

VOLVER A LA TABLA DE CONTENIDO

Hernán Correa Cardozo* (Colombia)

Los efectos inequitativos de la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero

RESUMEN

La eficacia del derecho al *habeas data* financiero consiste en la facultad de las personas de controlar sus datos personales de contenido comercial y crediticio. El propósito de este artículo es demostrar que la jurisprudencia constitucional colombiana se concentra exclusivamente en una concepción formal de dicha prerrogativa, invisibilizando las distribuciones de poder entre los interesados y generando un sistema inequitativo en términos de acceso a los productos de crédito y de asignación de responsabilidad a los agentes que concurren en la gestión de datos personales. Con este fin, se hace una exploración crítica de dicho precedente mediante el uso de la teoría del derecho como distribución y legitimación.

Palabras clave: *habeas data* financiero, acceso al crédito, protección de datos personales.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Wirksamkeit des *Habeas-data*-Rechts in finanziellen Angelegenheiten beruht auf der Befähigung der Personen zur Kontrolle ihrer persönlichen geschäfts- und kreditbezogenen Daten. Im vorliegenden Beitrag soll dargelegt werden, dass sich die kolumbianische Verfassungsrechtsprechung auf die formalrechtliche Konzeption dieses Vorrechts beschränkt, wodurch die Machtverhältnisse zwischen den beteiligten Parteien unkenntlich gemacht werden und ein hinsichtlich der Zugangsmöglichkeiten zu Kreditprodukten und bezüglich der Verantwortlichkeit der am Datenmanagement mitwirkenden Akteure unfaires System geschaffen wird. Dementsprechend erfolgt

* Abogado, Universidad Nacional de Colombia; magíster en Derecho, Universidad de los Andes (Colombia); LLM International Legal Studies, Georgetown University. Magistrado auxiliar de la Corte Constitucional de Colombia y profesor de Cátedra de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. hl.correa2006@uniandes.edu.co

eine kritische Überprüfung der bestehenden Situation unter Bezugnahme auf die Theorie des Rechts als Verteilungs- und Legitimationsmechanismus.

Schlagwörter: *Habeas data* in finanziellen Angelegenheiten, Kreditzugang, Schutz der persönlichen Daten.

SUMMARY

The effectiveness of the right of *habeas data* related to financial activity consists of the power of people to control their personal commercial and credit data. The purpose of this article is to demonstrate that Colombian constitutional jurisprudence is focused exclusively on a formal conception of said prerogative, obscuring the distributions of power among interested parties, and generating an inequitable system in terms of access to credit products and the allocation of responsibility to agents involved in the management of personal data. To this end, the article makes a critical exploration of said precedent through the use of the theory of law as distribution and legitimation.

Key words: *Habeas data* related to financial activity, access to credit, protection of personal data.

Introducción

El derecho al *habeas data* financiero es una garantía específica derivada del artículo 15 de la Constitución Política de Colombia (CP), conforme a la cual todas las personas tienen el derecho a conocer, actualizar o rectificar su información de contenido financiero, comercial o crediticio que esté incluida en bases de datos de naturaleza pública o privada.¹ La previsión de un derecho específico dentro del marco general de la protección constitucional de los datos personales se explica, en el caso colombiano, en que el escenario donde ha tenido mayor utilización y visibilidad el derecho al *habeas data* es en el uso de la información financiera para el cálculo del riesgo, lo que ha motivado una regulación sectorial sobre la materia.

La percepción acerca del papel que cumplen los reportes de riesgo crediticio difiere en buena medida si el análisis se realiza desde la perspectiva del titular de información de contenido crediticio o desde los usuarios de esos datos, esto es,

¹ Esto concuerda con la definición que sobre la materia ofrece la jurisprudencia constitucional. Así, en la Sentencia C-1011/08 de la Corte Constitucional se expresa que el “*habeas data* financiero [es] el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información públicas o privadas, que tienen como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero de su titular. Debe advertirse que esta es una clasificación teórica que no configura un derecho fundamental distinto, sino que simplemente es una modalidad de ejercicio del derecho fundamental, este sí autónomo y diferenciable, al *habeas data*”.

los establecimientos comerciales y de crédito. Desde el primer punto de vista, una concepción teórica coherente acerca del rol que cumplen los administradores de las centrales de riesgo considera que sus funciones deberían estar reguladas por elementos propios del derecho sancionador.²

En últimas, de lo que se trata es de mantener el historial financiero desfavorable como una barrera efectiva para el acceso a los productos comerciales y de crédito. Bajo esta concepción, son comunes las historias de personas que temen con mayor intensidad a que las “reporten” a ser sometidas al poder del juez civil en un proceso de ejecución. Al fin y al cabo, el proceso judicial es largo y tortuoso (sobre todo para el acreedor), mientras la sanción del reporte es efectiva, inmediata, y no es ni administrativa ni judicial: es aplicada a través de un algoritmo en donde el debido proceso o la contradicción de la prueba son variables que no son consideradas.³

En cambio, la posición jurídica defendida por los usuarios de la información y, como se explicará posteriormente, por el derecho constitucional responde a los interrogantes del titular de información con un grupo articulado de normas legales, prácticas empresariales y, sobre todo, decisiones judiciales, que insisten en que la adecuada gestión de datos personales de contenido crediticio es un factor de primer orden para el crecimiento económico y la democratización del crédito. Así, los perjuicios al ciudadano que es “reportado” solo son incomodidades que deben soportarse con sentido altruista, en aras de proteger esos valores superiores que responden al beneficio de ese tan importante como invisible *bien común*.⁴ En ese marco, no es posible prescindir de la utilización de la información personal de

² El derecho sancionador comprende las diferentes ramas del derecho en donde el objetivo es juzgar si una conducta infringe o no bienes jurídicos protegidos por tipos que identifican faltas y sus sanciones correlativas. Para el caso analizado, la perspectiva tradicional del *habeas data* lo acercaría a los parámetros propios del derecho administrativo sancionador (Alejandro Nieto, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994).

³ En efecto, las maneras en que se suele determinar el riesgo crediticio es a partir de la identificación de un puntaje que da cuenta del comportamiento crediticio del futuro deudor, reporte que generalmente tiene carácter automatizado. Para una perspectiva crítica de esta metodología de cálculo del riesgo, ver Liran Einav, Mark Jenkins y Jonathan Levin, “The impact of credit scoring on consumer lending”, *RAND Journal of Economics*, vol. 44, núm. 2, 2013, pp. 249-274.

⁴ Como es bien sabido, el concepto de “bien común” o de “interés general” está en el centro de la justificación constitucional, desde la explicación liberal del derecho, de la acción del Estado y de los individuos. Esta perspectiva se basa en considerar que en la sociedad concurren valores y objetivos mutuamente compartidos y que, por ende, se presume un compromiso sobre la eficacia en su cumplimiento. Esta noción es problemática por al menos dos tipos de razones: porque desconoce el pluralismo de las sociedades contemporáneas y porque generalmente la noción del bien común corresponde a los intereses de quienes tienen mayor poder de negociación en cada sociedad en concreto. Por ende, la noción de bien común encierra la invisibilización de las diferencias intrínsecas, en especial en términos de poder de negociación, entre las personas y los grupos. Para un análisis comprehensivo sobre el asunto, ver Nancy Fraser, “Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy”, *Social Text*, núm. 25-26, 1990, pp. 56-80.

contenido crediticio, pues ello es un presupuesto para el acceso eficiente y a bajo costo para el interesado.⁵

En consonancia con las características definitorias del derecho constitucional liberal, la regulación del acceso a la información personal se autodefine, en la perspectiva analizada, como políticamente neutra. El discurso de protección del derecho al *habeas data* es expresado, por parte de las normas legales estatutarias y, en especial, por la jurisprudencia constitucional, como la fórmula ideal de intermediación entre la eficacia de las libertades del individuo y los intereses de un mercado financiero cuya estabilidad resulta importante –un fin constitucionalmente legítimo, en los términos de ese discurso–, en tanto permite que el ahorro público se transforme en crédito, dirigido a la financiación de las iniciativas productivas de ese mismo individuo. La regulación de esta materia es promocionada como el balance entre los intereses de quienes desean consentir y controlar los usos que se dan a su información personal, acopiada por las centrales, y las importantes finalidades que la administración de los datos busca, imprescindibles para la determinación del riesgo financiero.⁶

Bajo esta perspectiva, el objetivo de este documento es poner de presente cuáles son las reglas que sobre la distribución de poderes y competencias entre sujetos ofrece la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero y los efectos inequitativos que esta genera. Para este análisis se usará la teoría crítica del derecho como distribución y legitimación, con el fin de evidenciar tales arreglos jurídicos e institucionales, así como sus efectos en términos de exclusión de responsabilidad, deficiencias en el modelo de cálculo de riesgo e imposición de barreras para el acceso de los ciudadanos a los recursos de crédito.

1. El balance de la jurisprudencia constitucional

La conformación del derecho al *habeas data* financiero en Colombia ha operado de manera contraria a la tradición de expedición de las normas jurídicas en los países inscritos en la práctica del derecho legislado. Esto debido a que las reglas de protección de los derechos fueron primero planteadas jurisprudencialmente,

⁵ La relación intrínseca entre la fortaleza del cálculo del riesgo crediticio y la estabilidad del sistema financiero en su conjunto es un lugar común en los estudios sobre esta materia. Así, por ejemplo, una de las reflexiones más recurrentes luego de la crisis financiera de la primera mitad de la década pasada estuvo concentrada en la crítica sobre la indebida flexibilización en el cálculo de riesgo para la distribución de productos de créditos, particularmente hipotecas, que luego impactaron desfavorablemente actividades financieras derivadas de esas obligaciones (Ken Brown y Peter Moles, *Credit Risk Management*, Edinburgh, Edinburgh Business School - Heriot-Watt University, 2014).

