresponda por el delito que llegare a cometerse a quien sin causa justificada:

- I. Altere o elimine en cualquier forma las señales de sangre, marcas o fierros registrados; o
- II. Marque o señale ganado orejano.

EXONERACIÓN DE SANCIÓN POR ABIGEATO

Artículo 243. El responsable de abigeato quedará exonerado de toda sanción cuando dentro de los ocho días siguientes a la comisión del delito se presenten las siguientes circunstancias:

I. Que no haya sido acusado de abigeato anteriormente;

II. Que el importe del producto del delito no pase del máximo establecido en la fracción I del artículo 242 A;

III. El activo restituya espontáneamente el ganado robado, en su número y calidad;

IV. El responsable pague los daños y perjuicios que hubiere ocasionado;

V. No se presente una de las circunstancias calificativas previstas en las fracciones VI, VII y VIII del artículo 242 B; y

VI. No se trate de reincidente que haya sido condenado por delito contra el patrimonio.

BENEFICIOS QUE PUEDE OBTENER UN ABIGEATO CUANDO ES SANCIONADO

Artículo 243 Bis. Al responsable de abigeato que comunique a la autoridad antes que sus copartícipes, información veraz con pormenores que hagan posible la identificación de todos o algunos de los partícipes del delito o la recuperación del ganado robado, será sujeto a los siguientes beneficios:

I. Si la información se proporcionara una vez consumado el delito, ante el Ministerio Público en la averiguación previa, la pena será de seis meses a dos años de prisión; y

II. Si la información aconteciere durante el proceso, el beneficio será de seis meses hasta una tercera parte de la pena que correspondiere, acorde a la información proporcionada y a los resultados obtenidos con esta.

Artículo 244. En todos los casos previstos en este capítulo será aplicable, en lo conducente, lo dispuesto en el artículo 238 de este Código.

República de Ecuador, Código Orgánico Integral Penal

SECCIÓN NOVENA

Delitos contra el derecho a la propiedad

Artículo 199. **Abigeato.** La persona que se apodere de una o más cabezas de ganado caballar, vacuno, porcino, lanar, será sancionada con pena privativa de libertad de uno a tres años.

Igual pena se impondrá a la persona que, con ánimo de apropiarse, inserte, altere, suprima o falsifique fierros, marcas, señales u otros instrumentos o dispositivos utilizados para la identificación de las cabezas de ganado.

Si la infracción se comete con fuerza, será sancionada con pena privativa de libertad de tres a cinco años. Si es cometida con violencia será sancionada con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

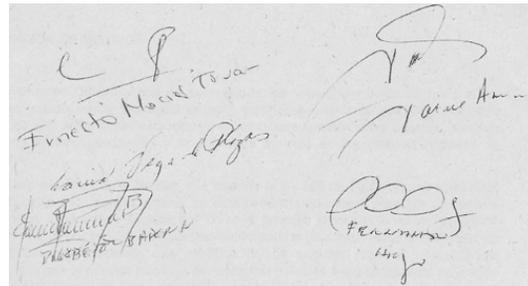
Si a consecuencia del delito se causa la muerte de una persona, será sancionada con pena privativa de libertad de veintidós a veintiséis años.

Si bien las legislaciones internacionales tienen un tratamiento punitivo distinto a la legislación colombiana, es importante tener un marco de referencia en el enfoque jurídico del derecho comparado, entendiendo que, las realidades sociales de cada país son altamen-

te distintas, de igual forma sus procesos legislativos y consecuencias punitivas.

Es así que se hace necesario que nuestra legislación penal, convierta el abigeato en un nuevo tipo penal autónomo con agravantes y atenuantes que permitan eliminar así las distintas interpretaciones por parte de los operadores jurídicos, lo que tendrá consecuencia la disminución en los errores de imputación, definición de la conducta y así mismo la disminución en los altos porcentajes de impunidad sobre esta conducta que castiga a más de 500 mil familias ganaderas propietarias de un hato ganadero compuesto aproximadamente por 22 millones de cabezas de ganado concentrados en departamentos altamente productores como los de la región de la Orinoquia y Caribe constituyéndose la ganadería como motores de la economía regional.


NOHORA TOVAR REY
Senadora de la República



SENADO DE LA REPÚBLICA SECCIÓN DE LEYES SECRETARÍA GENERAL TRAMITACIÓN DE LEYES

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 92 de 2016 Senado, *por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado*, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores, *Nohora Tovar Rey, Jaime Amín Hernández, Fernando Araújo, Ernesto Macías Tovar, Thania Vega de Plazas, Rigoberto Barón Neira*. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones Constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Agosto 9 de 2016

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el proyecto de ley de la referencia a la Comisión Primera Constitucional y envíese

copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la *Gaceta del Congreso*.

Cumplase.

La Presidenta del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizcano Arango.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 93 DE 2016 SENADO

por medio de la cual se modifica la Ley 1675 de 2013.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. Modifíquese el artículo 2° de la Ley 1675 de 2013, el cual quedará así:

Artículo 2°. Del Patrimonio Cultural Sumergido. El Patrimonio Cultural Sumergido, de conformidad con lo previsto en los artículos 63 y 72 de la Constitución Política, hace parte del patrimonio arqueológico y es propiedad de la nación. De conformidad con lo dispuesto en la Ley 397 de 1997, el Patrimonio Cultural Sumergido está integrado por todos aquellos bienes producto de la actividad humana que se encuentran permanentemente sumergidos en aguas internas, fluviales y lacustres, en el mar territorial, en la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental e insular, y otras áreas delimitadas por líneas de base. Hacen parte de este patrimonio los restos orgánicos e inorgánicos, los asentamientos, cementerios y toda evidencia física de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves o artefactos navales y su dotación, sus restos o partes, dotaciones o elementos yacentes dentro de estas, cualquiera que sea su naturaleza o estado, y cualquiera sea la causa de la inmersión, hundimiento, naufragio o echazón.

En consonancia con lo anterior, todos los bienes descritos en el inciso anterior son Patrimonio Cultural Sumergido y están sujetos al régimen establecido en la Constitución Política, al Régimen Especial de Protección y a las disposiciones particulares fijadas en la Ley 397 de 1997, modificada por la Ley 1185 de 2008, y en la normatividad para el patrimonio arqueológico, así como a las disposiciones especiales establecidas en la presente ley, por lo tanto están bajo la protección del Estado y son inalienables, inembargables e imprescriptibles.

