



**Revista de
Derecho
Comunicaciones y
Nuevas Tecnologías**

**DOCUMENTO GECTI NRO. 13
OBSERVACIONES CONSTITUCIONALES RESPECTO DE
LA FUTURA LEY DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES**

NELSON REMOLINA ANGARITA

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Revista de Derecho, Comunicaciones y Nuevas Tecnologías

N.º 6, Diciembre de 2011. ISSN 1909-7786

Documento GECTI nro. 13

Observaciones constitucionales respecto de la futura ley de protección de datos personales

Nelson Remolina Angarita¹

Recibido: 14 de septiembre de 2011

Aprobado: 14 de octubre de 2011

SUMARIO

I. GECTI - II. DE LOS DOCUMENTOS GECTI - III. OBJETIVO DEL PRESENTE DOCUMENTO - IV. COMENTARIO GENERAL SOBRE EL PROYECTO - V. JUSTIFICACIÓN DE LAS SOLICITUDES

I. GECTI

El GECTI (Grupo de Estudios en internet, Comercio electrónico, Telecomunicaciones e Informática) fue creado el 5 de octubre de 2001 en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Busca fomentar el trabajo multidisciplinario y establecer un puente entre la Universidad y la sociedad para procurar reflexiones y acciones en materia de la Internet, la Sociedad de la Información y temas convergentes.

II. DE LOS DOCUMENTOS GECTI

Los documentos GECTI representan reflexiones académicas en torno a aspectos de interés nacional o internacional en materia de la internet, el comercio electrónico, la sociedad de la información, las TIC y temas convergentes.

¹ Abogado y Especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Master of Laws del London School of Economics and Political Sciences. Doctorando en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. Director de la Especialización en Derecho Comercial y del Gecti de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes. <http://www.gecti.org/> o <http://gecti.uniandes.edu.co/>. Director del Observatorio de la Protección de Datos Personales en Colombia <http://www.habeasdata.org.co/>

III. OBJETIVO DEL PRESENTE DOCUMENTO

Dar a conocer las observaciones de fondo² presentadas ante la Corte Constitucional el 26 de abril de 2011 respecto del proyecto de Ley Estatutaria No. 046 de 2010 Cámara - 184 de 2010 Senado “*Por el cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales*”³.

IV. COMENTARIO GENERAL SOBRE EL PROYECTO

Salvo algunos aspectos puntuales que más adelante se señalarán considero que el contenido del proyecto es constitucional. No obstante lo anterior, es muy importante que la Corte se pronuncie sobre ciertos puntos y con base en la potestad de modular sus pronunciamientos fije los alcances de algunas cuestiones del proyecto de ley y analice la omisión relativa del proyecto por guardar silencio sobre las obligaciones y responsabilidades de los usuarios de los datos personales.

Tal y como se concluyó en la sentencia C-1011 de 20084, la Corte Constitucional:

ha contemplado la posibilidad que las disposiciones puedan cuestionarse por la existencia

2 En cuanto a los aspectos de forma solicitamos a la Corte Constitucional establecer si el proyecto fue objeto del procedimiento requerido por la ley y la Constitución para la aprobación de leyes estatutarias.

3 Publicado en la Gaceta del Congreso 1.101 del 15 de diciembre de 2010

4 Cfr. Corte Constitucional, C-1011 de 2008, numeral 1.3., p. 103

de una omisión legislativa relativa, caso en el cual el Congreso promulga un precepto pero *excluye injustificadamente personas*; supuesto de hecho o posiciones jurídicas que debían ser cobijadas por dicha regulación, so pena de afectar el principio de igualdad. Así, la Corte ha previsto que la omisión legislativa relativa recae “sobre una acción normativa del legislador, específica y concreta, de la que éste ha excluido determinado ingrediente o condición jurídica que resulta imprescindible a la materia allí tratada, o que habiéndolo incluido, termina por ser insuficiente e incompleto frente a ciertas situaciones que también se han debido integrar a sus presupuestos fácticos”⁵ [cursivas del autor]

El texto del proyecto excluye sin razón alguna a los usuarios de la información personal. Estos son un eslabón crucial dentro del tratamiento de los datos personales a que se refiere la Carta Política de 1991. Sobre los usuarios la sentencia en cita estableció que “el usuario, en cuanto tiene acceso a información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstos para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos”⁶.

A la luz del artículo 15 de la Constitución, “todas las personas 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”. Dicha norma también ordena que en “la recolección, *tratamiento* y circulación de datos se

5 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-185/02.

6 Cfr. Corte Constitucional, C-1011 de 2008, p. 178

respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución” [cursivas del autor]

Internacionalmente existen diferentes acepciones sobre el término “tratamiento” en materia de protección de datos personales, pero la más reciente es la siguiente: “cualquier operación o conjunto de operaciones, sean o no automatizadas, que se aplique a datos de carácter personal, en especial su recogida, conservación, utilización, revelación o supresión”⁷. Esta y otras definiciones⁸ coinciden en incluir el uso como parte del tratamiento de datos personales. Lo anterior significa que los usuarios también son sujetos imprescindibles en el tratamiento de los datos personales.

El uso del dato personal es parte del núcleo esencial del derecho del *habeas data* tal y como lo señaló la Corte en la sentencia SU-082 de 1995 y se reitero en la sentencia C-1011 de 2008⁹. En efecto, concluyó la Corte lo siguiente:

¿Cuál es el núcleo esencial del *habeas data*?
A juicio de la Corte, está integrado por el *dere-*

cho a la autodeterminación informática y por la *libertad*, en general, y en especial económica.

La autodeterminación informática es la facultad de la persona a la cual se refieren los datos, para *autorizar su conservación, uso* y *circulación*, de conformidad con las regulaciones legales [cursivas del autor].

El literal g) del artículo 3° del proyecto define “tratamiento” como “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, *uso*, *circulación* o *supresión*” [cursivas del autor]. Esta definición, al igual que los referentes internacionales, incluye explícitamente el uso dentro de la expresión *tratamiento*, lo cual subraya la importancia que la Corte se pronuncie sobre las obligaciones y responsabilidades de los usuarios de los datos personales.

En la sentencia precitada¹⁰, la propia Corte, reiterando lo dispuesto en la T-729 de 2002, estableció que los usuarios del ámbito de acción del derecho del *habeas data*:

El ámbito de acción del derecho al *habeas data* es el proceso de administración de bases de datos personales, tanto de carácter público como privado. “De tal forma que integran el contexto material: el objeto o la actividad de las entidades administradoras de bases de datos, las regulaciones internas, los mecanismos técnicos para la recopilación, procesamiento, almacenamiento, seguridad y divulgación de los datos *personales* y la *reglamentación sobre usuarios de los servicios de las adminis-*

7 Cfr. Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad, aprobados el 5 de noviembre de 2009 en Madrid en el marco de la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad.

8 Una definición de “tratamiento” de común referencia Latinoamérica y Europa es la contenida el literal b) del artículo 2 de la Directiva 95/46, a saber: “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción” (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 P. 0031-0050).

9 Cfr. Corte Constitucional, C-1011 de 2008, p. 155

10 Cfr. Corte Constitucional, C-1011 de 2008, numeral 2.3., págs. 107-108

*tradoras de las bases de datos*¹¹ [cursivas del autor].