⁶ Para un análisis sobre las ventajas que tradicionalmente se otorgan a los reportes de crédito, ver David C. Hsia, “Credit Scoring and the Equal Credit Opportunity Act”, *Hastings Law Journal*, núm. 30, 1978-1979, pp. 371-448.

a partir de la interpretación judicial de la cláusula contenida en el artículo 15 de la CP, y luego esas reglas, casi que de manera inalterada, fueron codificadas por el Congreso, particularmente en la Ley 1266 de 2008 “por la cual se dictan las disposiciones generales del *habeas data* y se regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones”⁷.

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) ha estudiado la materia a partir de lo que puede denominarse una *concepción principialista* del derecho al *habeas data*. Esta doctrina se ha consolidado a partir de lo expresado inicialmente en las sentencias SU-082/95 y SU-089/95, y ha permanecido prácticamente inalterada, al margen de los principios que configuran el contenido del derecho al *habeas data*, planteados especialmente en la Sentencia T-729/02, y luego en la Sentencia C-1011/08⁸ que realizó el análisis previo de constitucionalidad de la ley estatutaria sobre la materia. En síntesis, los aspectos más relevantes de esta doctrina son los siguientes:⁹

⁷ Sobre el particular debe aclararse que en lo que respecta a la protección de datos personales en Colombia concurren dos cuerpos legislativos: la Ley 1266 de 2008, que tiene por objeto la regulación del *habeas data* financiero, y la Ley 1581 de 2012 “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”. Esta es una normatividad de carácter general, que excluye de su ámbito de aplicación al *habeas data* financiero y que, por esa razón, no hace parte del objeto de estudio de este documento.

⁸ Cabe advertir que las reglas de decisión judicial sobre *habeas data* financiero no han sufrido modificaciones desde su recapitulación en la Sentencia C-1011/08. Así, por ejemplo, en la reciente decisión T-246/14 se hace referencia expresa a dichas reglas como fundamento del fallo. Incluso, se evidencia que en los últimos tiempos se ha reducido significativamente el número de fallos de revisión de la CCC sobre la materia, lo que podría empíricamente explicarse a partir de la utilización recurrente de las mencionadas reglas por parte de los jueces de inferior jerarquía, lo que virtualmente elimina la necesidad de que la CCC se pronuncie de nuevo sobre ese precedente.

⁹ Esta síntesis recoge en buena medida lo expuesto por la Corte Constitucional en las sentencias T-414/92, T-433/94, T-176/95, T-261/95, SU-082/95, SU-089/95, T-552/97, T-307/99, T-527/00, SU-014/01, T-578/01, T-729/02, T-592/03, C-851/05 y C-1011/08. Adicionalmente, el análisis integra la posición que sobre las garantías del *habeas data* incorporan algunos autores, en especial de la corriente hispanoamericana. Sobre el particular, ver Catalina Botero Marino, Juan Fernando Jaramillo Pérez y Rodrigo Uprimny Yepes, “Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional en perspectiva comparada”, en *Anuario de derecho constitucional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2000; Herminia Campuzano Tomé, *Vida privada y datos personales*, Madrid, Tecnos, 2000; Pedro Dubié, “El *habeas data* financiero”, en Osvaldo Gozaíni *et al.* (coords.), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, Buenos Aires, Ediar, 2001; Luis Carlos Escobar de la Serna, *Principios del derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2000; Francisco J. Esguiguren, “Poder judicial, tribunal constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos constitucionales México – Centroamérica*, núm. 35, 1999; Enrique M. Falcón, *Habeas data. Concepto y procedimiento*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996. Osvaldo Gozaíni, “Información crediticia y *habeas data*”, en Gozaíni *et al.*, *op. cit.*; Carlos Alberto Parellada, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Buenos Aires, Astrea, 1990; Alicia Pierini, Valentín Lorences y María Inés Tornabene, *Habeas*

La protección de la información personal hace parte de las garantías contenidas en el derecho al *habeas data* (CP, art. 15). Este derecho se concreta en la posibilidad que tiene el individuo de (i) conocer la información personal contenida en las bases de datos, (ii) solicitar la actualización de dicha información a través de la inclusión de nuevos datos y (iii) requerir la rectificación de la información no ajustada a la realidad, componentes que esta investigación ha reunido en la facultad de *controlar* el dato financiero. A estas facultades se agrega la vigencia del principio de libertad del titular de la información y la caducidad de la información financiera negativa, a partir de los deberes de finalidad y necesidad.¹⁰

Al realizar un ejercicio de ponderación entre los derechos al buen nombre y la información, la Corte concluye que no se vulnera aquel cuando se ponen a disposición de las entidades de crédito los datos relacionados con el comportamiento crediticio del deudor, habida cuenta de que estos datos escapan de la esfera de la protección de la intimidad personal o familiar, o, lo que es lo mismo, no hacen parte de la información sensible y, además, son de interés general. Esto último, porque la misma Constitución establece que la actividad financiera está relacionada con el interés del conglomerado, representado en la protección del ahorro público.¹¹

Las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información contenida en bases de datos originan una serie de principios dirigidos a garantizar la eficacia del derecho al *habeas data*. En este orden de ideas, es posible identificar en la jurisprudencia constitucional tres grupos de principios,¹² cada uno de ellos con deberes que le son inherentes.

Del principio de *información excluida* se derivan los deberes de necesidad (la información recopilada debe estar vinculada al cálculo del riesgo), fidelidad (el dato debe corresponder a la realidad financiera del sujeto), confidencialidad (la circulación del dato debe restringirse al fin de su recopilación, sin que puedan utilizarse para propósitos no autorizados por su titular, o que contraríen derechos de raigambre constitucional) y proporcionalidad (los usos del dato personal no deben lesionar los derechos fundamentales de su titular, por ejemplo cuando vinculen formas de tratamiento no autorizadas o que versen sobre datos que al estar relacionados con la intimidad de la persona, no están llamados a transmitirse a terceros).

data, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999; Oscar Puccinelli, *El habeas data en indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999; Nelson Remolina Angarita, *Tratamiento de datos personales*, Bogotá, Legis, 2013.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008.

¹¹ *Idem*.

¹² La primera formulación de los principios del *habeas data*, de la manera como se explican en este apartado, fue en la Sentencia T-729 de 2002, en un caso de revisión de tutela relacionado con la puesta a disposición en páginas web oficiales del registro inmobiliario de la ciudad de Bogotá. Esta sistematización de principios fue luego utilizada en varios fallos de revisión de tutela, siendo reiterado por la Sala Plena de la Corte Constitucional colombiana en la Sentencia C-1011 de 2008 y luego por el Congreso, mediante la expedición de la Ley Estatutaria 1266 de 2008.

El principio de *calidad de la información* refiere a las condiciones sustantivas que debe tener el dato recopilado, para que su acopio sea compatible con el derecho al *habeas data*. Contiene los deberes de veracidad (el dato debe dar cuenta de información cierta sobre el sujeto), integridad (los datos almacenados deben permitir identificar suficientemente el perfil de riesgo de la persona), caducidad (la información desfavorable debe ser eliminada del registro luego de un periodo definido, pues de lo contrario el tratamiento de datos se tornaría desproporcionado), individualidad (los datos almacenados deben corresponder a un sujeto identificable) y transparencia de la información contenida en las bases de datos (el titular debe conocer la ubicación de sus datos y el procedimiento para su control).

Por último, el principio de *control de acceso* refiere a las condiciones exigidas para la utilización legítima de la información y en particular para su transferencia a terceros. A este pertenecen los deberes de consentimiento (el almacenamiento debe estar precedido de la autorización del titular) y libertad de acceso a los datos por el titular de la información. A su vez, el principio de *responsabilidad* refiere a los deberes de seguridad en el almacenamiento del dato, incorporación de la información (el almacenamiento debe incluir tanto la información favorable como desfavorable para el sujeto) y protección del derecho (en el proceso de gestión del dato deben respetarse las garantías constitucionales propias del *habeas data* financiero).

Es con base en esta identificación de principios y deberes que la justicia constitucional ha conferido un cuerpo de facultades y responsabilidades a los distintos sujetos que concurren en el suministro y administración de la información personal.¹³ Para este fin, se establecen un grupo de reglas que prevén las consecuencias jurídicas predicables de los comportamientos recurrentes en dicha labor de gestión de datos, prescripciones que para el caso colombiano están previstas en la Ley Estatutaria 1266 de 2008. La definición de estas reglas, es importante resaltarlo, hacen que las responsabilidades de fuentes, operadores y usuarios¹⁴ de IPFC se concentren en permitir el ejercicio, por parte del titular del dato, de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información personal, sumado a la preservación del consentimiento del sujeto concernido para la inclusión de dichos datos en la centrales de riesgo crediticio.

La descripción de la jurisprudencia constitucional sobre los principios y los deberes que se derivan del derecho al *habeas data* financiero pone de presente el hecho de que este discurso se fundamenta en la preexistencia de determinadas condiciones fácticas que lo *autovalidan*. En efecto, la doctrina expuesta defiende con ahínco una postura liberal tradicional, según la cual los titulares de la información, las centrales

¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008.

¹⁴ La fuente de información es la que genera datos pertinentes para el cálculo del riesgo. Los operadores son quienes realizan la gestión de los mismos con el fin de convertirlos en reportes sobre riesgo crediticio del sujeto. Los usuarios son aquellos agentes del mercado que acceden a dichos reportes y toman decisiones de distribución de bienes y servicios con base en ellos.

de riesgo y los usuarios del dato financiero concurren en igualdad de condiciones al “mercado de administración de la información crediticia”. De este mercado es posible predicar (i) la igualdad de oportunidades de todos los individuos en la concurrencia a los productos de crédito y, por ende, a la posibilidad de ser sujetos pasibles de registro de su información financiera; (ii) la validez de los acuerdos de voluntades libres de los titulares de la información y sus administradores; (iii) la vigencia de la regulación estatal en tanto parámetro para la adopción de decisiones imparciales que resuelven los conflictos entre dichos agentes y, sobre todo, balancean su poder y capacidad de negociación; (iv) la existencia de autoridades estatales neutras, encargadas de aplicar dicha regulación; (v) la autorrestricción de los operadores y usuarios de la información, dirigida a la preservación de los principios y deberes que la Constitución confiere a los titulares de la IPFC; y, especialmente, (vi) la necesidad de contar con mecanismos para la evaluación del riesgo crediticio, como elemento de primer orden para lograr la democratización del crédito y la protección del ahorro público.¹⁵

2. La crítica al precedente constitucional sobre *habeas data* financiero

Al menos dos críticas pueden plantearse a estos presupuestos de la protección de datos personales en la jurisprudencia constitucional colombiana sobre *habeas data* financiero: la incorporación de los desaciertos del *constitucionalismo aspiracional* y los efectos invisibilizadores de determinados reclamos sociales que la doctrina genera, amén de la utilización del discurso de los derechos.