Parágrafo. No se consideran Patrimonio Cultural Sumergido los bienes hallados que sean producto de hundimientos, naufragios o echazones que no hayan cumplido 100 años a partir de la ocurrencia del hecho, los cuales se regulan por las normas del Código de Comercio y los artículos 710 y concordantes del Código Civil en cuanto a su salvamento, y por las demás normas nacionales e internacionales aplicables. Tampoco se consideran aquellos bienes hallados en hundimientos, naufragios o echazones que hayan cumplido más de 100 años a partir de su ocurrencia, y que no reúnan

las condiciones para ser considerados pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido.

Artículo 2°. Adiciónese un párrafo al artículo 3° de la Ley 1675 de 2013, el cual quedará así:

Parágrafo. Los criterios de este artículo surten propósitos clasificatorios, y por ninguna razón podrán servir para excluir del conjunto de bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, alguno o algunos de los bienes o derechos que lo conforman.

Artículo 3°. Modifíquese el artículo 23 de la Ley 1675 de 2013, el cual quedará así:

Artículo 23. Vigencia y derogatorias. De conformidad con los artículos 63 y 72 de la Constitución, la presente ley tiene efectos retroactivos a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991, regula de manera integral el manejo del Patrimonio Cultural Sumergido y deroga el artículo 9° de la Ley 397 de 1997 y la Ley 26 de 1986.

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

paola holguín

FERNANDO DÍAZ

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

INTRODUCCIÓN

Para efectos de la presente exposición de motivos, hacemos una contextualización histórica acerca de la evolución del trato jurídico que se le ha dado al patrimonio cultural sumergido, inicialmente en el contexto internacional y luego en el nacional.

El primer referente al que haremos alusión será sobre la Sentencia C-553 de 2014. Establece la misma que “los hallazgos en el mar fueron regidos por normas consuetudinarias básicas denominadas Reglas del Almirantazgo “Admiralty Rules”, dentro de las cuales las más importantes eran la regla “first to come first to serve” propia del Derecho de los Hallazgos “law of the finds”, en virtud de la cual quien realizaba el hallazgo de un hundimiento era el propietario de los objetos encontrados en aplicación de las reglas de la ocupación y la ley del Salvamento “Law of the Salvage”, según la cual, la persona que rescata un cargamento tiene el derecho a recibir una recompensa proporcional al valor de la propiedad salvada.

Sin embargo, después de la segunda mitad del siglo xx y en especial en los años ochenta, los avances tecnológicos permitieron la realización de numerosos descubrimientos invaluables, muchos de los cuales terminaron en casas de subastas, afectando el patrimonio cultural de la humanidad, lo cual hizo necesaria la creación de legislaciones especiales sobre el tema.

En enero de 1955, un buque pesquero llamado “Angelina Madre”, con bandera italiana encontró la estatua de bronce del dios Melqart proveniente de la civilización Fenicia (siglo 9 - 11 a. C.) a veinte (20) millas náuticas de la costa italiana al sur de la isla de Sicilia. Luego de años de litigio, el caso fue decidido el 9 de enero de 1963 por el Tribunal de Sciacca que determi-

nó que la estatua pertenecía al Estado, ya que el barco al llevar ondeando la bandera italiana era considerado como parte del territorio italiano, por lo que las redes con las que fue encontrada la estatua también eran parte del territorio de Italia. En la primavera de 1985 fue encontrado el barco "Geldermalsen" también de la Compañía de las Indias Holandesas por el Británico Michael Hatcher cerca de las costas de Indonesia luego de su hundimiento en 1752, cuyos objetos, en especial porcelana China y objetos invaluable en oro fueron subastados directamente por su descubridor en Christie's, al no existir una regulación específicamente aplicable.

El 20 de julio de 1985 fue hallado por Mel Fisher y su tripulación de Treasure Salvors el Galeón Español Nuestra Señora de Atocha, hundido en el año 1622, la mayoría de los invaluable hallazgos fueron subastado en 1988 en Christie's en Nueva York y solamente una pequeña parte se puede ver en el Mel Fisher Maritime Heritage Society Museum, en Cayo Hueso, Florida¹.

El 1º de septiembre de 1985, el doctor Robert Ballard y el Instituto de Francia para la investigación y exploración del Mar (Ifemer) descubrieron el Titania a 400 millas de Newfoundland, Canadá, cuyos objetos comenzaron a ser subastados por multimillonarias sumas de dinero, por lo cual se tuvieron que expedir normas especiales como la Ley Marítima conmemorativa del Titania de los Estados Unidos del 21 de octubre de 1986. Finalmente, en el año 2000, una Corte de Distrito en Estados Unidos mediante un fallo en 2000 ordenó que se conservaran todos los objetos y no se vendieran y a partir del año 2011 obtuvo la protección internacional en aplicación de la convención de la Unesco².

La misma Sentencia C-553 de 2014 señala que "estas situaciones como efecto tuvieron que se proclamarán sucesivas leyes en todo el mundo para la protección del patrimonio sumergido. En Suramérica, por ejemplo, se expidió: la Ley 3501 de 1979 sobre patrimonio cultural en Ecuador, la Ley 25.743 de 2003 sobre la protección de patrimonio arqueológico y paleontológico en Argentina y la Ley 397 de 1997 y posteriormente modificada por la Ley 1675 de 2013, Colombia; la Ley 7542 de 1986 de Brasil. En Norteamérica y el Caribe: la "Abandoned Shipwreck Act" de 1988 en Los Estados Unidos, el Decreto 289 de 1989 de República Dominicana y la Ley de Barcos Históricos de 2001 de Bermuda. En Europa: la ley de antigüedades de 1963 de Finlandia, la Ley de Enmienda sobre monumentos nacionales de 1994 en Irlanda, el Decreto Legislativo número 490 del 29 de octubre de 1999 en Italia, la ley de conservación de la cultura de 1988 en Suecia y la Ley de Antigüedades de 2006 en Chipre. En lo que respecta a Asia y Oceanía: la "Historie Shipwreck Act" de 1976 de Australia, el Decreto número 42 del 20 de octubre de 1989 en China, la Ley sobre objetos del patrimonio cultural de 1992 en Indonesia y ley sobre patrimonio cultural 2001 de Vietnam.

En virtud de la regulaciones nacionales e internacionales sobre patrimonio sumergido, el resultado de los litigios comenzó a cambiar y los bienes correspondientes al patrimonio cultural encontrados pasaron a propiedad de cada uno de los Estados donde se encontraban sumergidos"³.

OBJETO DEL PROYECTO

El presente proyecto busca dar una protección real y efectiva al patrimonio cultural sumergido que le pertenece a Colombia, en virtud del debido desarrollo que se le debe dar a los artículos 63 y 72 de la Constitución Nacional que comparten como componente principal la siguiente disposición: "(...) el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables", "el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado. El patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la nación y son inalienables, imprescriptibles e inembargables (...), respectivamente.