En síntesis, el uso del dato personal es parte del núcleo esencial del derecho del habeas data y el artículo 15 de la Constitución involucra a los usuarios de los datos personales como sujetos que hacen parte del “tratamiento” de dicha información. Por tal razón ellos también deben cumplir ciertas obligaciones mínimas para garantizar no sólo el ejercicio del habeas data sino el respeto de la libertad y demás garantías consagradas en la constitución cuando se tratan datos personales.

Previas las anteriores consideraciones generales, de la manera más amable, cordial y respetuosa elevamos ante la Corte Constitucional las siguientes trece solicitudes:

- Declarar exequible la siguiente frase del artículo 2° del proyecto pero bajo el entendido que la ley no sólo es aplicable al tratamiento de datos personales contenidos en bases de datos sino en *archivos* de entidades públicas y privadas: “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” [cursivas del autor].

- Declarar exequibles el parágrafo del artículo 2° y el artículo 27 del proyecto pero bajo los siguientes tres entendidos:

- Las leyes y actos administrativos especiales sobre datos personales emitidas (os) antes de que se profiera la nueva ley sobre la materia deben ajustarse, revisarse y actualizarse de manera que sean consistentes con los principios y reglas generales contenidos en el proyecto en estudio y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional;

- Las leyes y actos administrativos especiales sobre datos personales emitidas (os) con posterioridad a que se profiera la nueva ley sobre la materia deben respetar e incorporar los principios y reglas generales contenidos en el proyecto en estudio y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

- Los casos excluidos en los literales a), b), c), d) y f) del artículo 2° del proyecto deben, en todo caso, observar, respetar y garantizar los elementos del núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales del habeas data, la protección de datos personales y el tratamiento debido de datos personales consagrados en el artículo 15 de la Constitución de 1991.

- Declarar exequible el literal e) del artículo 3° del proyecto pero aclarando concretamente qué se debe entender por “Responsable del tratamiento”: ¿Se trata de la persona que hace las veces de fuente y operador en la Ley 1266 de 2008?

- Declarar exequible el literal b) del artículo 4° del proyecto pero bajo el entendido que de conformidad con el artículo 15 de la Constitución el principio de finalidad también debe observarse en el tratamiento, uso y circulación de los datos personales, lo cual implica que no podrán realizarse tratamientos de datos personales incompatibles con la finalidad autorizada

11 Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-729/02, fundamento jurídico 4 a).

por el titular o la ley, a menos que se cuente con el consentimiento inequívoco del titular.

- Declarar exequible el párrafo segundo del literal f) del artículo 4° del proyecto pero bajo los siguientes entendidos:

- Cuando se ponga en internet la información pública sobre una persona debe:

- ◆ Evitarse el posible acceso a datos personales del titular o de terceros que sean privados, semiprivados y reservados o secretos que pueden estar junto con los datos públicos. Esto implica publicar en internet únicamente la información que estrictamente sea pública.

- ◆ Eliminarsse cualquier posibilidad de acceso indiscriminado, mediante la digitación del número de identificación, a los datos personales del ciudadano.

- Declarar exequible el artículo 7° del proyecto pero bajo los siguientes entendidos:

- El tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes no queda proscrito cuando el mismo es autorizado por una ley o para dar cumplimiento a la misma.

- En los casos que sea permitido por ley el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes se requiere el consentimiento previo, escrito e informado de sus representantes legales

- El Estado y las entidades educativas no sólo deben capacitar a los representantes legales y tutores sino a los niños, niñas y adolescentes respecto de los temas mencionados en párrafo final del artículo 7° del proyecto.

- Declarar exequibles los literales a), b) y c) del artículo 8° del proyecto pero bajo el entendido que en virtud del artículo 15 de la Constitución el titular de los datos personales también puede ejercer los derechos previstos en dichos literales frente a los usuarios de sus datos personales.

- Declarar exequible el literal f) del artículo 8° del proyecto pero bajo el entendido que la gratuidad total también aplica al ejercicio del habeas data sobre los datos comerciales y financieros de que trata la Ley 1266 de 2008.

- Declarar exequibles los literales a), b), d) m) y o) del artículo 17 del proyecto pero bajo el entendido que en virtud del artículo 15 de la Constitución las obligaciones incorporadas en dichos literales también deben cumplirlas los usuarios de los datos personales.

- Declarar exequibles los artículos 22 y 23 pero bajo el entendido que en virtud del artículo 15 de la Constitución los usuarios también serán objeto de los trámites y sanciones de que tratan dichos artículos.

- Declarar inexequible la siguiente parte subrayada del párrafo del artículo 29 del proyecto:

“Al expedir certificados judiciales por petición ciudadana, el Departamento Administrativo de Seguridad o quien ejerza esta función, se abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando este haya cumplido su pena o la misma haya prescrito”.

- Declarar inexequible la siguiente parte subrayada del párrafo del artículo 30 del proyecto.

“Párrafo. El servidor público que decida ampararse en la reserva legal para no suministrar

información a un titular, deberá hacerlo motivadamente, señalando la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión al requirente. En cualquier caso, frente a las decisiones señaladas procederán los recursos y acciones legales y constitucionales pertinentes.

No se podrá oponer la reserva legal a los requerimientos de los jueces y otras autoridades competentes”.

- Declarar exequible el artículo 33 del proyecto pero bajo el entendido que las disposiciones de los literales a), b), c), d) y f) del artículo 2° del proyecto deben, en todo caso, observar, respetar y garantizar los elementos del núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales del habeas data, la protección de datos personales y el tratamiento debido de datos personales consagrados en el artículo 15 de la Constitución de 1991.

V. JUSTIFICACIÓN DE LAS SOLICITUDES

Por las razones que se explican en cada caso solicitamos lo siguiente:

1. Declarar exequible la siguiente frase del artículo 2° del proyecto pero bajo el entendido que la ley no sólo es aplicable al tratamiento de datos personales contenidos en bases de datos sino en *archivos* de entidades públicas y privadas: “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” [cursivas del autor].

Fundamento constitucional de la solicitud:

El artículo 15 de la Constitución consagra el derecho de toda persona 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” [cursivas del autor]. De declararse constitucional el texto del proyecto sin la aclaración requerida, se estaría reduciendo el campo de aplicación que la precitada disposición constitucional confiere explícitamente al habeas data.

En Colombia existen muchos archivos de entidades públicas y privadas que contienen datos personales. Piénsese, por ejemplo, la información que sobre los clientes reposa en los archivos de los comerciantes. La regulación colombiana sobre archivos se encuentra dispersa en varias normas dentro de las cuales se destacan, entre otras, el Código de Comercio, la Ley 594 de 2000¹², la Ley 527 de 1999 (art. 12) y la Ley 962 de 2005 (art. 26). Estas se centran en fijar las pautas para llevar adecuadamente los archivos pero no regulan lo atinente al tratamiento de los datos personales contenidos en éstos.

Dado el mandato constitucional de 1991, es imperioso que los archivos no sólo se ajusten al artículo 15 de la Constitución sino a los principios jurisprudenciales que se han proferido desde la sentencia T-414 de 1992 a la fecha y a las reglas legales que se introducen para todo tipo de dato personal en el proyecto objeto de estudio.