En cuanto a lo primero,¹⁶ es sencillo advertir que la jurisprudencia sobre el *habeas data* –en especial la contenida en los fallos posteriores a la Sentencia T-729/02, y específicamente en la recopilación de principios realizada en la Sentencia C-1011 de

¹⁵ Sobre este particular es dicente la consideración realizada por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1011 de 2008, al señalar que “el cumplimiento de la función constitucionalmente legítima del cálculo del riesgo crediticio, consistente en contar con información para la adecuada distribución de los recursos de crédito y la subsecuente garantía de la estabilidad financiera y la protección del ahorro público, se cumple de manera suficiente y razonable cuando cada una de estas variables sean tenidas en cuenta por las entidades correspondientes como paso previo para la suscripción de contratos de crédito. En caso contrario, un análisis apenas parcial, no solo es incompatible con las exigencias técnicas antes enunciadas, sino que desnaturaliza la finalidad misma del reporte crediticio, pues lo convierte en un instrumento destinado a servir de barrera para la democratización de los recursos de crédito, en contraposición de las obligaciones que se derivan del deber de responsabilidad social en la administración de datos personales”.

¹⁶ En este apartado utilizamos las herramientas de análisis sobre las implicaciones del *constitucionalismo aspiracional*, expresadas por Mauricio García (“El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en Mauricio García, Rodrigo Uprimny Yepes y César A. Rodríguez Garavito,

2008, antes mencionada— se ha preocupado por construir un sofisticado entramado de reglas y garantías, que intermedian los intereses de los titulares de la información, los operadores y los usuarios. Esto responde a la necesidad de establecer algún modo de regulación a un escenario de transacciones jurídicas sometidas solo a la dinámica económica, fundada en el rendimiento financiero generado por el cálculo del riesgo. En tal sentido, ese conjunto de reglas y garantías manifiesta, ante todo, un escenario de protección ideal de derechos, en el que no existen disconformidades ni en la aplicación del precepto ni en la solución de los conflictos. La jurisprudencia, por ende, es escasa en la adopción de fórmulas que respondan a las verdaderas condiciones del mercado de la información financiera y en particular sus asimetrías¹⁷ (desconocimiento de los derechos por parte de los titulares de los datos, evidente posición dominante de las centrales y fuentes de la información, etc.). En contrario, la estipulación de reglas se adscribe, esencialmente, a un modelo deontológico, desarticulado del contexto social y económico en el que es aplicado.

La doctrina sobre la protección de datos personales, construida tanto en la jurisprudencia constitucional como en la Ley Estatutaria 1266 de 2008, toma la forma de un conjunto de reglas y principios que si bien tienen una pretensión fáctica (buscan ser obedecidas por los agentes del mercado de los datos), se plantean como si fueran a ser aplicadas en una sociedad bien ordenada, en la que el poder de negociación de los titulares de la información es equiparable al de los demás agentes, y aquellos están plenamente informados acerca de las implicaciones y garantías predicables a la gestión del dato financiero. Esta doctrina, a su vez, supone una distribución de poder particular, que otorga a los titulares de la IPFC garantías jurídicas formales, desprovistas de herramientas para la equiparación del poder de negociación entre las partes interesadas en la administración de datos personales.

El siguiente ámbito de cuestionamiento a la doctrina *principialista* está relacionado con las inconsistencias que en él se evidencian, a partir de la crítica a los derechos del liberalismo.¹⁸ En efecto, los pilares de la regulación sobre la administración de datos personales son: la posibilidad de que los titulares de la información presten un consentimiento libre e informado sobre la inclusión de las personas en las bases; la existencia de instancias imparciales y eficientes de resolución

¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Norma, 2006).

¹⁷ Para una visión panorámica de las dificultades que, para el cálculo del riesgo crediticio, se derivan de las asimetrías de información entre los agentes del mercado, ver Carlos Andrés Delvasto Perdomo, “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del Estado en la cobertura del mercado crediticio”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 1, núm. 6, 2006.

¹⁸ En esta sección se hace uso de la propuesta teórica ofrecida por Isabel Cristina Jaramillo sobre la materia (“Instrucciones para salir del discurso de los derechos”, en Wendy Brown, Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Patricia J. Williams, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, Siglo del Hombre Editores, 2003).

de controversias; la autorrestricción de las entidades crediticias, en tanto fuentes de información, y los operadores de las centrales de riesgo; y la plena vigencia del derecho autónomo al *habeas data*, que sirve como contención a los intereses de grupos fácticamente más poderosos, en especial las entidades comerciales y de crédito. Estas suposiciones sobre el modo de comportamiento de los agentes en el mercado de información financiera resultan cuestionadas por una teoría crítica de los derechos.

Esta doctrina se basa, necesariamente, en la existencia de una comunidad de individuos formalmente iguales (al menos en lo que se refiere a su condición de “sujetos de derechos”), titulares de productos de crédito, interesados en la adecuada administración de sus datos personales que: permiten el cálculo del riesgo y que toman decisiones racionales en cuanto a la adquisición de recursos del mercado financiero. Se advierte, entonces, que el derecho al *habeas data* es un conjunto de garantías que protegen una libertad *consentaria*, pues solo se predica de los propietarios.

El individuo accede al mercado de datos personales porque tiene la capacidad de ser titular de un producto de crédito y, al tener esa condición patrimonial y una experiencia previa en el mercado de crédito, le son predicables las prerrogativas del derecho. Consentir sobre el ingreso de los datos, solicitar su corrección y actualización son tareas que indefectiblemente dependen de determinada posición jurídica en el mercado mencionado, a partir de la cual se adscribe la citada igualdad formal. En últimas, el derecho al *habeas data* supone una barrera de entrada al goce de sus garantías que es excluyente en alto grado, en tanto se basa en la existencia de una “experiencia crediticia”, que equivale a exigir la condición previa de propietario. Así, termina invisibilizando los reclamos de inclusión de las personas que, precisamente por no ser titulares de derechos de propiedad, no cumplen con los estrictos requisitos para la habilitación en el ejercicio de la libertad *consentaria*.¹⁹

Con todo, la identificación más clara de esos desbalances que se derivan de las reglas constitucionales sobre *habeas data* financiero es más evidente si se hace un estudio pormenorizado sobre la manera en que esos dispositivos jurídicos distribuyen el poder de negociación entre titulares del dato, operadores de centrales de riesgo, fuentes y usuario. Este es el objetivo de la siguiente sección de este documento.

¹⁹ Esta no es la única consecuencia de la libertad *consentaria*. De otro lado, excluir de la protección de datos personales a quienes no concurren al mercado de datos por no ser propietarios capacitados para el acceso a productos de crédito elimina las posibilidades de negociación de estos individuos en la modificación de las reglas jurídicas hacia ámbitos más incluyentes de sus intereses. Acerca de la función del derecho como instrumento para determinar el nivel de negociación de una de las partes interesada en la satisfacción de sus reclamos, a través de la obtención de consecuencias jurídicas favorables, ver Duncan Kennedy, “The Stakes of Law, or Hale and Focault!”, *Legal Studies Forum*, vol. 15, 1991, pp. 327-361.

3. La crítica a la *doctrina principialista* desde la teoría del derecho como distribución y legitimación

Como se ha señalado, la concepción *principialista* busca fijar un grupo de reglas, derivadas de un sistema de principios y deberes, dirigidas a resolver los conflictos entre los sujetos que intervienen en la gestión de IPFC. Por ende, el valor que, al menos nominalmente, soporta la concepción *principialista* es su pretensión de neutralidad. Sus reglas no buscan satisfacer un interés específico, sino que están unívocamente dirigidas a garantizar el equilibrio entre dos poderes que se asumen desiguales y que, por tanto, deben ser equiparados por el derecho: las fuentes, los usuarios y los operadores centrales de información, de un lado, y el titular de la información, del otro. A los primeros se les reconoce que son titulares del *poder informático*, un poder material que les permite llegar a ejercer usos abusivos en el manejo de la información personal. Al segundo se le adscribe como sujeto libre y autónomo, titular de garantías jurídicas, las cuales deben protegerse a través de la acción estatal, de modo que el ejercicio abusivo, poder material de sus contrapartes, implique el desconocimiento de esas garantías.²⁰

El derecho al *habeas data*, desde esa perspectiva, toma la forma de un árbitro que a través del reconocimiento de potestades a la “parte débil”, lo equipara frente a los poderes fácticos, no jurídicos, de quienes inciden en la eficacia de las garantías que integran el derecho. A su vez, la neutralidad de las reglas que se derivan de la concepción *principialista* se explica porque la gestión de IPFC es una actividad necesaria para la consecución de fines considerados constitucionalmente legítimos, como la democratización del crédito y la protección del ahorro público. Estos fines, por ende, operan como parámetro de la actividad que adelantan fuentes, operadores y usuarios.

Esta función de arbitramento y equiparación, propia de la perspectiva del derecho liberal en que está inmersa, puede obtener una explicación más adecuada a través del reconocimiento de las funciones legitimadoras y distributivas del derecho, las cuales contrastan con esa pretendida neutralidad antes mencionada. Para ello, se adoptará la siguiente estructura de análisis. En primer término, se presentarán las herramientas teóricas centrales del derecho como distribución y legitimación. Luego, se mostrará cómo esas herramientas resultan aplicables para demostrar un arreglo distributivo y de legitimación particular en el caso de IPFC. Finalmente, se ejemplificarán algunas problemáticas que evidencian ese arreglo.