Es de suma importancia proteger el patrimonio cultural sumergido de Colombia, poniendo restricciones al comercio del mismo, pues como ha manifestado en diferentes oportunidades la corte, ponerle precio al patrimonio cultural es condenarlo a su desintegración y destrucción, además cuando este es un componente de la nación del pueblo colombiano, pues su contenido histórico es invaluable.

MARCO JURÍDICO COLOMBIANO RESPECTO DEL PATRIMONIO CULTURAL SUMERGIDO

La protección del Patrimonio Cultural en Colombia, no es algo que se haya desarrollado ni protegido de manera reciente. Por el contrario, como lo ha mencionado la Corte Constitucional⁴, Colombia desde 1918 ha exigido la creación de una regulación específica para su protección y conservación. Es así que a continuación realizaremos un breve recuento histórico sobre dicha protección, tal y como lo relaciona la Sentencia C-553 de 2014. Por ejemplo, la **Ley 48 de 1918** instauró la Dirección Nacional de Bellas Artes, adscrita al Ministerio de Instrucción Pública, y declaró como patrimonio histórico nacional los edificios y monumentos públicos, las fortalezas, esculturas, cuadros, etc., del período colonial y los monumentos precolombinos, prohibiendo su destrucción, reparación, ornamentación y destinación sin previa autorización del mencionado Ministerio. La **Ley 163 de 1959** dictó medidas específicas para la defensa y conservación del patrimonio histórico, artístico y los monumentos públicos de la Nación. Por otro lado, en los años sesenta se expidieron decretos con el objeto de delimitar las funciones de protección del patrimonio y las entidades que las ejercen: **(i) el Decreto 264 de 1963** detalló las funciones del Consejo Nacional de Monumentos y designó a los gobernadores y alcaldes como los funcionarios encargados de velar por el cumplimiento de la mencionada ley; **(ii) el Decreto 3154 de 1968** creó el Instituto Colombiano de Cultura (Colcultura), con una Subdirección de Patrimonio, y una división cuya función era efectuar el inventario del patrimonio cultural, y llevar un registro de los bienes culturales de interés nacional.

¹ Garabello, Roberia / Scovazzi, Tullio: The protection of the underwater cultural heritage. Before and after the 2001, Unesco convention. Brill Academic Publishers. Leider, Netherlands. 2003, págs. 20 y 21.

² Sentencia C-553 de 2014. Citado de Dromgoogle, Sarah: Underwater Cultural Heritage and International Law, Cambridge University press, Cambridge, 2013, pág. 168.

³ Ibidem.

⁴ Sentencia C-553 de 2014.

Sin embargo, como podemos observar, la Constitución de 1991 dio un giro radical con respecto a la Carta de 1886, en la relación del Estado con la cultura y el patrimonio cultural. A pesar de la existencia de las anteriores normatividades, fue la Constitución del 91 la que ampara el patrimonio cultural y arqueológico de la nación y señala el especial régimen de protección al que se encuentra sometido. Así, por ejemplo, el artículo 8°, dentro de los pilares fundamentales del Estado de la Carta Superior establece que *“es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”*⁵. De la misma manera, señala en su artículo 63 que *“(…) el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Y por último, en el artículo 72 prevé que “el patrimonio cultural de la Nación está bajo la protección del Estado, al tiempo que señala que el patrimonio arqueológico y otros bienes culturales que conforman la identidad nacional, pertenecen a la Nación y son inalienables, inembargables e imprescriptibles, así como que la ley establecerá los mecanismos para readquirirlos cuando se encuentren en manos de particulares y reglamentará los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”*⁶. A ello, también cabe sumar que en el artículo 333 superior se establece que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.

Por lo anterior, en desarrollo de los mandatos constitucionales, el legislador expidió la Ley 397 de 1997 *“por la cual se desarrollan los artículos 70, 71 y 72 y demás artículos concordantes de la Constitución Política y se dictan normas sobre patrimonio cultural, fomentos y estímulos a la cultura, se crea el Ministerio de la Cultura y se trasladan algunas dependencias”*. Esta ley constituyó una de los mayores avances en la protección del patrimonio cultural, consagrando múltiples normas para su protección. Definió el patrimonio cultural como: *“todos los bienes y valores culturales que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la tradición, las costumbres y los hábitos, así como el conjunto de bienes inmateriales y materiales, muebles e inmuebles, que poseen un especial interés histórico, artístico, estético, plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, ambiental, ecológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, científico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museológico, antropológico y las manifestaciones, los productos y las representaciones de la cultura popular”*⁷.

Igualmente, definió el patrimonio cultural sumergido como *“las ciudades o cementerios de grupos humanos desaparecidos, restos humanos, las especies náufragas constituidas por las naves y su dotación, y demás bienes muebles yacentes dentro de estas, o diseminados en el fondo del mar; que se encuentren en el suelo o subsuelo marinos de las aguas interiores, el mar territorial, la plataforma continental o zona económica exclusiva, cualesquiera que sea su naturaleza o estado y la causa o época del hundimiento o naufragio”*⁸. Así mismo señaló que *“los restos o par-*

*tes de embarcaciones, dotaciones o bienes que se encuentren en circunstancias similares, también tienen el carácter de especies náufragas”*⁹; y estableció que *“toda exploración y remoción del patrimonio cultural sumergido, por cualquier persona natural o jurídica; nacional o extranjera; requiere autorización previa del Ministerio de Cultura, y de la Dirección General Marítima, Dimar, del Ministerio de Defensa Nacional, la cual será temporal y precisa”*¹⁰.

Finalmente, se crea la **Ley 1185 de 2008** que realizó una reforma en varias normas de la ley 397 de 1997 ampliando el concepto del patrimonio cultural de la nación señalando que el mismo *“está constituido por todos los bienes materiales, las manifestaciones inmateriales, los productos y las representaciones de la cultura que son expresión de la nacionalidad colombiana, tales como la lengua castellana, las lenguas y dialectos de las comunidades indígenas, negras y creoles, la tradición, el conocimiento ancestral, el paisaje cultural, las costumbres y los hábitos, así como los bienes materiales de naturaleza mueble e inmueble a los que se les atribuye, entre otros, especial interés histórico, artístico, científico, estético o simbólico en ámbitos como el plástico, arquitectónico, urbano, arqueológico, lingüístico, sonoro, musical, audiovisual, filmico, testimonial, documental, literario, bibliográfico, museo lógico o antropológico”*¹¹.