12 Por medio de la cual se dicta la Ley General de Archivos y se dictan otras disposiciones

Si bien el literal b) del artículo 3° del proyecto incorpora una definición de base de datos¹³, no debe perderse de vista que la definición legal de bases de datos se ha desarrollado a partir de la regulación de derechos de autor¹⁴, la cual brinda protección a las mismas siempre que la selección o disposición de su contenido constituya creación intelectual (originalidad). Acá no se trata de una simple acumulación de información como sucede generalmente con los archivos sino se trata de proteger los derechos que surgen en cabeza de quién selecciona la información, define unos criterios de organización y acceso a ésta, entre otros.

Es importante que la Corte Constitucional se pronuncie sobre este punto no sólo porque el artículo 15 menciona explícitamente los archivos sino porque no toda base de datos es un archivo ni viceversa. Se trata de figuras diferentes que, desde luego, en algunos casos pueden coincidir pero no necesariamente siempre es así. En todo caso, frente a los dos, y no sólo respecto de las bases de datos, es procedente el ejercicio del derecho constitucional fundamental precitado.

2. Declarar exequibles el parágrafo del artículo 2° y el artículo 27 del proyecto pero bajo los siguientes tres entendidos:

a. Las leyes y actos administrativos especiales sobre datos personales emitidas (os) antes de que se profiera la nueva ley sobre la materia deben ajustarse, revisarse y actuali-

zarse de manera que sean consistentes con los principios y reglas generales contenidos en el proyecto en estudio y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional;

b. Las leyes y actos administrativos especiales sobre datos personales emitidas (os) con posterioridad a que se profiera la nueva ley sobre la materia deben respetar e incorporar los principios y reglas generales contenidos en el proyecto en estudio y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

c. Los casos excluidos en los literales a), b), c), d) y f) del artículo 2° del proyecto deben, en todo caso, observar, respetar y garantizar los elementos del núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales del habeas data, la protección de datos personales y el tratamiento debido de datos personales consagrados en el artículo 15 de la Constitución de 1991.

Fundamento constitucional de la solicitud:

De conformidad con el artículo 15 de la Constitución, “todas las personas 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”. Dicha norma también ordena que en “la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

De esta norma se derivan tres derechos fundamentales, a saber: En primer lugar, el “habeas data”; En segundo lugar, “el derecho a la protección de los de los datos personales” como información especialmente protegida por la

13 “Base de datos: Conjunto organizado de datos personales que sea objeto de Tratamiento”

14 Cfr. Artículo 28 de la Decisión Andina 351 de 1993. También consúltese el artículo 2.5 del Convenio de Berna de 1886.

Constitución, y en tercer lugar, “el derecho al tratamiento debido de los datos personales” de manera que la recolección, uso y circulación de dicha clase de información no afecte o vulnere otros derechos y garantías consagradas en la Constitución como lo son, entre otros, el buen nombre, el debido proceso, la libertad individual, la vida, la libertad de informar y recibir información veraz e imparcial, la igualdad y, por supuesto, la vida privada y familiar.

Las partes anteriormente transcritas del artículo 15 representan la piedra angular del derecho que se pretende regular mediante el proyecto de la referencia. Como tal, la norma constitucional es de aplicación preferente, obligatoria y transversal a cualquier tipo de tratamiento de datos personales. La misma no prevé excepción alguna para el ejercicio del habeas data y la exigencia de un tratamiento debido de los datos personales, lo cual implica que éstos se deben garantizar incluso en los casos excluidos en los literales¹⁵ a), b), c), d), y f) del artículo 2° del proyecto. En otras palabras, los tratamientos especiales de datos personales no son excluidos de respetar el núcleo fundamental de los derechos previstos en la parte transcrita del artículo 15 Constitucional.

Como es sabido, existen unos principios mínimos que se deben observar en el tratamiento de cualquier dato personal sin distinción de la naturaleza pública o privada del responsable o encargado del tratamiento. Dado lo anterior, la Constitución de 1991 exige que las normas que

involucren aspectos sobre el tratamiento de datos personales se ajusten a los postulados constitucionales desarrollados por la Corte Constitucional desde la sentencia T-414 de 1992 y los principios legales contenidos en proyecto de ley de la referencia.

En síntesis, los tratamientos excluidos en los literales a), b), c), d) y f) del artículo 2° del proyecto así como las normas previas y posteriores a la expedición de la Ley Estatutaria general sobre protección de datos deben respetar y garantizar los elementos del núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales del habeas data, la protección de datos personales y el tratamiento debido de datos personales consagrados en el artículo 15 de la Constitución de 1991.

Recalco la importancia de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre este aspecto debido a la complejidad del marco regulatorio existente sobre datos personales en Colombia. En efecto, un estudio académico publicado recientemente¹⁶ concluyó lo siguiente:

- “El marco legal de la protección de datos personales en Colombia es una mixtura del artículo 15 de la Constitución de 1991 con más de setenta normas promulgadas desde 1951. Salvo la Ley 1266 de 2008, todas las demás disposiciones hacen referencia marginal a pocos temas sobre la materia. Se trata de regulaciones sectoriales que refe-

15 Respecto del literal e), el dato comercial y financiero se rige por la Ley 1266 de 2008 y lo previsto en la sentencia C-1011 de 2008 de la Corte Constitucional.

16 Cfr. Remolina Angarita, Nelson. ¿Tiene Colombia un nivel adecuado de protección de datos personales a la luz del estándar europeo?, 16 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 489-524 (2010). El texto completo de este artículo puede ser consultado en: <http://www.habeasdata.org.co/2010/08/05/nivel-adecuado-de-proteccion-de-datos-personales-a-la-luz-del-estandar-europeo/>

rencialmente mencionan ciertos aspectos en torno a determinados datos personales.

- De las normas analizadas no se deriva una tipología temática o estructural común a todas ellas. Reina la variedad de clases de información y la creación de muchos sistemas de información, registros y bases de datos al servicio del Estado y de los particulares.
- Muy pocas normas aluden al habeas data y hacen referencia a los datos personales en general. La mayoría de ellas trata sobre información personal especial, como los datos de identificación dactilar, las historias clínicas, los datos obtenidos en censos de población; los datos relacionados con la seguridad social; el dato comercial y financiero, los antecedentes penales, los datos de género; los datos de las niñas, niños y adolescentes e información sobre personas con discapacidades.
- Muchas de las regulaciones catalogan cierta información personal como reservada e imponen el deber de tratarla para los fines permitidos y adoptar medidas de seguridad para su protección y acceso indebido. Otras se enfocan en garantizar la confidencialidad, seguridad y privacidad de datos personales.
- Algunas normas se refieren a los límites en la recolección de la información personal y las cualidades que debe tener la misma. Ciertas disposiciones legales tratan la circulación de los datos entre entidades (cruces de información) o limitan su uso para determinadas actividades como la publicitaria. Sólo una Ley consagra conductas punibles en cuanto a los datos personales.
- Ciertas regulaciones se refieren a sistemas de información de personas vinculadas al Es-

tado; a registros de personas infractoras, a beneficiarios de servicios del Estado o del gasto social; a sistemas de información sobre delitos, contratación estatal y a registros sobre las personas que han adquirido pólizas de seguros, las que están aseguradas por esas pólizas y sus beneficiarias.