²⁰ Estas son, precisamente, las cualidades que se confieren al sujeto desde el liberalismo político, a partir del cual se edifica la legislación civil y, en particular, el derecho de contratos. Los sujetos son libres, concurren al mercado y allí obtienen satisfacción a sus necesidades. Para una perspectiva crítica sobre esta concepción, ver Jeremy Waldron, *The Right of Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.

3.1. Supuestos teóricos básicos del derecho como distribución y legitimación

Para la concepción tradicional liberal, el derecho equipara poderes en disputa a través de la asignación de garantías y facultades a los sujetos. Ante la posibilidad fáctica de que un automovilista genere un daño, se crea una estructura institucional (vías, señalización, policías de tránsito, etc.) y un andamiaje de derechos, obligaciones y responsabilidades jurídicas dirigidas a contrarrestar y sancionar la potencialidad material de afectar a los sujetos titulares de tales prerrogativas. Sin embargo, la tesis del derecho como distribución y legitimación (DDL) cuestiona esa concepción, al considerar que toda previsión jurídica no es simplemente una fórmula de equiparación que genera óptimos en el reparto del poder, sino que antes bien, ocasiona arreglos distributivos y de justificación específicos, los cuales (i) inciden en el grado de negociación que tiene cada uno de los agentes interesados; (ii) intermedian en la distribución de recursos; y (iii) soportan concepciones jurídicas que legitiman esa particular modalidad de distribución del derecho y que, en consecuencia, concurren en su vocación de legitimidad y permanencia.

El punto de partida de la concepción teórica del DDL²¹ es que el derecho no es un neutro, sino que es un factor con incidencia en la distribución de recursos y de poder en el ámbito social en que resulta aplicable. Esta afirmación implica que (i) los individuos o partes, contrario a como lo sostiene la ficción del derecho liberal tradicional, están en posiciones diversas en cuanto al acceso y la posesión de recursos y de poder; (ii) las reglas jurídicas que prevé el derecho afectan esas posiciones, bien porque “prohíben ciertas acciones como las que permiten que algunos causen daño a otros sin la obligación de compensarlos [...] ya sea porque no existen reglas que prohíban la acción, ya sea por la ausencia de mecanismos para garantizar el pago, o bien porque los funcionarios encargados de hacer cumplir la prohibición no tienen los recursos o la voluntad para hacerlo”;²² y (iii) si las reglas jurídicas que administran el daño se modifican, es posible cambiar el “poder relativo” de las partes.²³

A fin de identificar las funciones mencionadas, la teoría expuesta propone dar respuesta a cinco preguntas que permiten auscultar la naturaleza del arreglo distributivo y de legitimación dado por las reglas jurídicas. Así, se propone interrogarse sobre (i) quiénes son las partes inmersas en la “situación de distribución” objeto de

²¹ La descripción sobre las herramientas teóricas del derecho como distribución y legitimación es tomada de la síntesis expresada en Isabel Cristina Jaramillo Sierra y Tatiana Alfonso Sierra, *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008, pp. 198-215.

Esta síntesis está basada en textos de la teoría crítica norteamericana que explican las funciones del derecho como distribución y legitimación. Entre ellos debe destacarse Duncan Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.

²² Jaramillo y Alfonso, *op. cit.* pp. 198-199.

²³ *Idem.*

análisis, cuestionamiento que implica comprender que existen diferencias entre el acceso y obtención de poder y recursos entre dichos agentes; (ii) cuáles son los recursos, las ventajas, las habilidades y los atributos que llevan a que una de las partes se imponga o logre diferencias distributivas ostensibles respecto de las otras, y cuáles son los factores que permiten que la parte perdedora se “resista” a su aniquilamiento y promueva compromisos derivados del arreglo distributivo dado; (iii) cuáles son las reglas jurídicas que tienen una relación directa con la “situación de distribución”, lo que obliga a tener conciencia del área del sistema jurídico (comprendido como sistema de reglas) en que se encuentran las disposiciones que afectan el arreglo distributivo; (iv) cuáles son las reglas jurídicas que justifican que lo que se muestra como recursos, ventajas, habilidades o atributos de la parte “ganadora” tengan la condición de “naturales” y, por ende, la parte perdedora resista el arreglo distributivo derivado de tal “naturalización”, amparada por el derecho;²⁴ y (v) cuáles cambios de las reglas jurídicas llevarían a un arreglo distributivo diferente, esto es, a equilibrios incrementales o distintos entre los recursos y el poder de los agentes.

Finalmente, la propuesta teórica del DDL identifica lo que podría denominarse planos funcionales del sistema de reglas en cuanto a la legitimación de determinado arreglo distributivo.²⁵ El primero es el plano de *naturalización*, el cual busca demostrar que ese arreglo generado por las reglas del sistema jurídico es la representación de la realidad que se asume como verdadera, necesaria o inevitable. El segundo plano es el de *compartimentación*, operación que pretende demostrar que determinadas reglas deben ser comprendidas en función de sus vínculos con otras, lo que invisibiliza las relaciones no “naturalizadas” entre cada parte y entre la parte y el todo. La *individualización* es el tercer plano, operación que está dirigida impedir que alguien pueda ser reparado o indemnizado, bajo el argumento de que pudo haber optado por tomar una conducta particular que evitara el hecho dañino. El cuarto plano es la *excepcionalización*, relacionado con la elusión en la aplicación de una regla particular cuando quien la invoca es la parte perdedora en el arreglo distributivo dado. “La excepcionalización tiene efectos de legitimación porque oculta las razones del

²⁴ Este es uno de los aspectos centrales en la teoría del DDL. En efecto, la función que tiene el derecho es, primordialmente, la de mostrar como necesarios o inmodificables los arreglos distributivos que se obtienen de sus reglas. Por ello es que se concluye que la función del derecho no solo es de carácter distributivo sino, ante todo, que construye el discurso de su propia legitimación. Así, en términos de Jaramillo y Alfonso, “[a]unque estas premisas y preguntas parecen simples, obvias y rutinarias, no lo son precisamente porque el derecho, en cuanto discurso, legitima la distribución existente, ya sea representándola como necesaria, ya sea representándola como impotente. La legitimación ocurre mediante argumentos habituales en el modo de pensar lo jurídico. Los más importantes de ellos podrán agruparse bajo los siguientes rótulos: naturalización; compartimentación; individualización; excepcionalización; huida a la forma/procedimiento/competencia; y escasez de recursos”.

²⁵ Al respecto, véase Jaramillo y Alfonso, *ibid.*, p. 202.

ganador al mantener la regla general y ubica las razones del perdedor como insuficientes para reclamar la aplicación de la regla general”.²⁶

La *huida a la forma/procedimiento/competencia* es el quinto plano y se comprende como la salida para negar las pretensiones de la parte perdedora que, aunque se acepta que son fundadas desde la consecuencia jurídica prevista en la regla, son ineficaces debido a que se utilizó el procedimiento o la ritualidad equivocada. La consecuencia que genera este plano es que legitima esos procedimientos como instancias necesarias, neutras e incontestables, a pesar de que son tan maleables como las normas que el sistema jurídico denomina “materiales” o “sustantivas”. Finalmente, el sexto plano es el *argumento de la escasez de recursos*, el cual comparte estrechas similitudes con el anterior, pues apela a favorecer la asignación de recursos a la parte ganadora, con el argumento de que no son suficientes para financiar los costes de aumentar los recursos del perdedor.²⁷

3.2. El modo de distribución entre los agentes que concurren en la gestión de IPFC

A fuerza de simplificar en extremo un tema de por sí complejo, resulta válido sostener que la concepción *principialista* se fundamenta en cuatro pilares explicativos que anteceden el arreglo distributivo y de legitimación que ofrecen. El primero consiste en que el derecho es apto para equiparar sujetos que se encuentran, desde una perspectiva fáctica, en posiciones disímiles. Para el caso de la gestión de IPFC, las reglas que se derivan de los principios propios del *habeas data* financiero pretenden, ante todo, conferir facultades y competencias a los titulares de información personal, con el fin de evitar que la actividad de las fuentes, administradores de bases de datos y usuarios desconozcan derechos constitucionales concretos de conocimiento, actualización y rectificación de dicha información personal. El segundo considera que el objetivo del derecho en la gestión de IPFC es garantizar la *autonomía* de los sujetos que intervienen en ella.

Bajo esta perspectiva, se parte de considerar que todos los intervinientes (titulares, fuentes, operadores y usuarios) son sujetos libres y autónomos, por lo que las reglas jurídicas se limitan a sancionar aquellos comportamientos que impidan el ejercicio efectivo de la libertad individual. Por ejemplo, (i) la regla de veracidad está atada a que la información contenida en las bases de datos responda a la realidad del comportamiento crediticio del deudor, por lo que la sanción correlativa a la regla es la obligación de rectificar la IPFC incorrecta; o (ii) una de las reglas más importantes dentro de la concepción *principialista* es el consentimiento del titular para la gestión de IPFC, entendida como la incorporación, tratamiento y circulación de la información personal. Al derecho constitucional le interesa exclusivamente

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

verificar la calidad de ese consentimiento. Por tanto, una vez comprobado que el titular de IPFC ha prestado su autorización para la inclusión del dato en las centrales de información, se crea un amplio espacio de legitimación de los usos de la IPFC que se hagan a partir de ese consentimiento.