En conclusión, así como lo ha señalado la Corte, existe no solo un régimen particular de protección, sino también la obligación constitucional que asiste a todos y, en particular, al Estado, de asegurar la conservación y recuperación de los bienes que conforman dicho patrimonio cultural y arqueológico, así como el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible que se reconoce a los bienes a que se alude en los artículos 63 y 72 superiores¹². Por lo tanto, es claro igualmente que los bienes que forman parte del patrimonio arqueológico de la nación regulados por el artículo 6° de la Ley 397 de 1997, y a los que se refieren tanto el artículo 63 como el 72 de la Constitución, no requieren ningún tipo de declaración como tales para que tengan el carácter de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles. Igualmente, la Corte en Sentencia C-474 de 2003, luego de recordar el carácter inalienable, inembargable e imprescriptible de los bienes a que se aluden en los artículos 63 y 72 de la Constitución, puso de presente que en relación con los bienes que integran el patrimonio cultural sumergido no debía haber duda sobre su valor histórico o arqueológico, según el caso, que pertenecen al patrimonio arqueológico o al patrimonio cultural de la nación y están cubiertos por dicha inalienabilidad, inembargabilidad e imprescriptibilidad¹³.

Vale la pena reiterar que el tratamiento constitucional especial del patrimonio arqueológico de la nación, del cual hace parte el patrimonio cultural sumergido por la correspondencia de bienes pertenecientes a este con las épocas de creación y orígenes que permiten clasificar los bienes arqueológicos, respecto de otros bienes de interés cultural pertenecientes al patrimonio cultural de la Nación, se debe, entre otras razones, por-

⁵ Constitución Política de Colombia.

⁶ Sentencia C-668 de 2005.

⁷ Artículo 4° de la Ley 397 de 1997.

⁸ Artículo 9° de la Ley 397 de 1997.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ Artículo 10 de la Ley 1185 de 2008.

¹² Sentencia C-474 de 2003, sentencias C-339 de 2002. Fundamento 6.2, C-091 de 2001, y 366 de 2000.

¹³ Sentencia C-668 de 2005.

que a diferencia de ciertos bienes que pueden ser producidos continuamente por la humanidad, tales como las obras literarias, obras artísticas y plásticas, obras cinematográficas y audiovisuales, los bienes originarios de culturas desaparecidas y épocas prehispánicas, y los testimonios sumergidos que proceden de la época de la Conquista y Colonia, carecen de tal posibilidad de producción actual o futura y, por tanto, constituyen el irremplazable medio para conocer la historia de culturas del pasado y la historia no escrita de los pueblos prehispánicos¹⁴.

Sin embargo, es preocupante lo contemplado en el **Decreto 1698 de 2014**, por medio del cual se reglamenta la Ley 1675 de 2013, y más específicamente lo contemplado en el artículo 40, cuando expresa:

“Artículo 40. Bienes no pertenecientes al Patrimonio Cultural Sumergido. Los bienes que no sean considerados como bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, serán objeto de peritaje internacional aceptado de común acuerdo por las partes.

El peritaje permitirá adjudicarle un valor comercial a cada uno de los objetos, de manera ponderada y equitativa, que podrá usar el Ministerio de Cultura para aplicar las formulas incluidas en cada contrato para el posible pago por procesos de exploración, preservación, Intervención, aprovechamiento económico, conservación y curaduría.

El Ministerio podrá disponer económicamente de los bienes que no sean considerados como bienes del Patrimonio Cultural Sumergido, mediante subasta u otros mecanismos apropiados. Los recursos que se recauden tendrán la destinación señalada en el artículo 18 de la ley 1675 de 2013.” (Negrillas fuera del texto).

Lo anterior se debe leer en concordancia con lo que hoy es criterio de exclusión y/o de inclusión descritos en la Ley 1675 de 2013, a partir de los cuales se considera cuáles bienes muebles o inmuebles deben formar parte de patrimonio cultural sumergido, se incluyó una figura jurídica inexistente en los tratados internacionales y en la legislación comparada conocida, esto es, el criterio de repetición establecido en el artículo 3°, según el cual para determinar si un bien es *Patrimonio Cultural* debe verificarse el hecho de estar seriado o repetido.

La anterior invención legislativa no tiene asidero en ningún precedente de derecho internacional, jurisprudencia o estudio técnico, responde únicamente a la satisfacción de intereses particulares, muy a pesar de la conveniencia de inconstitucionalidad que representa su conformación.

La Corte Constitucional en **Sentencia C-553/14** señaló que este mismo cuerpo en “Sentencia C-264 de 2014, decidió una demanda que señalaba que el inciso cuarto de la Ley 1675 de 2013 que consagra el principio de repetición, vulneraba el derecho al patrimonio cultural de la Nación al excluir un bien o conjunto de bienes de la protección especial con fundamento en la ‘similitud’ que se puede presentar entre cosas muebles que compartan como características su condición seriada y valor de cambio o fiscal”, además de ser contrario

a lo estipulado en los ya mencionados artículos 63, 70 y 72 de la Carta Política.

Surge entonces el cuestionamiento ¿Cómo explicar que monedas y lingotes de oro y plata de más de tres siglos de antigüedad son solo parte del mercado cambiario y no tienen ninguna representación histórica?, no es posible entender los juicios de valor que se tuvieron en cuenta para quitarle la identidad y alcance a elementos que deberían, sin reparo ni restricción alguna, integrar el patrimonio cultural de los colombianos.

BREVE ANÁLISIS DEL CONTEXTO JURISPRUDENCIAL REFERIDO A LOS CRITERIOS DE EXCLUSIÓN

El artículo 3° de la Ley 1675 de 2013 desarrolla lo que el legislador denominó entonces “*criterios aplicables al Patrimonio Cultural Sumergido*” que no son otra cosa que criterios de inclusión y exclusión combinado. Actualmente, existen cinco filtros para la categorización de un hallazgo, estos son: representatividad, singularidad, repetición, estado de conservación e importancia científica y cultural. Si se comparan los antes mencionados con equivalentes en el marco jurídico internacional, claramente se infiere que más que criterios de inclusión son criterios de exclusión sumamente favorables a los intereses del sector privado y totalmente inconvenientes a una adecuada preservación de elementos de trascendencia histórico-cultural.

El inconveniente básicamente se presenta en la medida que, como está formulada la normatividad vigente, la discrecionalidad que tiene el Consejo Nacional de Patrimonio Cultural es amplia, por una parte por la ambigüedad con que está desarrollado cada criterio y, por la otra, por cuanto, valga reiterar, los cinco son muy restrictivos.