- Otras normas confieren facultades a determinadas entidades para acceder a bases de datos con miras a realizar investigaciones penales, combatir actividades delictivas como el lavado de activos, la trata de personas o defender la “seguridad nacional” y facilitar la “inteligencia y contrainteligencia”.
- Salvo la Ley 1266 de 2008, ninguna otra norma aglutina la mayoría de los aspectos propios de la regulación de datos personales, como lo son, entre otros, los principios que irradian el tratamiento de esa información; las obligaciones de los operadores y sus administradores; los derechos de los titulares de los datos; las pautas de circulación nacional de la información personal; las reglas sobre la transferencia internacional de datos y las autoridades de control¹⁷.

3. Declarar exequible el literal e) del artículo 3° del proyecto pero aclarando concretamente qué se debe entender por “*Responsable del tratamiento*”: ¿Se trata de la persona que hace las veces de fuente y operador en la Ley 1266 de 2008?

Fundamento constitucional de la solicitud:

El artículo 15 de la Constitución y su correspondiente desarrollo jurisprudencial ha generado

17 Cfr. Remolina Angarita, Nelson (2010), Ídem. pp. 505 a 508.

una serie de obligaciones y derechos en cabeza de aquellos que poseen o utilizan datos personales de terceros. El artículo 3° del proyecto incorpora el concepto de “responsable del tratamiento” en los siguientes términos: “Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos”.

La anterior definición es confusa e incompleta pues se limita a mencionar que el responsable del tratamiento es la persona que “decide” sobre la base y el tratamiento, sin precisar sobre qué aspecto (s) decide el responsable respecto de la base y el tratamiento: ¿Decide el uso, la finalidad, el tiempo de caducidad de la información, si la información se trata a través de medios electrónicos o manuales? En síntesis, se trata de un concepto inconcluso que genera vacíos legales sobre el sujeto que según la ley debe cumplir una serie de obligaciones.

La falta de precisión de este aspecto puede hacer que la figura del responsable sea tan amplia que se aplique a cualquier persona o tan poco clara que no se aplique a ninguna persona. Cualquiera de las dos hipótesis es inconsistente con la constitución, en la medida que la determinación de los sujetos involucrados en el tratamiento de datos personales debe ser cristalina y exenta de cualquier imprecisión para poder establecer sus obligaciones y derechos constitucionales frente a la recolección, uso, circulación, corrección, actualización y eliminación de la información.

Recuérdese que la Constitución ordena que en “la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías

consagradas en la Constitución”. Para alcanzar el tratamiento de datos que exige dicha norma constitucional es nuclear determinar con claridad quiénes son los sujetos involucrados en el mismo con miras a establecer los derechos y obligaciones que a cada uno le corresponde. Si ello no es así pues la vaguedad o falta de claridad en los conceptos conllevaría a una aplicación también vaga, poco clara o hasta nugatoria e inane de la misma ley, lo cual conduciría a la ineficacia del derecho constitucional fundamental que se pretende reglamentar.

La expresión “responsable del tratamiento” es una figura utilizada en la Directiva 95/46/CE¹⁸ en donde se le define en el artículo 2, literal d) como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio o cualquier otro organismo que sólo o conjuntamente con otros *determine los fines y los medios del tratamiento de datos personales [...]*” [cursivas del autor]. Esta disposición tiene como responsable a quien defina los fines y medios del tratamiento. Contrario a la anterior definición, el concepto del literal e) del artículo 3° del proyecto es mudo en cuanto al aspecto que debe decidir una persona para ser considerada como “Responsable del Tratamiento”.

Contar con conceptos claros y precisos es muy relevante e importante en la arena de la protección de datos personales. Esto condujo a que la definición europea transcrita fuese objeto de delimitación y precisión junto con la expresión

18 Cfr. Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 P. 0031 - 0050

“encargado del tratamiento” por parte del Grupo del Artículo 29 creado en la Directiva 95/46/CE19.

De otra parte, los literales a), b), c) y d) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008 consagraron respectivamente como sujetos del tratamiento de datos a los cuatro siguientes: (1) Titular de la información; (2) Fuente de la información; (3) Operador de la información y (4) Usuarios. Cada uno de ellos tiene obligaciones y derechos.

No obstante, el proyecto de ley no menciona los usuarios ni se refiere a las fuentes. Parece ser que en el nuevo proyecto la fuente y el operador de la Ley 1266 de 2008 se fusionan en la figura del responsable del tratamiento. Ante esta falta de certeza sobre el particular es necesario que la Corte precise el alcance de dichas definiciones porque los conceptos son importantes para establecer los derechos y responsabilidades de los diferentes sujetos involucrados en el tratamiento de los datos personales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución.

4. Declarar exequible el literal b) del artículo 4° del proyecto pero bajo el entendido que de conformidad con el artículo 15 de la Constitución el principio de finalidad también debe observarse en el tratamiento, uso y circulación de los datos personales, lo cual implica que no podrán realizarse tratamientos de datos personales incompatibles con la finalidad autorizada por el titular o la ley, a menos que se cuente con el consentimiento inequívoco del titular.

19 Cfr. Grupo del Artículo 29 sobre Protección de Datos. *Dictamen 1/2010 sobre los conceptos de «responsable del tratamiento» y «encargado del tratamiento»*. Bruselas, 16 de febrero de 2010.

Fundamento constitucional de la solicitud:

De conformidad con el literal b) del artículo 4° del proyecto, el principio de finalidad significa que “el tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley, la cual debe ser informada al titular”.

El texto del proyecto se quedó corto frente al alcance constitucional que ha dado la Corte a dicho principio. En efecto, en la sentencia C-1011 de 2008 la Corte estableció que

de acuerdo con el *principio de finalidad*, las actividades de acopio, procesamiento y divulgación de la información personal deben obedecer a un fin constitucionalmente legítimo y que, a su vez, debe ser definido de forma clara, suficiente y previa. *Esto implica que quede prohibida (i) la recopilación de información personal sin que se establezca el objetivo de su incorporación a la base de datos; y (ii) la recolección, procesamiento y divulgación de información personal para un propósito diferente al inicialmente previsto y autorizado por el titular del dato*²⁰ [cursivas del autor].

El principio de finalidad no sólo tiene cabida al momento de la recolección de los datos personales (como lo plantea el proyecto), sino también debe ser observado durante todas las etapas del tratamiento de dicha información, dentro de las cuales es crucial aquella que comprende el uso de los datos personales. De poco sirve informar al titular del dato una finalidad si en la práctica se utiliza el mismo para fines diversos a

20 Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008, numeral 2.4, página 109.

los autorizados. Lo anterior no es una conducta transparente frente al titular.

En síntesis, el principio de finalidad debe respetarse durante todas las etapas que compren el tratamiento de los datos personales. El responsable o encargado del tratamiento debe ser consistente con la finalidad informada y el uso dado al dato personal.

Téngase presente que el artículo 15 Constitucional ordena que “en la *recolección, tratamiento y circulación* de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”. Esta norma recalca la exigencia constitucional de que todos los principios, y entre ellos el de finalidad, no sólo deben observarse en la recolección del dato personal sino en todo el tratamiento y circulación de éstos [cursivas del autor].

Internacionalmente existen diferentes acepciones sobre el término “tratamiento” en materia de protección de datos personales, pero la más reciente es la siguiente: “cualquier operación o conjunto de operaciones, sean o no automatizadas, que se aplique a datos de carácter personal, en especial su recogida, conservación, utilización, revelación o supresión”²¹. Esta y otras definiciones²² coinciden en incluir

21 Cfr. *Estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad*, aprobados el 5 de noviembre de 2009 en Madrid en el marco de la 31 Conferencia Internacional de Autoridades de Protección de Datos y Privacidad.