El tercer pilar consiste en la recurrente afirmación en este documento, según la cual la gestión de IPFC es *necesaria* (y por ende una actividad legítima), en la medida en que es un requisito para el logro de fines constitucionalmente valiosos: la democratización del crédito y la confianza en el ahorro público intermediado por el sector financiero formal. Finalmente, como cuarto pilar justificativo, está el carácter *limitado* del *habeas data* financiero a los aspectos formales de la IPFC. En efecto, la protección del derecho constitucional al *habeas data* financiero está confinada a (i) la verificación acerca de la existencia de autorización del titular y (ii) la comprobación de que la información consignada en las centrales de información responda

Partes que intervienen en la situación de distribución e intereses que persiguen

Partes	Intereses
Titular de IPFC	<ul style="list-style-type: none">• Obtener recursos de crédito y de productos comerciales de manera oportuna y a bajos costos.• Liberarse o asumir en la menor medida posible las consecuencias dañosas del incumplimiento en el pago. Entre esas consecuencias está la gestión de IPFC dirigida al cálculo del riesgo crediticio.
Administradores de las centrales de información	<ul style="list-style-type: none">• Obtener lucro en la actividad profesional de administración de IPFC.• Lograr prestigio profesional en la actividad de gestión de IPFC.• Conseguir la mayor cantidad de IPFC, con el cumplimiento del menor número de requisitos o barreras, tanto tecnológicas como legales y al menor costo posible.• Liberarse de la responsabilidad por el daño causado en razón de la gestión inadecuada de IPFC, a través de la transferencia a sujetos distintos, como titulares, fuentes o usuarios.
Fuentes y usuarios de IPFC	<ul style="list-style-type: none">• Lograr el más alto grado de ganancia respecto de los productos de crédito o comerciales que ofrecen a los titulares de IPFC.• Acceder a la mayor cantidad de datos relacionados con IPFC, bajo el cumplimiento del menor número de requisitos o barreras tecnológicas y legales, al igual que al menor costo posible.• Lograr el mantenimiento indefinido de la información en las bases de datos destinadas al cálculo del riesgo de la IPFC.• Usar de forma amplia la IPFC para finalidades diferentes al cálculo del riesgo crediticio, en especial para actividades de comercialización.• Liberarse de la responsabilidad por el daño causado en razón del uso inadecuado de IPFC, a través del traslado de su costo a la "víctima", esto es, al titular del dato.• Disminuir el costo del cálculo del riesgo, a través de externalización de esa actividad a los operadores de IPFC.

Fuente: elaboración propia.

a parámetros de calidad, actualidad y veracidad. En ese orden de ideas, los demás problemas materiales de desbalance de poderes entre los sujetos que intervienen en la gestión de IPFC o de acceso desigual a recursos de distinta índole son obviados por ese carácter limitado del *habeas data* financiero.

Vistos estos pilares justificativos, que son apenas una explicación *a priori* del arreglo distributivo y de legitimación que ofrece la concepción *principalista*, deberá utilizarse la metodología propuesta por la concepción teórica del DDL, con el fin de evidenciar los aspectos centrales de dicho arreglo. Así, el primer asunto que debe dilucidarse es la identificación de las partes que están inmersas en la “situación de distribución”. Para ello se presenta un cuadro explicativo de estas partes, contrastándolas con los intereses que persiguen. Debe acotarse que los intereses de fuentes y usuarios de IPFC se confunden, por lo que son reunidos en la misma categoría (ver cuadro de pág. anterior).

El segundo interrogante que aborda el DDL es la determinación acerca de los recursos, las ventajas, las habilidades y los atributos que hacen que una de las partes logre posición de predominio en el arreglo distributivo, al igual que las razones que llevan a que la parte perdedora tolere ese arreglo y, por ende, en vez de quedar aniquilada, obtenga compromisos. A este respecto debe partirse de advertir que, *prima facie*, la relación entre fuentes –usuarios y centrales de IPFC, en un extremo, y titulares de información, en el otro– se muestra de simple dependencia, puesto que un lado de la relación tiene para sí los recursos de crédito y la información sobre riesgo de la que depende la entrega de esos recursos, y el otro concentra su interés en la adquisición de tales bienes. No obstante, en realidad, dicha relación es de naturaleza parcialmente simbiótica.

En efecto, la relación de preeminencia de fuentes y usuarios de IPFC se explica en su propiedad de los recursos de crédito o productos comerciales, sumada a su capacidad institucional, conformación empresarial, mejores y mayores posibilidades de acceso a los mecanismos de resolución de conflictos institucional en razón de su carácter de *litigante recurrente*,²⁸ etc. Sin embargo, el núcleo del interés económico de fuentes y usuarios es la obtención de un margen de ganancia (para el caso de los productos y servicios comerciales) o de intermediación (aplicable a los productos de crédito). Por ende, la gestión de IPFC destinada al cálculo del riesgo crediticio no puede llegar a un nivel de exigencia tal que descalifique a todos los clientes potenciales, titulares de la información personal, pues ello afectaría en grado sumo ese interés económico.

En otras palabras, el cálculo del riesgo debe conservar un “mínimo de aceptabilidad” de los titulares de IPFC, que permita la colocación en el mercado de los produc-

²⁸ Respecto a las ventajas distributivas de los “poseedores” en cuanto a su acceso a la administración de justicia como litigantes recurrentes, ver Marc Galanter, “Why the ‘Haves’ Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change”, en Richard L. Abel (ed.), *The Law and Society Reader*, New York, New York University Press, 1995, pp. 297-323.

tos, servicios y recursos antes mencionados y, por ende, la obtención de los citados márgenes de ganancia e intermediación. En ese sentido, la existencia misma de los titulares de IPFC y su decisión de optar por la adquisición de dichos bienes son los instrumentos que les permiten resistir el arreglo distributivo que dan las reglas sobre gestión de la información personal.

El tercer interrogante versa sobre cuáles son las reglas que afectan la “situación de distribución”. Para el caso de gestión de IPFC, la respuesta a este cuestionamiento se relaciona con las implicaciones que para el arreglo distributivo y de legitimación tienen las reglas derivadas de la concepción *principialista*. A este respecto ya se ha indicado que su objetivo principal es el balance entre el poder fáctico de fuentes, operadores y usuarios, y la garantía de los derechos constitucionales de los titulares de IPFC, concentrados en la vigencia de la facultades de conocimiento, actualización y rectificación de la información personal contenida en bases de datos, sumado a la protección de la cláusula general de libertad, que se refleja en la obtención del consentimiento calificado y libre para la inclusión de dicha información.

Como se observa, se trata de garantías eminentemente formales, basadas en la satisfacción de la autonomía del sujeto en cuanto al manejo de su información personal. Las reglas de la doctrina *principialista* toman distancia de toda diferencia material (y consecuente relación de dominio) entre los agentes que intervienen en la gestión de IPFC, restringiéndose a garantizar que las partes cumplan con distintas obligaciones, generalmente de abstención,²⁹ en relación con la información personal. Además, el ámbito de legitimación del uso de la información personal de contenido crediticio se explica a partir de un vínculo no probado ni cuestionado entre dicha actividad y la democratización del crédito, al igual que con la protección de ahorro público.

El cuarto interrogante que plantea el DDL está relacionado con la identificación de las reglas que “naturalizan” como ganadores los recursos, ventajas, habilidades o atributos de una de las partes, a través de la revelación de aquellas reglas no expresas, o de contexto, que sustentan el arreglo distributivo. La respuesta a este cuestionamiento para el caso de la gestión de IPFC pasa por dos aspectos importantes: (i) la naturalización del papel que tiene el cálculo del riesgo crediticio en el circuito comercial y de crédito; y (ii) el carácter limitado de las responsabilidades que se adscriben a fuentes, operadores y usuarios, restringidas al mantenimiento de la autonomía individual del sujeto y la protección de las facultades constitucionales de control del dato personal.

²⁹ Existen, no obstante, deberes positivos o prestacionales desde la concepción *principialista* de la gestión de IPFC. En efecto, de acuerdo con el principio de *necesidad*, la información recolectada debe ser solo aquella necesaria para el cálculo del riesgo crediticio, impidiéndose que se incluyan y circulen otros datos ajenos a esa finalidad. Estos deberes positivos se observan de mejor manera para el caso del principio de *incorporación*, el cual obliga a las fuentes y centrales a incluir en las centrales de información los datos personales que involucren beneficios o ventajas para su titular.

En cuanto a lo primero, la jurisprudencia constitucional insiste en defender la necesidad de emplear los mecanismos de cálculo del riesgo crediticio, basado en la gestión de IPFC, como instrumento imprescindible para el crecimiento económico, que a su vez es una variable dependiente de la democratización del crédito y la protección del ahorro público. Sin embargo, esta posición no cuestiona ni el modo en que se realiza ese cálculo, ni las limitaciones que presenta, ni la posibilidad de conciliar esa actividad con los intereses de los titulares de la información. El cálculo del riesgo crediticio, comprendido como interferencia en los derechos, las libertades o las opciones del titular de IPFC es, desde esa perspectiva, una suerte de incomodidad ineludible para la consecución de fines socialmente valiosos.³⁰

En cuanto al segundo aspecto, la concepción *principalista* está preocupada esencialmente por la satisfacción de las competencias de control del dato por parte de su titular, a través de la garantía del derecho al *habeas data* financiero. Por ende, la función del derecho es la de establecer un régimen de deberes-sanciones que otorgue herramientas al titular de IPFC para que su información personal que reposa en centrales de riesgo responda a condiciones de calidad, esté vinculada con el riesgo crediticio, sea conservada bajo parámetros de seguridad y que los usos de la misma sean previa y suficientemente autorizados. Como se observa, ninguna de estas facetas de protección del derecho contempla los intereses principales del sujeto concernido, como es el acceso a productos comerciales y de crédito, y evitar que la gestión de IPFC destinada al cálculo del riesgo sea un obstáculo para cumplir con ese propósito.