Deben canalizarse los criterios de inclusión en unos que contrario a favorecer avaricias e intereses de firmas particulares, propenda por la protección del patrimonio cultural sumergido. **Por lo anterior no debe haber criterios de exclusión.** Desde esta perspectiva **todo objeto, elemento, estructura, monumento, obra o producción humana que tenga un carácter cultural, histórico, arqueológico o científico, que hayan estado sumergidos total o parcialmente, en forma periódica o en ciclos sucesivos o ininterrumpidamente, por lo menos durante cien años será considerado patrimonio cultural sumergido, sin que pueda desmantelarse su íntegra unidad.**

De la misma forma lo serán los antes mencionados, aun cuando no cumplan con el requisito temporal siempre **que tenga relación directa con un evento, objeto, estructura o personalidad de trascendencia histórica, o tenga connotada importancia para la nación.**

En este orden de ideas, para evitar ponderaciones y valoraciones subjetivas por parte del ente encargado de la acreditación, se eliminará cualquier posibilidad de exclusión de cualquier bien de su condición y característica de Patrimonio Cultural, bastará con la adecuación mínima dentro de cualquiera de las amplias categorías antes enunciadas (carácter cultural, histórico, arqueológico, científico, o por antigüedad superior a 100 años o por conexidad) sumado al hecho de estar bajo del agua, para que un bien sea declarado patrimonio cultural sumergido.

¹⁴ Sentencia Corte Constitucional C-434 de 2010, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY Y SU RELACION CON LOS ARTÍCULOS 63 Y 72 DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL

Como bien se ha expuesto los artículos 63 y 72 de la Carta Política indican que los bienes son del Estado, no podrán entrar en el comercio, por su calidad de inalienables e inembargables, lo cual encuentra razón en los postulados romanos de la *res publicae*, como lo describió Gayo en las institutas romanas: “se considera equivalente otra distinción que, aunque no formulada de modo expreso, corre en el lenguaje de las fuentes: la distinción entre *res in commercio* y *res extracommercium* (cosa afectada de posibilidad de enajenar). Verdad es todavía que el criterio básico estriba aquí en la posibilidad o imposibilidad legal que la cosa sea objeto de negocio jurídico patrimonial (...)”.

En lo tocante con la cosa pública o *res publicae*, se definen como las cosas pertenecientes al *populus*, es decir a la comunidad organizada en Estado: publica *sunt, quae populi Romani sunt (...)*¹⁵.

Por lo tanto, que el Estado colombiano pueda declarar los bienes sumergidos encontrados por fuera del patrimonio cultural, es contrario a la norma superior, y los negocios jurídicos que en efecto surgieron a la vida jurídica deberán ser retrotraídos por el Estado, pues esos actos fueron violatorios de la Constitución, de ahí que el presente proyecto de ley otorgue este efecto de retroactividad, además basándose en lo mencionado por la Corte Constitucional, en Sentencia T -110 de 2011, cuando expresó:

“El fenómeno de la retrospectividad de las normas de derecho se presenta, como ya se anticipó, cuando las mismas se aplican a partir del momento de su vigencia, a situaciones jurídicas y de hecho que han estado gobernadas por una norma anterior; pero cuyos efectos jurídicos no se han consolidado al momento de entrar a regir la nueva disposición. Este instrumento ha sido concebido por la jurisprudencia nacional como un límite a la retroactividad, asociando su propósito a la satisfacción de los principios de equidad e igualdad en las relaciones jurídicas de los asociados, y a la superación de aquellas situaciones marcadamente discriminatorias y lesivas del valor justicia que consagra el ordenamiento jurídico colombiano, de conformidad con los cambios sociales, políticos y culturales que se suscitan en nuestra sociedad. De las sentencias estudiadas se extrae, en conclusión, que

(i) por regla general las normas jurídicas se aplican de forma inmediata y hacia el futuro, pero con retrospectividad;

(ii) el postulado de irretroactividad de la ley implica que una norma jurídica no tiene prima facie la virtud de regular situaciones jurídicas que se han consumado con arreglo a normas anteriores;

(iii) la aplicación retrospectiva de una norma jurídica comporta la posibilidad de afectar situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finalizado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la aludida situación jurídica y;

(iv) tratándose de leyes que se introducen en el ordenamiento jurídico con el objeto de superar situaciones de marcada inequidad y discriminación (tuitivas), el juzgador debe tener en cuenta, al momento de establecer su aplicación en el tiempo, la posibilidad de afectar retrospectivamente situaciones jurídicas en curso, en cuanto el propósito de estas disposiciones es brindar una pronta y cumplida protección a grupos sociales marginados”.

En consecuencia, es totalmente procedente que este proyecto contemple la retroactividad de la ley como un mecanismo para salvaguardar los intereses culturales que son componente de la Nación.

PROPOSICIÓN

Con base en los anteriores argumentos pongo a consideración de los honorables miembros del Congreso de la República el presente proyecto, pues desarrolla los postulados constitucionales de protección especial al patrimonio cultural sumergido.

De los honorables Congresistas,

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

Ernesto Macías T.

Paola Holguín

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECCIÓN DE LEYES

SECRETARÍA GENERAL
TRAMITACIÓN DE LEYES

Bogotá, D. C., 9 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de que se proceda a repartir el Proyecto de ley número 92 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica la Ley 1675 de 2013, me permito remitir a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores Jaime Amín Hernández, Fernando Araujo, Ernesto Macías Tovar, Paola Holguín. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

¹⁵ Iglesias, Juan. Derecho romano, historia e instituciones, Undécima Edición, Ed. Ariel Derecho, p. 207.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

Agosto 9 de 2016

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

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizcano Arango.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

* * *

PROYECTO DE LEY NÚMERO 99 DE 2016
SENADO

por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito Terrestre, adicionándole un parágrafo a los artículos 27 y 37 y se dictan otras disposiciones.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

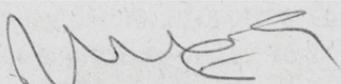
Artículo 1°. Adiciónese un parágrafo nuevo al artículo 27 de la Ley 769 de 2002, el cual quedará así:

Parágrafo. Autorícese al Ministerio de Transporte permitir el cambio de Servicio Público a Particular de las camionetas doble cabina con platón del servicio público de transporte terrestre automotor especial, cuyo modelo de fabricación sea igual o superior a cinco años en el momento del trámite, y que acredite estar en óptimas condiciones técnico-mecánicas.

Artículo 2°. Adiciónese un parágrafo nuevo al artículo 37 de la Ley 769 de 2002, el cual quedará así:

Parágrafo. El Ministerio de Transporte reglamentará en un término no superior a tres (3) meses, contados a partir de la sanción de esta ley, el procedimiento para inscribir en el registro inicial el cambio de servicio público a particular de camionetas doble cabina con platón del servicio público de transporte terrestre automotor especial.

Artículo 3°. La presente ley deroga las normas que le sean contrarias y rige a partir de su promulgación.