22 Una definición de “tratamiento” de común referencia Latinoamérica y Europa es la contenida el literal b) del artículo 2 de la Directiva 95/46, a saber: “cualquier operación o conjunto de operaciones, efectuadas o no mediante procedimientos automatizados, y aplicadas a datos personales, como la recogida, registro, organización, conservación, elaboración o modificación, extracción, consulta, utilización, comunicación por transmisión, difusión o cualquier otra forma que facilite el

el uso como parte del tratamiento de datos personales.

En el anterior sentido el literal g) del artículo 3° del proyecto estableció lo que debe entenderse por “tratamiento”, señalando que se trata de “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, *uso*, circulación o supresión” [cursivas del autor]. Esta definición, al igual que los referentes internacionales, incluye explícitamente el uso dentro de la expresión tratamiento, lo cual subraya la importancia que la Corte ordene que el principio de finalidad también sea aplicado cuando se utilicen los datos personales de manera que solo se empleen para los fines autorizados y no para otros contrarios o inconsistentes con la finalidad informada y autorizada por el titular al momento de la recolección de su información.

5. Declarar exequible el parágrafo segundo del literal f) del artículo 4° del proyecto pero bajo los siguientes entendidos:

a. Cuando se ponga en internet la información pública sobre una persona debe:

i. Evitarse el posible acceso a datos personales del titular o de terceros que sean privados, semiprivados y reservados o secretos que pueden estar junto con los datos públicos. Esto implica publicar en internet únicamente la información que estrictamente sea pública.

acceso a los mismos, cotejo o interconexión, así como su bloqueo, supresión o destrucción” (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Diario Oficial n° L 281 de 23/11/1995 P. 0031 – 0050).

ii. Eliminarse cualquier posibilidad de acceso indiscriminado, mediante la digitación del número de identificación, a los datos personales del ciudadano.

Fundamento constitucional de la solicitud:

En este punto me remito a los planteamientos y conclusiones de la Corte Constitucional en la sentencia T-729 de 2002, la cual solicito aplicar frente a la parte del párrafo 2 de literal f del artículo 4° que excluye la información pública en los siguientes términos:

Los datos personales, *salvo la información pública*, no podrán estar disponibles en internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley [cursivas del autor].

6. Declarar exequible el artículo 7° del proyecto pero bajo los siguientes entendidos:

a. El tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes no queda proscrito cuando el mismo es autorizado por una ley o para dar cumplimiento a la misma.

b. En los casos que sea permitido por ley el tratamiento de los datos personales de niños, niñas y adolescentes se requiere el consentimiento previo, escrito e informado de sus representantes legales

c. El Estado y las entidades educativas no sólo deben capacitar a los representantes legales y tutores sino a los niños, niñas y adolescentes

respecto de los temas mencionados en párrafo final del artículo 7° del proyecto.

Fundamento constitucional de la solicitud:

En términos generales el texto del artículo 7° es consistente con el artículo 44 de la Constitución particularmente con la parte final que da prevalencia a los derechos de los niños, niñas y adolescentes sobre los derechos de los demás. Como punto de partida para abordar el tema resulta pertinente traer a colación la siguiente afirmación de la Corte: “Uno de los sectores más débiles de la población está conformado por los niños, quienes a pesar de ser la esperanza de la sociedad, son al mismo tiempo objeto de maltrato y abandono. Una comunidad que no proteja especialmente a los menores mata toda ilusión de avanzar en la convivencia pacífica y en el propósito de lograr un orden justo (Preámbulo y artículo 2° C.P.)”²³.

Es indiscutible que las Tecnologías de Información y Comunicación (tic) han traído muchos beneficios a todos. Lamentablemente, el uso indebido de las mismas ha ocasionado daños, abusos y delitos. Recientemente, por ejemplo, la edición No 371 del 15 de abril de 2011 de la Revista Dinero cita el caso de Ana María Chavez quien fue asesinada el 17 de septiembre de 2009. Dice la Revista que “tras una compleja investigación digital descubrieron que un par de criminales habían engañado a la joven estudiante de arquitectura por Facebook, para visitarla cuando estuviera sola, robarla y posterior-

23 Corte Constitucional, sentencia T-514 de 1998

mente asfixiarla”²⁴. Los datos personales e información personal que suministró la estudiante a través de Facebook fue determinante para que los delincuentes perfilaran su víctima, la ubicarán y llegaran hasta ella. Se afirma en la revista que “existe gran desconocimiento en cuanto a los riesgos de poner datos en internet. La ingenuidad es absoluta”. Ana María tenía 19 años: ¿si esto le sucede a una persona adulta, que no le puede suceder a los millones de niños, niñas y adolescentes que diariamente interactúan en internet?

Según el Grupo de Investigaciones Tecnológicas de la Dijin, la Policía ha identificado varias modalidades delictivas de las que han sido víctimas, entre otros, niños, niñas y adolescentes, mediante el abuso en las redes sociales. Dos de ellas son las siguientes:

- **Cyberbullying:** En esta modalidad confluyen los abusos verbales mediante el uso de medios electrónicos principalmente manifestaciones de odio, burlas, fotomontajes, ciberacosos que también pueden incluir amenazas a estudiantes, *adolescentes e incluso a niñas y niños*, trayendo consigo destrucción moral, daños psicológicos irreversibles y deserción escolar.
- **Grooming:** Hace referencia al engaño por parte de un delincuente adulto quien simula a través de medios electrónicos ser un niño o niña *con el ánimo de contactar a menores de edad y adolescentes con fines de agresión o abuso sexual* utilizando las redes sociales haciéndoles creer una nueva amistad sin dejar ver sus verdaderas intenciones hasta que logra

generar la confianza en la víctima quien bajo la presión, el chantaje y la manipulación accede a las pretensiones o abusos del agresor²⁵ [curvas del autor].

Otra noticia pone de presente los aspectos negativos del uso indebido de las TIC. En efecto, según la Policía Nacional:

los delitos a través de internet se dispararon en el país, la situación es tan delicada que diariamente el CAI virtual de la Policía está recibiendo en promedio 1.700 quejas y denuncias por uso indebido de herramientas como Facebook.

[...]

El Mayor Fredy Bautista, Jefe de la Unidad de delitos de la Dijin, sostuvo que desde desadaptados, homofobos y depredadores sexuales están utilizando Facebook para buscar a sus víctimas.

El oficial señaló que estos delincuentes virtuales utilizan la información pública de las personas y se inscriben con perfiles que llamen la atención de sus víctimas, con lo que inician los contactos que terminan en citas, que pueden concluir en robos, violaciones y hasta la muerte.

Agregó que las víctimas son especialmente jóvenes estudiantes que terminan involucrados en delitos que no denuncian, los cuales pueden ser tipificados y dar cárcel de entre cuatro y ocho años²⁶.

24 Cfr. Revista Dinero. *Redes contra los criminales*. p. 20. Edición 371 del 15 de abril de 2011.

25 Policía Nacional de Colombia. *Modalidades de abusos en las redes sociales*. Publicado en <http://delitosinformaticos.gov.co/node/11> (Última consulta: Abril 24 de 2011)

26 Policía Nacional de Colombia. Aumento de delitos en la internet. Publicado en: <http://delitosinformaticos.gov.co/node/5> (Última consulta: Abril 24 de 2011).