Es decir, el derecho constitucional se autorrestringe en la labor de verificación material del vínculo entre gestión de IPFC para cálculo del riesgo financiero y los pretendidos fines de democratización del crédito. Para cumplir este objetivo, da por sobreentendida esa finalidad y, a partir de ella, crea un espacio de legitimación *prima facie* para la actividad que adelantan fuentes, operadores y, especialmente, usuarios de la IPFC. Esa naturalización de la actividad de gestión de IPFC se basa, igualmente, en consideraciones acerca de la importancia de la revelación de la “verdad” del comportamiento crediticio para la satisfacción de uno de los bienes que el constitucionalismo liberal considera más valiosos, como es el interés general, representado en el acceso a los recursos de crédito. En otras palabras, la legitimidad de la gestión de IPFC depende de la cesión de libertad del individuo, quien debe evidenciar su propia e incómoda información (en tanto se refiere a aspectos objeto de reproche social, como la condición de deudor incumplido), como acto de sacrificio dirigido al bienestar de la comunidad. Ello en el entendido que esos datos personales, a pesar de generarle consecuencias desfavorables, son veraces, razón

³⁰ La relación entre cálculo del riesgo crediticio y democratización del crédito es un lugar común en la jurisprudencia constitucional. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-1011/08, que realizó el análisis de constitucionalidad de la actual legislación estatutaria en materia de gestión de IPFC, se insiste en sustentar la legitimación del almacenamiento y circulación de esa información a tal finalidad “constitucionalmente valiosa”.

por la cual son artificialmente trasladados del ámbito de la autonomía del sujeto a la comprobación fáctica, a los del “material probatorio”.³¹

Finalmente, resta el análisis acerca de la disposición alternativa de reglas que produzcan un arreglo que genere cambios incrementales en la distribución de poder y recursos. Podría tentativamente sostenerse que una reformulación de las reglas que generarían un cambio incremental a favor de los intereses de los titulares de IPFC estaría basada en formulaciones jurídicas que contrarresten los efectos de “naturalización” a los que se ha hecho referencia. Estas hipótesis de cambios regulativos están intrínsecamente relacionadas, entre otras posibilidades, con los problemas de legitimación y distributivos de la gestión de IPFC que se describen a continuación.

4. Escenarios específicos de distribución en el *habeas data* financiero

La respuesta, en todo caso preliminar y restringida, a los interrogantes de análisis que ofrece la postura teórica del DDL, permite identificar determinados escenarios que ofrecen las reglas propias de la concepción *principalista*. Por eso en este último apartado se buscará describir estas controversias, al menos en sus aspectos más generales, en especial con el fin de ejemplificar cómo se evidencian los planos de legitimación del DDL antes expuestos.

4.1. La naturalización de los mecanismos de cálculo del riesgo

Anteriormente se explicó que la jurisprudencia constitucional justifica la gestión de IPFC a través del vínculo entre el cálculo del riesgo crediticio y el cumplimiento de dos finalidades constitucionalmente valiosas: la democratización del crédito y la estabilidad del sistema financiero; esto último en la medida en que dicha cualidad es deseable, puesto que los recursos de crédito están integrados por el ahorro público. De esta naturalización de la actividad que realizan las centrales de información financiera se deriva, no solo el ámbito de legitimación citado, sino la adscripción del ejercicio del derecho a la información de esas entidades como justificación para recolectar la información personal. Tanto una como otra

³¹ Esta postura del constitucionalismo liberal defendido por la Corte colombiana es evidente en la lectura de la Sentencia SU-082/95, citada por el fallo C-1011/08, cuando establece que “(i) el ser buen o mal pagador es algo que necesariamente no solo interesa al deudor, sino a este y a quienes son sus acreedores actuales o potenciales; y (ii) lo relativo al crédito tiene un contenido económico, que no puede equipararse con lo que pertenece a planos superiores, como la vida, la libertad y la dignidad del hombre. || Dicho en los términos más sencillos, quien obtiene un crédito de una entidad dedicada a esta actividad y abierta al público, no puede pretender que todo lo relacionado exclusivamente con el crédito, y en especial la forma como él cumpla sus obligaciones, quede amparado por el secreto como si se tratara de algo perteneciente a su intimidad”.

fórmula de legitimación omiten cuestionar si la actividad de cálculo de riesgo responde a esas finalidades que se estiman valiosas.

El primer problema que evidencia la naturalización de la función de gestión de IPFC es el carácter limitado que tienen los reportes generados por las centrales de información sobre riesgos. En efecto, estas se centran particularmente en los datos que versan sobre el comportamiento crediticio del sujeto concernido, pero que dejan totalmente de lado otras variables pertinentes para la determinación del nivel de riesgo, incluso aquellas que la autoridad de inspección, vigilancia y control ha considerado necesarias para establecer, con condiciones de calidad, la probabilidad de incumplimiento en el pago de obligaciones.³²

Los datos sobre cumplimiento muestran únicamente el nivel de pago en operaciones activas de crédito, sin que se tengan en cuenta otros factores que concurrirían para el adecuado cálculo del riesgo crediticio, como son la composición del patrimonio del deudor, su flujo de caja,³³ el monto de sus ingresos, etc., todos ellos incorporados a la categoría de datos sobre riesgo. Así, aunque la manera tradicional de cálculo de riesgo puede incorporar otras variables, casi todas ellas se concentran en el cumplimiento en el pago de obligaciones, dejando de tener en cuenta asuntos trascendentales para la evaluación del riesgo, entre ellas las circunstancias económicas locales, el estado civil del sujeto concernido (ello en el entendido que los titulares con una relación de pareja podrían percibir dos ingresos por grupo

³² Conforme a la Circular Básica Contable expedida por la Superintendencia Financiera, los factores por tener en cuenta para la determinación de la capacidad de pago del deudor pasan por el análisis de los datos de titularidad (nivel de endeudamiento, calidad de los pasivos, reestructuraciones a contratos de crédito), sobre riesgo propiamente dicho (cumplimiento actual y pasado de las obligaciones adquiridas, flujo de caja y grado de solvencia) y factores exógenos (comportamiento del mercado cambiario o del sector de la economía en que se desenvuelve el deudor). De este modo, se refuerza la tesis desarrollada en el presente apartado, según la cual el dato financiero no es solo la información sobre el comportamiento crediticio, sino también (i) los datos de titularidad, esto es, los demás contratos suscritos con entidades de crédito comprendidas como operaciones pasivas; y (ii) los demás factores que, en los términos vistos, integran los datos sobre riesgo (Superintendencia Financiera de Colombia. Circular Básica Contable y Financiera. *Reglas relativas a la gestión del riesgo crediticio*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15466>).

³³ El carácter central del flujo de caja para el cálculo del riesgo crediticio ha llevado a que sean las entidades de crédito las que adelanten ese estudio. Así, como lo demuestran Murcia y Piñeros, la forma en que las entidades financieras evalúan la posibilidad de otorgar un crédito a sus clientes ha sido constante desde 1990 hasta hoy, es decir, las condiciones no han variado de ninguna manera, solamente existen factores que son más o menos importantes para otorgar el solicitado préstamo. En cualquier caso, en relación con las características personales del cliente, las entidades financieras en su mayoría argumentaron que los créditos se niegan porque son clientes nuevos (Andrés Murcia y Hernán Piñeros, “Situación del crédito en Colombia desde la perspectiva del sector financiero”, *Temas de Estabilidad Financiera*, núm. 16, 2006. Disponible en: http://www.banrep.gov.co/documentos/publicaciones/report_estab_finan/2006/tema_mar_o6_situacion.pdf).

familiar), o demás eventos personales genéricos, como una enfermedad prolongada o la pérdida del empleo.³⁴

Estos argumentos permiten introducir un segundo efecto distributivo adverso de la “naturalización” del contenido del reporte, relacionado con su condición *circular*. El modo en que se estructuran los datos para el cálculo del riesgo, al centrarse en la *existencia de un comportamiento financiero* susceptible de evaluación, puede terminar excluyendo del acceso al crédito o a bienes y servicios comerciales a personas que, incluso con patrimonio o ingresos robustos, han optado por no hacer uso de los productos de crédito o han estado imposibilitados para ello. Esto en el entendido de que al no tener “experiencia de crédito” o ser un “cliente nuevo”³⁵ no existe un parámetro objetivo y verificable que permita determinar su nivel de cumplimiento.

Esta visión apareja profundas divergencias en lo que tiene que ver con el rompimiento del vínculo, defendido insistentemente por la doctrina constitucional colombiana, entre la gestión de IPFC y la democratización del crédito. En efecto, el modo de cálculo del riesgo crediticio que se basa en la *experiencia previa* del sujeto concernido termina por excluir del mercado de crédito y de bienes y servicios a quienes no acrediten esa información. Por ende, lo que nominal y naturalmente se comprende como un vehículo para el acceso a los productos financieros, en realidad termina construyendo una primera barrera de acceso a los mismos. Este problema, por supuesto, resulta agravado respecto de aquellos individuos que, en razón de sus condiciones de marginalidad económica, tienen un menor poder de negociación en cuanto a la capacidad de acceder por primera vez a esos recursos. En consecuencia, la gestión de IPFC –del modo como la naturaliza el derecho constitucional– termina vinculada a los onerosos requisitos que hacen que las personas y empresas de menores ingresos terminen soportando las consecuencias desfavorables de hacer uso del mercado informal de crédito.

Ahora bien, la barrera para el acceso al crédito que incorpora la exigencia de experiencia previa a los titulares de IPFC, también permite identificar la operatividad de otro plano de legitimación, propio del DDL, como es la huida a la forma o al procedimiento. La ausencia de cuestionamiento al modo en que se determina el riesgo crediticio hace que el reclamo de aquellos usuarios a quienes se les niega el acceso a productos comerciales o de crédito en razón de su falta de acreditación de experiencia previa, se responda a partir de la “naturalización” de la forma de cálculo del riesgo. En términos simples, al cliente nuevo a quien le es negado un crédito, no se le entregan razones distintas a que las centrales de información “operan así” o que “esos son los procedimientos”.³⁶

³⁴ Acerca de estas omisiones en el caso estadounidense, ver Robert B. Avery, Paul Calem y Glenn Canner, “Consumer credit scoring: Do situational circumstances matter?”, *Journal of Banking and Finance*, vol. 28, núm. 4, 2004. pp. 835-856.

³⁵ Cfr. Murcia y Piñeros, *op. cit.*

³⁶ Así, por ejemplo, estudios sobre los requerimientos para el acceso a crédito por parte de personas que ejercen actividades rurales insisten en que una de las barreras existentes para ello

En conclusión, la doctrina *principialista* sobre gestión de IPFC se basa en dos variables definidas: (i) la “naturalización” del modo de cálculo del riesgo crediticio, lo que lleva a que desde el derecho no se cuestione esa actividad ni, especialmente, verifique su aptitud para cumplir los propósitos que dice buscar, como la democratización del crédito y la estabilidad del sistema financiero; y (ii) la legitimación de la actividad de gestión de IPFC a partir del carácter de “constitucionalmente valioso” o “deseable” de los fines que presuntamente persigue.