JORGE ELIESER PRIETO RIVEROS.
Senador de la República
Partido Alianza Verde

1. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El Servicio Público de transporte terrestre automotor especial, está definido en la ley como aquel que se presta bajo la responsabilidad de una empresa de transporte legalmente constituida y debidamente habilitada en esta modalidad, a un grupo específico de personas ya sean estudiantes, asalariados, turistas (prestadores

de servicios turísticos) o particulares, que requieren de un servicio expreso y que para todo evento se hará con base en un contrato escrito celebrado entre la empresa de transporte y ese grupo específico de usuarios. (Ver el Decreto número 174 de 2001, por el cual se reglamenta el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial).

Estos vehículos, como puede desprenderse de su definición legal cumplen una función de servicio público de transporte semejante a la de otros vehículos de esta naturaleza, como pueden ser los taxis. Desde esta perspectiva reclaman un tratamiento similar, de cara a las disposiciones legales que los rigen.

Este criterio lo ratifican las empresas de transporte habilitadas por el Ministerio de Transporte para prestar el Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial, quienes han expuesto en los diferentes encuentros gremiales, la necesidad de permitir la reposición de los vehículos tipo camioneta doble cabina y camperos, mediante la figura de **cambio de servicio de público a particular**, establecido en el Código de Tránsito (Ley 769 de 2002) para los vehículos tipo Taxi.

Este proyecto de ley responde entonces a la doble necesidad de dar tratamiento igual a casos similares, de una parte; y de la otra entrar a resolver una demanda social sentida por los transportadores de este subsector o modalidad de servicio público.

2. Antecedentes

2.1. Normativo

En la Legislatura 2013-2014, fue radicada por el Representante Camilo Andrés Abril Jaimés el Proyecto de ley número 24 de 2013 Cámara, “*por medio de la cual se modifica la Ley 769 de 2002 y se aprueba el cambio de servicio público a particular de las camionetas, camperos y demás vehículos de servicio público de transporte terrestre automotor especial. Transporte público a particular*” el cual buscaba modificar la Ley 769 de 2002 en su artículo 27 y permitir el cambio de servicio público a particular para las camionetas doble cabina con platón, camperos y demás vehículos de servicio especial, bajo la reglamentación que al efecto establezca el Gobierno nacional, tal como lo ha hecho para el servicio de taxis. Ello puede suponer reglamentariamente que este cambio de modalidad sea permitido cuando hayan cumplido una edad igual o superior a cinco años y demuestren estar en óptimas condiciones técnico-mecánicas. El Gobierno nacional decidió implementar por medio de la Ley 903 de 2004 parcialmente los artículos 27 y 37 de la Ley 769 de 2002 “(...) permitiendo el cambio de servicio de particular a público para los siguientes tipos de vehículos: volqueta, camperos y vehículos de carga de dos (2) ejes hasta 4 toneladas, y de público a particular a los taxis”.

2.2. Problemática

La demanda del servicio público de transporte especial en camionetas doble cabina con platón exigen seguridad, comodidad y oportunidad; parámetros directamente ligados a la edad del vehículo y al cumplimiento de los demás requisitos normativos previstos.

La innovación tecnológica en la industria automotriz busca estar a la vanguardia para alcanzar estándares de seguridad y protección de la vida de las personas (Sistemas de frenos ABS, Air Bags), que pueden cam-

biar entre el modelo de un año a otro. En la actualidad las empresas demandantes de este tipo de servicio exigen equipos con edades no superiores a los tres años.

Las empresas transportadoras han encontrado obstáculos en el Ministerio de Transporte para obtener la reglamentación de la reposición de camionetas y camperos por cambio de servicio público a particular, argumentando que es competencia del Congreso de la República la modificación de la Ley 769 de 2002, Código de Tránsito.

De hecho la desvinculación se encuentra regulada, pero con relación a los vehículos que se retiran de una empresa para entrar a otra, sin que ello trascienda al cambio de modalidad de público a privado. También está prevista la autorización para el cambio de servicio de particular a público de los vehículos particulares destinados al transporte escolar.

En síntesis, donde se encuentra el vacío normativo es en el cambio de público a privado para este tipo de vehículos del Servicio Público de Transporte Terrestre Automotor Especial.

La falta de reglamentación conlleva a la utilización de métodos poco éticos para incrementar la oferta de camionetas, a través de empresas cuestionadas e investigadas por la Superintendencia de Puertos y Transportes. Dichas empresas no han asumido ninguna responsabilidad con los propietarios, más allá de tramitar una tarjeta de operación ante el Ministerio de Transporte con contratos inexistentes.

El país ha mantenido un equilibrio entre la oferta y la demanda en taxis, mediante la utilización de la reposición por cambio de servicio, manteniendo un parque automotor moderno, un comercio de vehículos que rota con base en el promedio de necesidades reales, y un control más efectivo a la competencia desleal y a la informalidad; situación que, consideramos, se debe aplicar en condiciones de igualdad y de equidad a los vehículos de transporte terrestre especial.

3. Marco Constitucional y Legal

La presente ley quiere proteger el derecho al trabajo tal y como lo dispone la Constitución Política de 1991, en su artículo 25:

“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”.

Como lo establece el anterior artículo, es deber del Estado velar por la protección de este derecho y brindar unas garantías que permitan el cumplimiento cabalmente del mismo. Cada persona escoge un oficio diferente para desempeñarse a lo largo de su vida, oficio que debe ser respetado, valorado y apoyado por el Estado, pero ante todo debe contar con un mínimo de posibilidades laborales que permitan el desempeño del oficio.

La Resolución número 4000 de 2005 expedida por el Ministerio de Transporte, modifica el Capítulo VII del Decreto número 174 de 2001, reglamenta el servicio público de transporte terrestre automotor especial exclusivamente para camionetas doble cabina con platón, las cuales para obtener tarjetas de operación requieren haber suscrito un contrato de prestación de

servicio de transporte y la vigencia será igual a la duración del contrato.

La Resolución número 804 de 2009, contempla los requisitos para la desintegración o chatarrización de las camionetas doble cabina con platón y Station Wagon como requisitos para la reposición de los vehículos, sin que la autoridad del transporte haya reglamentado los fondos de reposición para el Servicio de Transporte Especial.

La Resolución número 4000 de 2005 fue modificada por la Resolución número 3097 de 2009, fijándole una vigencia mínima a la tarjeta de operación de un año, pero manteniendo vigente el contrato de prestación de servicio de transporte, quitándole jerarquía a las empresas de transporte especial y colocándolas como intermediarias entre el propietario y las empresas contratantes.