En fin, no es un secreto que los datos personales de los niños, niñas y adolescentes son en algunos casos recolectados y utilizados para fines ilegales como la discriminación, explotación sexual, pornografía y homicidios. En otras situaciones se ha evidenciado un apetito por los datos personales de los NNA para materializar estafas o engaños a ellos y los miembros de su familia. De la misma forma existe la tendencia de recolectar la información de los NNA para fines comerciales, de marketing, etc.

- De la prevalencia de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: Una mirada al papel de la educación desde la óptica del artículo 7° del proyecto

Según la Corte Constitucional, el artículo 44 de la Constitución ha consagrado un “régimen de protección especial a los menores y por ello busca que los derechos de los niños prevalezcan sobre los derechos de los demás”²⁷. La expresión prevalente en el contexto de la protección de los datos personales de los nna implica que, entre otras, la información de los nna tiene un rango superior sobre la información de otros sujetos por lo tanto debe ser especialmente protegida.

Esta prevalencia se traduce en adoptar medidas para dar un tratamiento más riguroso, seguro y restrictivo de la información de los niños, niñas y adolescentes. Riguroso en el sentido de exigir mayor cuidado y responsabilidades al responsable o el encargado del tratamiento así como a los usuarios de la información de los NNA.

El artículo 7° recoge algunas recomendaciones del “Memorándum sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes”²⁸, comúnmente conocido como “Memorándum de Montevideo” porque fue redactado y aprobado en esa ciudad durante el 27 y 28 de julio de 2009. En el numeral 4 del Memorando, por ejemplo, “se recomienda enfáticamente la promoción de una sostenida y completa educación sobre la Sociedad de la Información y el Conocimiento, en especial para el uso responsable y seguro del Internet y las redes sociales digitales, particularmente por medio de:

- 4.1. La inclusión en los planes de estudios, a todos los niveles educativos, de información básica sobre la importancia de la vida privada y de la protección de los datos personales [...].

El último párrafo del artículo 7° del proyecto se enfoca en promover una formación académica de los niños, niñas y adolescentes acorde con las realidades del siglo XXI y las implicaciones del uso indebido de las Tecnologías de Información y Comunicación. Como es sabido, la educación es por excelencia una de las mejores formas para que las personas eviten que sus derechos y libertades sean vulnerados bajo el mundo de la tecnología y la información. Con una formación adecuada de los NNA para vivir en la sociedad de la información y las TIC se espera que ellos se conviertan en los primeros defensores de sus derechos y los de los demás.

27 Corte Constitucional, sentencia T-382 de 1999.

28 El texto del Memorándum de Montevideo puede consultarse en <http://www.ijjusticia.org/Memo.htm>

No obstante lo anterior, el texto del proyecto no incluye a los niños, niñas y adolescentes como beneficiarios directos de los procesos de formación académica sobre estos temas. Esto conlleva a que los directamente afectados por el uso indebido de las TIC no sean capacitados para evitar que sus derechos y libertades sean vulnerados. Por eso es necesario que la Corte enfatice la necesidad de que las estrategias de formación académica sobre los temas que trata el artículo 7° del proyecto no se dirijan únicamente a los representantes legales y tutores de los niños, niñas y adolescentes sino que éstos últimos también sean beneficiarios directos de las mismas.

- De la prohibición del tratamiento de los datos personales de los derechos de los niños, niñas y adolescentes: Una interpretación constitucional del artículo 7° del proyecto

Proscribir absolutamente el tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes no es una forma de dar prevalencia a sus derechos sino de excluirlos y de impedirles acceder a elementos necesarios para la efectividad de los derechos fundamentales de los NNA. Existen muchos casos en que por ley es necesario el tratamiento de la información de los niños, niñas y adolescentes (Registro Civil, historia clínica, procesos educativos, seguridad social, etc.).

Aunque podría argumentarse que la prohibición del artículo 7° es una limitación a los derechos de los NNA, no debe olvidarse que la propia Corte ha determinado que “de acuerdo con la jurisprudencia consolidada de la Corte, el verdadero sentido de la prevalencia de los derechos

del niño, no excluye que tal prevalencia tenga límites, si tales límites corresponden a la propia finalidad protectora de los niños o a las propias finalidades del Estado”²⁹.

La prohibición del artículo 7° no debe ser mirada únicamente como una limitante absoluta del tratamiento de los datos personales de los nna, sino además, como una medida para proteger a los menores de los riesgos que genera el tratamiento indebido de sus datos personales. Pese a la finalidad protectora de la prohibición, entender la misma como absoluta, se repite, generaría inconvenientes para los NNA.

En virtud de lo anterior, resulta crucial que la Corte Constitucional, siendo consistente con su jurisprudencia en el sentido de “*hacer prevalecer aquello que mejor consulte los principios constitucionales relativos a los niños, teniendo en cuenta las específicas circunstancias de cada caso*”³⁰ declare exequible dicha disposición manteniendo como regla general la prohibición del tratamiento de los datos de los NNA pero bajo el entendido que la prohibición del párrafo segundo del artículo 7° del proyecto no impide que se realice tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes en los casos previstos en la ley siempre y cuando se cuente con la autorización previa de los representantes legales de los NNA.

7. Declarar exequibles los literales a), b) y c) del artículo 8° del proyecto pero bajo el entendi-

29 Corte Constitucional, sentencia C-490 de 2002.

30 Corte Constitucional, sentencia C-005 de 1993, jurisprudencia citada y ratificada en la sentencia C-490 de 2002.

do que en virtud del artículo 15 de la Constitución el titular de los datos personales también puede ejercer los derechos previstos en dichos literales frente a los usuarios de sus datos personales.

Fundamento constitucional de la solicitud:

Los mencionados literales del artículo 8° del proyecto establecen los siguientes derechos en cabeza del titular del dato personal:

“a) Conocer, actualizar y rectificar sus datos personales frente a los Responsables del Tratamiento o Encargados del Tratamiento. Este derecho se podrá ejercer, entre otros frente a datos parciales, inexactos, incompletos, fraccionados, que induzcan a error, o aquellos cuyo Tratamiento esté expresamente prohibido o no haya sido autorizado.

b) Solicitar prueba de la autorización otorgada al Responsable del Tratamiento salvo cuando expresamente se exceptúe como requisito para el Tratamiento, de conformidad con lo previsto en el artículo 10 de la presente ley.

c) Ser informado por el Responsable del Tratamiento o el Encargado del Tratamiento, previa solicitud, respecto del uso que le ha dado a sus datos personales”.

Tal y como se ha planteado en este escrito, el artículo 15 de la Constitución establece que “todas las personas 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”. Así las cosas, si los datos personales están en poder de un usuario pues el titular tiene el de-

recho constitucional de ejercer el derecho de habeas data ante el mismo. De esta manera, aunque el proyecto de ley no menciona a los usuarios, se debe entender que dicha omisión del legislador de ninguna manera significa que los titulares no puedan ejercer el derecho constitucional ante los mismos. Interpretar la norma en cuestión de otra forma se traduciría en una limitación del derecho constitucional del habeas data y una transgresión del artículo 15 de la Constitución.