Estas dos instancias de justificación terminan por legitimar un arreglo distributivo que permite una amplia utilización de la información personal de los sujetos que pretenden acceder al mercado financiero y de crédito y, a su vez, una suerte de blindaje a la actividad que realizan a las fuentes, operadores y usuarios de IPFC, amén de la ausencia de cuestionamiento de la eficacia de sus procedimientos para cumplir los fines que el derecho constitucional les ha conferido como instancias de legitimación.

4.2. La distribución de la IPFC como propiedad o como atributo

Un análisis de los postulados que integran la concepción *principialista* demostraría que el núcleo de la protección del derecho al *habeas data* financiero está en la protección de la libertad del titular de IPFC a través del exigencia del consentimiento para (i) la inclusión de la información en las centrales de información; y (ii) la definición de los usuarios autorizados de esa información. Este grado de importancia del consentimiento, como se indicó en la sección anterior, está basado en que la concepción *principialista* responde al derecho constitucional liberal, fundado en el reconocimiento y la garantía de la autonomía del sujeto. No obstante, ese carácter central del consentimiento, que *prima facie* se mostraría valioso en tanto permitiría al titular de IPFC contar con herramientas para el ejercicio de las facultades relacionadas con el control del dato de personal (es más, este es un aspecto defendido con ahínco por la concepción *principialista*), no está exento de críticas, en tanto permite sustentar un arreglo distributivo que termina, al menos desde el punto de vista normativo, por privilegiar los intereses de fuentes, centrales y usuarios de IPFC, como se explica a continuación.

Este arreglo es comprendido a partir de un doble (y contrario) entendimiento acerca de las consecuencias jurídicas del consentimiento otorgado por el titular de IPFC. La concepción *principialista* concibe el consentimiento como una forma de “licencia de uso”, puesto que la información personal es, ante todo, un *atributo*

es su falta de experiencia de crédito. Esta posición asume, sin mayores cuestionamientos, que el carácter histórico del reporte es un factor dirimente para dicho acceso. Al respecto, ver Banco Mundial, *Mayores oportunidades de financiamiento rural en Colombia*, Washington D.C., 2015. Disponible en: <http://documentos.bancomundial.org/curated/es/102471467999687402/pdf/AUS10747-REVISED-PUBLIC-SPANISH-colombia-spanish-web-feb9.pdf>.

de la personalidad del sujeto concernido.³⁷ Esto justifica, por ejemplo, la presencia de principios como el de circulación restringida (que impide la distribución de información sensible y limita el uso de la información a aquellos autorizados por el titular), o el de necesidad, que obliga a que el uso de la IPFC responda al único propósito de definir el nivel de riesgo crediticio, sin que pueda utilizarse para tal fin. Del mismo modo, comprender a la IPFC como atributo de la personalidad explica la preocupación de la concepción *principalista* por que la autorización sea libre, expresa y suficiente.

A la perspectiva de la concepción *principalista* se opone la visión que de la autorización tienen las fuentes, los usuarios y los operadores de IPFC. Estos actores consideran que la información personal es un bien de mercado, es una *propiedad* necesaria para garantizar la ganancia vinculada al adecuado cálculo del riesgo crediticio. A su vez, el dato en tanto mercancía produce valor, pues no solo es útil para la determinación de dicho nivel de riesgo, sino también para definir las preferencias y tendencias de consumo del sujeto concernido, por lo que es un bien de especial importancia en procesos de comercialización dentro del mercado de productos y servicios de crédito. En ese sentido, la autorización que brinda el titular es un acto de transferencia de la IPFC, el cual debe permitir el mayor grado de amplitud posible de usos autorizados. Así, el consentimiento expresado por el titular puede asimilarse a la tradición de la propiedad de bienes, la cual incorpora en la transferencia el uso, el goce y la disposición de los mismos.

La comprensión de la autorización como transferencia de propiedad lleva a que una vez se presta el consentimiento,³⁸ las fuentes, los operadores y los usuarios consideren que pueden utilizar la IPFC de forma amplia, incluso para propósitos diferentes al del cálculo del riesgo crediticio.³⁹ Es usual que los clientes de pro-

³⁷ La relación de la propiedad con los atributos de la personalidad no es un asunto nuevo. En efecto, algunas lecturas de la obra de Hegel se dirigen a explorar la relación entre la propiedad y la construcción de la personalidad, bajo la premisa de que el desarrollo propio del sujeto está basado en el control de determinados bienes o recursos del entorno. Para el caso planteado, el individuo concernido en las bases de datos se interesa en el control de su información personal, con el fin de lograr un ámbito de control sobre un “bien” que por su valor intrínseco incide en el ámbito económico. Sobre la relación entre propiedad y construcción de la personalidad en Hegel, ver Margaret Jane Radin, “Property and Personhood”, *Stanford Law Review*, vol. 34, núm. 5, 1982, pp. 957-1015.

³⁸ Cabe anotar que el consentimiento que prestan los titulares de información, en consonancia con la visión expuesta que lo asimila a transferencia de propiedad, explica que las fuentes de IPFC obligan a los interesados en adquirir productos comerciales y de crédito a suscribir cláusulas de autorización con un nivel tal de amplitud que (i) garanticen esa transferencia; y (ii) que basados en el mayor poder de negociación de las fuentes frente a los titulares de IPFC configuren contratos de adhesión inapelables para el potencial cliente del producto de crédito.

³⁹ Con base en esta concepción errada son comunes las ofertas de compraventa de bases de datos, negocio jurídico prohibido por la legislación colombiana, precisamente porque vulneran los principios de consentimiento y circulación restringida, entre otros. Sobre el análisis de los problemas que estos intercambios de información generan, en términos de protección

ductos de crédito reciban ofertas o promociones por parte de terceros, sin que el titular del dato haya sostenido relaciones comerciales con dichos oferentes. Así, es reiterado el reclamo de los titulares sobre el modo en que fue adquirida esa información o la autorización que se prestó para ello. Estos reclamos son generalmente resueltos con base en el plano de legitimación basado en la *excepcionalización* de la regla aplicable: fuentes, operadores y usuarios, basados en su evidente mayor poder de negociación frente a los titulares de IPFC, se excusan en que la fórmula amplia de autorización –transferencia del dato personal– hace que esos usos “derivados” resulten legítimos, eludiéndose con ello la regla de *finalidad* prevista por la concepción *principlista*. Esta elusión se explica, como se indicó, en el hecho de que para estos actores el acto de consentimiento es, en cualquier caso, la tradición del bien denominado información personal.

4.3. La legitimación del traslado de responsabilidad

El tercer ámbito que demuestra los efectos distributivos de la concepción *principlista* sobre la gestión de IPFC es el de la limitación de responsabilidad que se deriva de sus reglas. Como se ha expuesto con insistencia, los principios y deberes que integran dicha concepción están fundados en dos pilares que los explican y les dan sentido: (i) la conservación de la autonomía personal del sujeto concernido, lo cual se logra a través de la protección de un principio de libertad, vía consentimiento suficiente e informado para la inclusión de la información en las bases de datos; y (ii) la garantía, al menos nominal, de las competencias de conocimiento, actualización y rectificación del dato personal, de acuerdo con la previsión del artículo 15 de la CP.

Estos pilares, a su vez, establecen un marco para la acción de los agentes comprometidos en la gestión de IPFC, según el cual se entenderá satisfecho el derecho de *habeas data* cuando los deberes jurídicos derivados del principio de libertad y de las facultades constitucionales descritas tengan eficacia material.

El trasfondo de esta posición radica en la neutralidad del reporte crediticio. Para la jurisprudencia constitucional sobre *habeas data* financiero, explicada en las secciones anteriores de este documento, esos reportes son neutros (desde la perspectiva del daño y la responsabilidad), puesto que se limitan a expresar la *verdad* sobre el comportamiento financiero de su titular. En ese sentido, no puede irrogarse una sanción por la simple puesta en evidencia de datos que se basan en la actividad autónoma y libre del sujeto concernido en el mercado de productos comerciales y de crédito. Sin embargo, en casos concretos pueden comprenderse como sanciones. Esto, en el entendido de que las calificaciones negativas que profieren las centrales de riesgo

del derecho al *habeas data*, ver Abraham L. Newman, “Building Transnational Civil Liberties: Transgovernmental Entrepreneurs and the European Data Privacy Directive”, *International Organization*, vol. 62, núm. 1, 2008, pp. 102-130.

descalifican al afectado para el acceso a los citados productos, al margen de cualquier otro dato fáctico relacionado con su aptitud para ser sujeto de crédito.

No obstante estos cuestionamientos, la concepción *principalista* acoge el binomio reporte-verdad como campo para la asignación de responsabilidad a fuentes, titulares y usuarios de la IPFC. Ello tiene efectos directos en la posibilidad jurídica de adscribir responsabilidad y lograr la indemnización del daño causado por los errores cometidos por tales agentes de la gestión de IPFC. Esta conclusión se sustenta en advertir que ante la infracción de los deberes de veracidad, incorporación, finalidad, necesidad o proporcionalidad, la obligación que se deriva para estos agentes es la de corregir la información personal recolectada, bien a través de su actualización, de su rectificación o de su eliminación.

Esta postura deja de lado que el reporte negativo puede llegar a generar daños no reparables por esa labor de corrección del dato personal, derivados del aumento del costo de oportunidad para acceder a un producto comercial o de crédito, al no poderlo adquirir en un momento determinado.⁴⁰ De otro lado, también pueden inferirse otro tipo de daños, esta vez relacionados con la afectación moral ocasionada por el deterioro del “buen nombre crediticio” del sujeto concernido a partir de una información que no responde a parámetros de veracidad, actualidad, incorporación, etc.