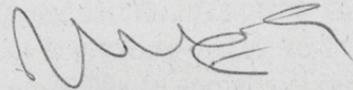
La Ley 903 de 2004 modifica parcialmente los artículos 27 y 37 de la Ley 769 de 2002, permitiendo el cambio de servicio de particular a público para los siguientes tipos de vehículos: volquetas, camperos y vehículos de carga de dos (2) ejes hasta 4 toneladas, y de público a particular a los taxis; lo cual, a nuestro juicio, es razón suficiente para involucrar a las camionetas doble cabina, camperos y vehículos de servicio especial para adelantar este mismo trámite y tener la posibilidad de pasarse de servicio público a particular.

Evidentemente ello se da en un contexto en el cual, de acuerdo con el Código de Tránsito, se trata de zonas rurales o suburbanas de difícil acceso para el servicio de carga y pasajeros por parte de empresas habilitadas para tal fin por el Ministerio de Transporte.

4. Finalidad de la ley

Modificar la Ley 769 de 2002 en sus artículos 27 y 37 para permitir el cambio de servicio público a particular de las camionetas doble cabina con platón, bajo la reglamentación que para tal efecto establezca el Gobierno nacional, tal como lo ha hecho para el servicio de taxis. Esto en los casos en que cuyo modelo de fabricación sea igual o superior a cinco años en el momento del trámite, y certifiquen estar en óptimas condiciones técnico-mecánicas.

Cordialmente,



JORGE ELIESER PRIETO RIVEROS.
Senador de la República
Partido Alianza Verde

SENADO DE LA REPÚBLICA

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

El día 10 del mes de agosto del año 2016, se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 99, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por honorable Senador *Jorge Eliéser Prieto Riveros*.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL

Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 99 de 2016 Senado, *por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito Terrestre, adicionándole un parágrafo a los artículos 27 y 31 y se dictan otras disposiciones*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por el honorable Senador *Jorge Eliéser Prieto Riveros*. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Ley es competencia de la Comisión Sexta Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

10 de agosto de 2016

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizcano Arango.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

PROYECTO DE LEY NÚMERO 101 DE 2016
SENADO

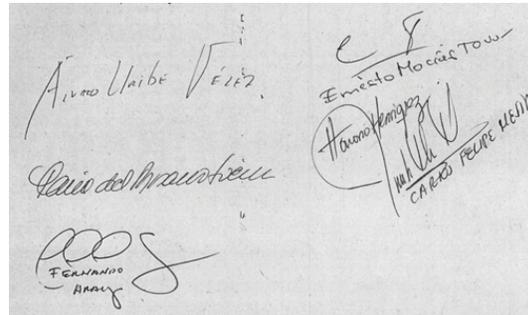
por la cual se brindan condiciones para mejorar la calidad de vida del adulto mayor en Colombia.

El Congreso de la República de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Del objeto.* La presente ley establece que el valor de los auxilios o subsidios en dinero dirigidos y otorgados en beneficio del adulto mayor de que tratan los servicios sociales complementarios del Sistema de Seguridad Social o del Sistema de Protección Social en Colombia en vigencia de la presente ley o que llegaren a crearse deben estar por encima del indicador de línea de pobreza que informe oficialmente el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE) o a la entidad que haga sus veces.

Artículo 2°. *Aplicabilidad, vigencia y derogatorias.* La presente ley rige a partir de su promulgación y deroga disposiciones legales o reglamentarias que le sean contrarias para que su aplicación comience a partir de la vigencia fiscal.



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. Justificación

Encontramos necesario allanar, es decir, nivelar el valor que percibe el colombiano adulto mayor en aplicación de los servicios sociales complementarios de que trata el Sistema General de Seguridad Social o el Sistema de Protección Social, toda vez que actualmente, dicho valor se encuentra un rezago con respecto al indicador que ilustra el nivel de pobreza del país, esto es el denominado “*indicador de línea de pobreza*” el cual periódicamente es publicado por el Departamento Administrativo de Estadísticas (DANE).

Consideramos de la mayor importancia y equidad que, el valor de los subsidios o auxilios en dinero del Gobierno nacional otorga en desarrollo de programas sociales observando la **Política de Estado de Atención Integral al Adulto Mayor (actualmente Colombia Mayor) creado a partir de la Ley 1246 de 2009** la asistencia social sea una expresión de la justicia y equidad social en procura de generar condiciones de dignidad de la población en estado de vulnerabilidad, en este caso, la población considerada como adulto mayor¹. Esto a fin de:

a) Nivelar o actualizar la asignación en dinero a los beneficiarios del Programa de Atención Integral al Adulto Mayor (hoy Colombia Mayor) y demás apoyos asistenciales, derivados o equivalentes guarden el parámetro objetivo del indicador, línea o umbral de pobreza;

b) Aplicar un parámetro objetivo sin orientación o consideración de oportunidad o conveniencia que la asignación mínima de un colombiano haciendo prevaler la asignación como una política de Estado y una expresión del derecho a la seguridad social con independencia del modelo de gobierno que se aplique;

c) Coadyuvar de manera progresiva a la superación de las condiciones de pobreza de la población colombiana pasando de una asignación de asistencia a un ingreso que al menos cubra una condición básica para suplir las mínimas condiciones básicas a una población

¹ Ley 1276 de 2009 que modificó la Ley 687 del 15 de agosto de 2001 y estableció criterios de atención integral del adulto mayor en los centros vida.

En su artículo 7° indica: *Artículo 7°. Definiciones. Para fines de la presente ley, se adoptan las siguientes definiciones:...* **Adulto Mayor:** *Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen.*

inactiva o en condiciones de desigualdad para lograr ingresos mejores.

2. Contexto

Primera idea de contexto: La línea o umbral de pobreza debe ser el parámetro con el cual se establezcan y fijen las políticas de protección social pues este ilustra la valoración de ingresos como las mínimas condiciones en las que un hogar o una persona en su condición socioeconómica.

Es relevante comenzar resaltando que la **Línea de Pobreza o Umbral de Pobreza** es el valor monetario de una canasta de bienes y servicios que suple las necesidades básicas de una persona. En ese sentido una persona se considera pobre si el ingreso mensual per cápita de su hogar está por debajo de dicha línea.

A nivel nacional para el año comprendido entre julio de 2014 y junio de 2015, los valores promedio de la línea de pobreza fueron: de **\$217.043** (doscientos diecisiete mil cuarenta y tres pesos). A nivel de cabecera urbana esta línea es de **\$239.205** y en las zonas rurales **\$143.256²**.