De otra parte, el literal d) del artículo 3° de la Ley 1266 de 2008 incorpora a los usuarios como sujetos del tratamiento de datos personales y los define de la siguiente manera: “El usuario es la persona natural o jurídica que, en los términos y circunstancias previstos en la presente ley, puede acceder a información personal de uno o varios titulares de la información suministrada por el operador o por la fuente, o directamente por el titular de la información. El usuario, en cuanto tiene acceso a información personal de terceros, se sujeta al cumplimiento de los deberes y responsabilidades previstos para garantizar la protección de los derechos del titular de los datos. En el caso en que el usuario a su vez entregue la información directamente a un operador, aquella tendrá la doble condición de usuario y fuente, y asumirá los deberes y responsabilidades de ambos”. Esta definición así como los deberes y responsabilidades del usuario fueron declarados constitucionales por la Corte en la sentencia C-1011 de 2008.

Teniendo en cuenta lo anterior, de no entenderse que el proyecto de ley también involucra a

los usuarios se estaría generando una situación de desigualdad violatoria del artículo 13 de la Constitución entre los titulares de los datos personales comerciales y financieros regidos por la Ley 1266 de 2008 y los titulares de los otros tipos de datos personales que se registrarán por la nueva ley.

En efecto, a los primeros sí se les confieren derechos frente a los usuarios mientras que a los segundos no. Los usuarios de los datos comerciales y financieros sí tienen obligaciones legales como las previstas en el artículo 9° de la Ley 1266 de 2008 mientras que los usuarios de otra clase de datos personales no tienen obligaciones legales. Esta discriminación no es justificable constitucionalmente ni existe en los antecedentes del proyecto ninguna razón cierta o válida para justificar la omisión del legislador. Adicionalmente, no existe razón jurídica para dar mayor relevancia e importancia al dato comercial y financiero frente a otra clase de dato personal como los datos sobre la salud, la familia, los laborales, los patrimoniales, los sensibles, entre otros.

El artículo 15 Constitucional también ordena que en “la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.

El literal g) del artículo 3° del proyecto define “tratamiento”, como “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión” [cursivas del autor].

El “uso” y “circulación” supone que los datos personales ya no sólo se encuentran en manos del responsable y/o del encargado del tratamiento sino que también están en posesión o a disposición de los usuarios que acceden a los datos personales del titular contenidos en las bases de datos o archivos de los responsables o encargados del tratamiento. En otras palabras, el tratamiento de datos personales supone la existencia de los usuarios de dicha información.

Para que el tratamiento sea consistente con las exigencias mínimas de Constitución es necesario que los usuarios cumplan una serie de obligaciones de manera que su acción u omisión no comprometa, vulnere, lesione o ponga en riesgo los derechos y libertades de los titulares de los datos personales. Por esta razón es necesario que la Corte precise que los derechos de los titulares previstos en los literales a), b) y c) del artículo 8° del proyecto también pueden ejercerse ante los usuarios de los datos personales.

8. Declarar exequible el literal f) del artículo 8° del proyecto pero bajo el entendido que la gratuidad total también aplica al ejercicio del habeas data sobre los datos comerciales y financieros de que trata la Ley 1266 de 2008.

Fundamento constitucional de la solicitud:

De conformidad con el literal f) del artículo 8° del proyecto, el Titular de los datos personales tiene el derecho de: “Acceder en forma gratuita a sus datos personales que hayan sido objeto de Tratamiento”.

Esta disposición es constitucional en la medida que no crea barreras de tipo económico

para que la persona pueda ejercer los derechos constitucionales fundamentales de que trata los citados y transcritos apartes del artículo 15 de la Constitución.

No obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-1011 de 2008 declaró constitucional el parágrafo 2 del artículo 10 de la Ley 1266 de 2008, según el cual “La consulta de la información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países por parte del titular, será gratuita al menos una (1) vez cada mes calendario”. Este parágrafo consagra una gratuidad limitada a una vez por mes calendario de manera que a partir de la segunda consulta mensual el titular del dato debe pagar por ejercer el derecho fundamental al habeas data respecto de sus datos personales que proporcionó gratuitamente al operador de la base de datos o archivo de información comercial y financiera.

Tratándose del ejercicio de los derechos constitucionales fundamentales, la gratuidad total del literal f) del artículo 8° del proyecto es más consistente con la Constitución que la gratuidad parcial de la Ley 1266 de 2008 porque libera al ciudadano de obstáculos económicos para materializar la efectividad de su 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” (artículo 15 de la Constitución).

Teniendo en cuenta lo anterior, la gratuidad total para el ejercicio del derecho de habeas data debe imponerse respecto de cualquier tipo de dato personal, incluso el comercial y financiero

de que trata la Ley 1266 de 2008. De no entenderse que la gratuidad del literal f) del artículo 8° del proyecto se hace extensivo al ejercicio del habeas data del dato comercial y financiero se consolidará una situación real de desigualdad violatoria del artículo 13 de la Constitución entre los titulares de los datos personales comerciales y financieros regidos por la Ley 1266 de 2008 y los titulares de los otros tipos de datos personales que se regirán por la nueva ley.

En efecto, a los primeros sí les toca pagar por ejercer el habeas data respecto de sus datos personales mientras que a los segundos no. Esta discriminación no es justificable constitucionalmente. Adicionalmente, tampoco existe motivo constitucional sensato y válido para dar mayor relevancia, importancia o “status” al dato comercial y financiero frente a otra clase de dato personal como los datos sobre la salud, la familia, los laborales, los patrimoniales, los sensibles, entre otros.

Los datos personales son bienes que generan valor y se han constituido en el principal activo de muchas empresas. De no ser así, no existirían las bases de datos de comerciantes que diariamente se lucran de la explotación comercial de los datos personales de terceros. Sobre este aspecto ya nos hemos referido en otro escenario de la siguiente manera:

La información es pieza esencial de muchas decisiones. Se afirma que es “la moneda corriente del poder” que “ha logrado en corto tiempo desplazar otras fuentes de control de la conducta humana” y que “cada vez con más fuerza se impone sobre otros factores que de-

terminan las formas y modos concretos de integración comunitaria y mundial³¹. Los datos personales o la información personal son una clase de información que progresivamente ha cobrado mayor relevancia social y económica. Recientemente se les ha tildado de ser ‘el nuevo petróleo de la Internet y la nueva moneda del mundo digital’³². En la práctica, tal y como lo afirma SCHWARTZ ‘La información personal es una importante moneda del milenio. El valor monetario de esta clase de información es grande y sigue creciendo. Las empresas americanas están rápidamente reorientando sus esfuerzos para aprovechar y obtener utilidades de esta tendencia’^{33 34}

Aunque el dato personal genera valor monetario, la práctica muestra que ello es así pero cuando la información está en poder de los responsables del tratamiento de la misma, los cuales toman en forma gratuita los datos personales del titular y luego los comercializan. Mientras el titular del dato suministra su información gratuitamente, el responsable del tratamiento provee datos personales a terceros onerosamente. Esto no es ilegal pero resulta abusivo cuando los responsables le cobran al titular por ejercer el derecho constitucional del habeas data respecto

de sus propios datos personales. Información, se repite, de la que se lucran los responsables del tratamiento.

Todo lo anterior genera el siguiente efecto económico respecto del dato comercial y financiero regulado por la Ley 1266 de 2008: Los responsables del tratamiento se enriquecen y los titulares de los datos personales se empobrecen porque además de dar gratuitamente su información les toca pagar para hacer efectivo el habeas data respecto de sus datos personales.