Tal limitación de responsabilidad evidencia dos planos de legitimación del DDL: la huida a la forma/procedimiento/competencia y la individualización. El primero está relacionado con la deferencia que la concepción *principalista* hace de los daños antes explicados a los mecanismos procesales ordinarios de responsabilidad civil, que para el caso del ordenamiento colombiano son tradicionalmente complejos, costosos y signados por la mora judicial. Por ende, suelen terminar siendo disuasivos para el reclamo judicial de la reparación del daño, sobre todo en casos como el estudiado en que, por lo general, se trata de afectaciones de bajo monto, que perjudican a personas naturales no *litigantes recurrentes* y que, por ende, terminan relegadas al campo de la carga soportable por parte del titular de IPFC.

El segundo, por su parte, se explica en la medida en que los daños generados por el incumplimiento de los deberes adscritos a titulares, usuarios y operadores de información personal suelen mostrarse como casos aislados; esto, en tanto prima el entendimiento del reporte como reflejo de la verdad sobre el comportamiento crediticio y, en consecuencia, se le concede baja capacidad de infligir daño. De esta manera se termina “exotizando” el reclamo del perjuicio sufrido, a partir de argumentos cercanos a la naturalización del reporte de crédito explicado.⁴¹

⁴⁰ Esa postura es replicada por la legislación estatutaria sobre la materia. En efecto, revisados los artículos 7 a 11 de la Ley 11266/08, que regulan los deberes generales y especiales de fuente, operadores y usuarios, no se evidencia referencia alguna al tema de la responsabilidad patrimonial por los daños que genere al titular el uso o tratamiento inadecuado de la IPFC.

⁴¹ Dentro del derecho al *habeas data*, la exigencia de previsiones que establezcan el procedimiento para el reclamo de los daños por el perjuicio causado por la inadecuada gestión de IPFC no es un tema desconocido por el derecho comparado. Así, por ejemplo, para el

A partir de este escenario, la responsabilidad del daño generado por fuentes, operadores o usuarios termina siendo transferida al titular de la información. Esto, bajo el argumento de que como los reportes se limitan a dar cuenta de la *verdad* sobre el informe crediticio, las consecuencias dañinas que se deriven del conocimiento de esa verdad, no son imputables, ni menos indemnizables, por quienes las transmiten.

5. Conclusiones

La jurisprudencia constitucional sobre *habeas data* financiero evidencia las inequidades que, en términos de distribución de poder, generan las reglas jurídicas fundadas en los presupuestos epistemológicos del derecho liberal, a saber: la autonomía del sujeto y el carácter neutro de los dispositivos jurídicos. Las decisiones de la Corte Constitucional colombiana sobre la materia no escapan a dichos efectos, puesto que tienden a privilegiar una concepción de los agentes en el mercado, bajo una lógica que termina reforzando las diferencias fácticas entre los sujetos, de acuerdo con su poder de negociación. Con este fin se conciben reglas jurisprudenciales que limitan desproporcionadamente la responsabilidad de los agentes y que restringen las posibilidades sustantivas de acceso al crédito. Igualmente, al considerar desde esa misma jurisprudencia el dato financiero y crediticio como carente de valor económico intrínseco, se facilitan modos de transferencia de propiedad del mismo que tienen el riesgo de desconocer las libertades del sujeto concernido.

En ese sentido, una visión que resulte más incluyente, tanto en términos de la eficacia en el acceso al crédito por parte de la mayor cantidad de personas como en la distribución equitativa de responsabilidad entre titulares, operadores, fuentes y usuarios, exigiría una actividad judicial consciente de las desigualdades materiales entre los sujetos que concurren en la gestión de IPFC. Sin embargo, la actual comprensión que del tema hace la jurisprudencia de la Corte colombiana mantiene, tal vez de forma inadvertida, determinadas distribuciones de recursos y poder de negociación que terminan tornándose en barreras para el goce efectivo de los

caso de la legislación chilena, el artículo 23 de la Ley 19.628 de 1999, “Protección de datos de carácter personal”, establece: “La persona natural o jurídica privada o el organismo público responsable del banco de datos personales deberá indemnizar el daño patrimonial y moral que causare por el tratamiento indebido de los datos, *sin perjuicio de proceder a eliminar, modificar o bloquear los datos de acuerdo a lo requerido por el titular o, en su caso, lo ordenado por el tribunal.* || *La acción consiguiente podrá interponerse conjuntamente con la reclamación destinada a establecer la infracción, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. En todo caso, las infracciones no contempladas en los artículos 16 y 19, incluida la indemnización de los perjuicios, se sujetarán al procedimiento sumario.* El juez tomará todas las providencias que estime convenientes para hacer efectiva la protección de los derechos que esta ley establece. La prueba se apreciará en conciencia por el juez.|| El monto de la indemnización será establecido prudencialmente por el juez, considerando las circunstancias del caso y la gravedad de los hechos”. (Énfasis agregado)

derechos fundamentales que dependen, desde una perspectiva material, de recursos financieros para su apalancamiento.

Bibliografía

- AVERY, Robert B., Paul CALEM y Glenn Canner, “Consumer credit scoring: Do situational circumstances matter?”, *Journal of Banking and Finance*, vol. 28, núm. 4, 2004, pp. 835-856.
- BANCO MUNDIAL, *Mayores oportunidades de financiamiento rural en Colombia*, Washington D.C., 2015.
- BOTERO MARINO, Catalina, Juan Fernando JARAMILLO y Rodrigo UPRIMNY, “Libertad de información, democracia y control judicial: la jurisprudencia constitucional en perspectiva comparada”, en *Anuario de derecho constitucional*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, 2000.
- BROWN, Ken y Peter MOLES, *Credit Risk Management*, Edinburgh, Edinburgh Business School - Heriot-Watt University, 2014.
- BROWN, Wendy, Isabel Cristina JARAMILLO SIERRA y Patricia J. WILLIAMS, *La crítica de los derechos*, Bogotá, Universidad de los Andes, Instituto Pensar, 2003.
- CAMPUZANO TOMÉ, Herminia, *Vida privada y datos personales*, Madrid, Tecnos, 2000.
- CONGRESO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, Ley Estatutaria 1266 de 2008, *Diario Oficial* 47.219 del 31 de diciembre de 2008.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, sentencias T-414/92, T-433/94, T-176/95, T-261/95, SU-082/95, SU-089/95, T-552/97, T-307/99, T-527/00, SU-014/01 T-578/01, T-729/02, T-592/03, C-851/05 y C-1011/08. Disponible en: www.corte-constitucional.gov.co.
- DELVASTO PERDOMO, Carlos Andrés, “Asimetrías de información, fallas del mercado crediticio y correctivos institucionales. El papel del Estado en la cobertura del mercado crediticio”, *Revista Criterio Jurídico*, vol. 1, núm. 6, 2006.
- DUBIÉ, Pedro, “El *habeas data* financiero”, en Osvaldo Gozaíni *et al.* (coords.), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- EINAV, Liran, Mark JENKINS y Jonathan LEVIN, “The impact of credit scoring on consumer lending”, *RAND Journal of Economics*, vol. 44, núm. 2, 2013, pp. 249-274.
- ESCOBAR DE LA SERNA, Luis Carlos, *Principios del derecho de la información*, Madrid, Dykinson, 2000.
- ESGUIGUREN, Francisco J., “Poder judicial, tribunal constitucional y *habeas data* en el constitucionalismo peruano”, *Cuadernos Constitucionales México - Centroamérica*, núm. 35, 1999.
- FALCÓN, Enrique M. *Habeas data, concepto y procedimiento*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996.

- FRASER, Nancy, "Rethinking the Public Sphere: A Contribution to the Critique of Actually Existing Democracy", *Social Text*, núm. 25-26, 1990, pp. 56-80.
- GALANTER, Marc, "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", en Richard L. ABEL (ed.), *The Law and Society Reader*, New York, New York University Press, 1995.
- GARCÍA, Mauricio, "El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia", en Mauricio GARCÍA, Rodrigo UPRIMNY YEPES y César A. RODRÍGUEZ GARAVITO, ¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia, Bogotá, Norma, 2006.
- GOZAÍNI, Osvaldo, "Información crediticia y *habeas data*", en Osvaldo Gozaíni *et al.* (coords.), *La defensa de la intimidad y de los datos personales a través del habeas data*, Buenos Aires, Ediar, 2001.
- HSIA, David C., "Credit Scoring and the Equal Credit Opportunity Act", *30 Hastings Law Journal*, 1978-1979, pp. 371-448.
- JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina, "Instrucciones para salir del discurso de los derechos", en JARAMILLO SIERRA, Isabel Cristina y Tatiana ALFONSO SIERRA, *Mujeres, cortes y medios: la reforma judicial del aborto*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, 2008.
- KENNEDY, Duncan, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", *Legal Studies Forum*, vol. 15, 1991, pp. 327-361.
- _____, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Harvard University Press, 1998.
- MURCIA, Andrés y Hernán PIÑEROS, "Situación del crédito en Colombia desde la perspectiva del sector financiero", *Temas de Estabilidad Financiera*, núm. 16, 2006.
- NEWMAN, Abraham L., "Building Transnational Civil Liberties: Transgovernmental Entrepreneurs and the European Data Privacy Directive", *International Organization*, vol. 62, núm. 1, 2008, pp. 102-130.
- NIETO, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, Tecnos, 1994.
- PARELLADA, Carlos Alberto, *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, Buenos Aires, Astrea, 1990.
- PIERINI, Alicia, Valentin LORENCES y María Inés TORNABENE, *Habeas data*, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1999.
- PUCCINELLI, Oscar, *El habeas data en indoiberoamérica*, Bogotá, Temis, 1999.
- RADIN, Margaret Jane, "Property and Personhood", *Stanford Law Review*, vol. 34, núm. 5, 1982, pp. 957-1015.
- REMOLINA ANGARITA, Nelson, *Tratamiento de datos personales*, Bogotá, Legis, 2013.
- SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, *Circular Básica Contable y Financiera. Reglas relativas a la gestión del riesgo crediticio*. Disponible en: <https://www.superfinanciera.gov.co/jsp/loader.jsf?lServicio=Publicaciones&lTipo=publicaciones&lFuncion=loadContenidoPublicacion&id=15466>.
- WALDRON, Jeremy, *The Right of Private Property*, Oxford, Clarendon Press, 1988.