Ello significa que un colombiano que resida en zona rural se encuentra en un nivel inferior de pobreza cuando no alcanza un ingreso al menos de \$ 143.256. En tratándose de una persona considerada adulta mayor –esto es un colombiano de 60 años o más– que no posea las condiciones de ingreso laboral o de otra fuente y que por tanto, sea beneficiario de los programas sociales complementarios debe percibir una asignación igual o superior a fin de que el mismo no se considere población en situación inferior a su condición de pobre y con las posibilidades de superar incluso dicha condición.

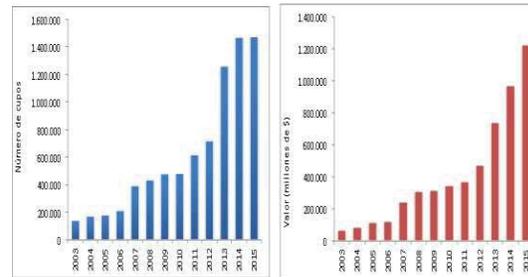
Con este parámetro, las entidades territoriales que tiene a cargo el censo, identificación poblacional beneficiaria (adultos mayores de bajos recursos que tengan protección de centro de bienestar de adulto mayor, las personas que viven de la caridad pública, los indígenas de bajos recursos que residen en resguardos o quienes no aplican la encuesta Sisbén) y la asignación del subsidio o auxilio el cual se nutre de las fuentes de financiamiento establecidas en la Ley 100 de 1993 (Libro Cuarto de Servicios Sociales Complementarios), Ley 1246 de 2009 y los programas propios con el apoyo de las fuentes del Sistema General de Seguridad Social Integral de manera equitativa.

Segunda idea de contexto: El Programa de Colombia Mayor (antecedente Programa de Atención Integral al Adulto Mayor) derivado de la política pública de la Ley 1276 de 2009 debe conservar su concepción acerca del impacto y protección buscada, reconociendo un parámetro objetivo de medición y propendiendo por la actualización sin que en la reglamentación pueda disminuir la adquisición efectiva del beneficio.

Es de indicar que en el año **2016**, la población adulta mayor (60 años y más) asciende a **5,54** millones de colombianos, esto representa el 11,4% de la población total del país³. Del total de la población adulta, el 55% son mujeres y el 47%, restante son hombres.

Gráfico 1. Estadísticas del Programa Colombia Mayor. Fuente: Mintrabajo

Número de cupos asignados Asignación presupuestal



Este gráfico nos permite referir que el número de cupos asignados en el Programa de Atención Integral al Adulto Mayor (hoy Colombia Mayor) inició **141.395 cupos asignados en 2003 a 1.473.690 a diciembre de 2015. En este mismo período la asignación presupuestal para los subsidios (auxilio en dinero) ha pasado de 69,6 mil millones a 1,2 billones.**

Con base en ello, es importante indicar que Colombia no es ajena a la tendencia de aumento de la población anciana que tendrá Colombia, ya que para el año 2050 –de acuerdo con las proyecciones del DANE– la población de 60 años o más representará el 23% (14,86 millones de adultos mayores) de la población total. Por tanto, se requiere de una preparación de la situación social mínima, pues cada vez las necesidades a atender van a ser mayores.

Por tanto, ante la honorable Secretaría del Senado procedo, radico una propuesta sencilla pero de impacto para nuestra sociedad constando de un artículo que prevé el establecimiento de este parámetro.

De conformidad con los anteriores motivos y habida cuenta de la necesidad y conveniencia de la iniciativa me permito poner a consideración del honorable Congreso de la República, el presente texto de proyecto de ley para que sea estudiado por esta célula legislativa que corresponda a fin de que inicie el trámite legal.

De conformidad con los anteriores motivos y habida cuenta de la necesidad y conveniencia de la iniciativa me permito poner a consideración del honorable Congreso de la República, el presente texto de proyecto de ley para que sea estudiado por esta célula legislativa que corresponda a fin de que inicie el trámite legal.

ALVARO URIBE VELEZ
Senador

Ernesto Macías Torres

María del Rosario Guerra

Fernando Araujo

Carlos Felipe Mejía

SENADO DE LA REPÚBLICA

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

El día 10 del mes de agosto del año 2016, se radicó en este Despacho el Proyecto de ley número 101, con todos y cada uno de los requisitos constitucionales y legales, por honorables Senadores Álvaro Uribe, Ernesto Macías, María del Rosario Guerra, Fernando Araujo, Carlos Felipe Mejía.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

² Gran Encuesta Integrada de Hogares 2014. Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

³ Proyecciones de población DANE. 2016. En: <http://www.dane.gov.co/>

SENADO DE LA REPÚBLICA
SECRETARÍA GENERAL
Tramitación Leyes

Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2016

Señor Presidente:

Con el fin de repartir el Proyecto de ley número 101 de 2016 Senado, *por la cual se brindan condiciones para mejorar la calidad de vida del adulto mayor en Colombia*, me permito remitir a su Despacho el expediente de la mencionada iniciativa, presentada el día de hoy ante la Secretaría General del Senado de la República por los honorables Senadores Álvaro Uribe Vélez, Ernesto Macías Tovar, María del Rosario Guerra, Fernando Araújo, Carlos Felipe Mejía, Honorio Henríquez Pinedo. La materia de que trata el mencionado Proyecto de Ley es competencia de la Comisión Séptima Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE
SENADO DE LA REPÚBLICA

10 de agosto de 2016

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

Cúmplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Mauricio Lizcano Arango.

El Secretario General del honorable Senado de la República,

Gregorio Eljach Pacheco.

CONTENIDO

Gaceta número 608 - Miércoles, 10 de agosto de 2016

SENADO DE LA REPÚBLICA

PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO **Págs.**

Proyecto de Acto legislativo número 07 de 2016 Senado, por el cual se modifican algunos artículos de la Constitución Política 1

PROYECTOS DE LEY ESTATUTARIA

Proyecto de ley estatutaria número 91 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales 10

Proyecto de ley estatutaria número 94 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica y adiciona la Ley Estatutaria 1266 de 2008, y se dictan disposiciones generales del hábeas data con relación a la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones..... 19

PROYECTOS DE LEY

Proyecto de ley número 92 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica la Ley 599 de 2000 y se crean los tipos penales de abigeato y abigeato agravado 25

Proyecto de ley número 93 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica la Ley 1675 de 2013 31

Proyecto de ley número 99 de 2016 Senado, por medio de la cual se modifica parcialmente la Ley 769 de 2002 Código Nacional de Tránsito Terrestre, adicionándole un párrafo a los artículos 27 y 37 y se dictan otras disposiciones..... 36

Proyecto de ley número 101 de 2016 Senado, por la cual se brindan condiciones para mejorar la calidad de vida del adulto mayor en Colombia..... 38