En virtud de lo anterior, por razones de igualdad y con miras a evitar situaciones abusivas contra el titular del dato personal es constitucionalmente imperativo aclarar que la gratuidad total del literal f) del artículo 8° del proyecto también se aplica cuando se trate del dato comercial y financiero regulado por la Ley 1266 de 2008.

9. Declarar exequibles los literales a), b), d) m) y o) del artículo 17 del proyecto pero bajo el entendido que en virtud del artículo 15 de la Constitución las obligaciones incorporadas en dichos literales también deben cumplirlas los usuarios de los datos personales.

Fundamento constitucional de la solicitud:

Los mencionados literales del artículo 17 del proyecto consagran los siguientes deberes en cabeza del responsable del tratamiento:

- a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data.
- b) Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular.

31 CIFUENTES MUÑOZ, EDUARDO, Prólogo al libro “*Habeas Data en Iberoamérica*” de Oscar Puccinelli, Temis, Bogotá D.C., 1999.

32 Meglena Kuneva, European Consumer Commissioner. *Roundtable: Keynote Speech*. Bruselas, 31 de Marzo, 2009

33 Remolina Angarita, Nelson, *Cláusulas contractuales y transferencia internacional de datos personales*, en *Obligaciones y contratos en el derecho contemporáneo*, págs. 359-360 (Jorge Oviedo-Albán, ed., Editorial Biblioteca Jurídica Dike y Universidad de la Sabana, Bogotá, 2010). El texto completo de este capítulo puede ser consultado en: <http://www.habeasdata.org.co/2010/08/05/transferencia-internacional-de-datos-personales-y-clausulas-contractuales/>

34 Véase a partir de la página 1 la parte titulada *Comentario general sobre el proyecto*.

[...]

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

[...]

m) Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos.

[...]

o) Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Varias razones justifican la solicitud mencionada:

En primer lugar, porque los usuarios son sujetos imprescindibles del tratamiento de los datos personales a la luz del artículo 15 de la Constitución, tal y como se explicó en la parte inicial de este escrito³⁵. Ello quiere exigir necesariamente que los usuarios sean objeto del cumplimiento de obligaciones mínimas para evitar que con el uso de los datos personales se vulnere o ponga en riesgo los derechos de los titulares de esa clase de información.

Reitero que la Constitución y la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecen obligaciones en cabeza de todas las personas involucradas en el tratamiento de datos personales. El artículo 15 de la Constitución establece que “todas las personas 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”. Así las cosas, si los datos personales están en poder de un usuario pues el titular tiene el derecho constitucional de ejercer el derecho de habeas data ante el mismo. Por esta razón, los usuarios deben cumplir lo previsto en el literal a) del artículo 17 del proyecto.

El artículo 15 Constitucional también ordena que en “la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”. El literal g) del artículo 3° del proyecto, por su parte, define “tratamiento”, como “cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión” [cursivas del autor].

El “uso” y la “circulación” supone que los datos personales ya no sólo se encuentran en manos del responsable y/o del encargado del tratamiento sino que también están en posesión o a disposición de los usuarios que acceden a los datos personales del titular contenidos en las bases de datos o archivos de los responsables o encargados del tratamiento. En otras palabras, el tratamiento de datos personales supone la existencia de los usuarios de dicha información.

Para que el tratamiento sea consistente con las exigencias mínimas de Constitución es necesario que los usuarios cumplan una serie de obligaciones de manera que su acción u omisión no comprometa, vulnere, lesione o ponga en riesgo los derechos y libertades de los titulares de los datos personales. Por esta razón es necesario

³⁵ Véase a partir de la página 1 la parte titulada *Comentario general sobre el proyecto*.

que la Corte precise que los usuarios deben cumplir las obligaciones de los literales a), b), d) m) y o) del artículo 17 del proyecto.

En segundo lugar, por razones de igualdad. Veamos:

El artículo 9° de la Ley 1266 de 2008 impuso a los usuarios como sujetos del tratamiento de datos personales los siguientes deberes:

Artículo 9°. Deberes de los usuarios. Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley y demás que rijan su actividad, los usuarios de la información deberán:

1. Guardar reserva sobre la información que les sea suministrada por los operadores de los Bancos de Datos, por las fuentes o los titulares de la información y utilizar la información únicamente para los fines para los que le fue entregada, en los términos de la presente ley.
2. Informar a los titulares, a su solicitud, sobre la utilización que le está dando a la información.
3. Conservar con las debidas seguridades la información recibida para impedir su deterioro, pérdida, alteración, uso no autorizado o fraudulento.
4. Cumplir con las instrucciones que imparta la autoridad de control, en relación con el cumplimiento de la presente ley.
5. Los demás que se deriven de la Constitución o de la presente ley.

Este artículo fue declarado exequible por la Corte en la sentencia C-1011 de 2008.

Teniendo en cuenta lo anterior, de no entenderse que el proyecto de ley también involucra a los usuarios se estaría generando una situación de desigualdad violatoria del artículo 13 de la Constitución entre los usuarios de los datos personales comerciales y financieros regidos por la Ley 1266 de 2008 y los usuarios de los otros tipos de datos personales que se registrarán por la nueva ley.

En efecto, a los usuarios de los datos comerciales y financieros sí se les imponen obligaciones legales como las previstas en el artículo 9° de la Ley 1266 de 2008 mientras que los usuarios de otra clase de datos personales no se les exige del cumplimiento de las mismas. Esta discriminación no es justificable constitucionalmente ni existe en los antecedentes del proyecto ninguna razón cierta o válida para justificar el silencio del legislado respecto de los deberes de los usuarios. Adicionalmente, no existe razón jurídica para dar mayor relevancia e importancia al dato comercial y financiero frente a otra clase de dato personal como los datos sobre la salud, la familia, los laborales, los patrimoniales, los sensibles, entre otros.

10. Declarar exequibles los artículos 22 y 23 pero bajo el entendido que en virtud del artículo 15 de la Constitución los usuarios también serán objeto de los trámites y sanciones de que tratan dichos artículos.

Fundamento constitucional de la solicitud:

La razón de esta petición radica en lo que he planteado desde el inicio de este escrito en el sentido que los usuarios son sujetos imprescindibles del tratamiento de los datos personales a la luz del artículo 15 de la Constitución³⁶. Por tal razón, si ellos incumplen sus deberes deben ser objeto de las mismos trámites y sanciones a que se exponen los responsables y encargados del tratamiento.

11. Declarar inexecutable la siguiente parte subrayada del párrafo del artículo 29 del proyecto.

Al expedir certificados judiciales por petición ciudadana, el Departamento Administrativo de Seguridad o quien ejerza esta función, se abstendrá de incluir como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando este haya cumplido su pena o la misma haya prescrito.

Fundamento constitucional de la solicitud:

Las sentencias condenatorias y las providencias judiciales son información pública según lo ha manifestado la propia Corte³⁷. Así las cosas, ¿qué sentido tiene ordenar a una autoridad pública ocultar frente a la sociedad información pública?

Existen muchas razones para eliminar los antecedentes penales de las personas que han

cumplido su pena. Particularmente se destaca el derecho de las personas que han sido condenadas por incurrir en un delito a resocializarse. A no ser discriminados por la sociedad. El punto a discutir es si eliminando los antecedentes penales se logra este cometido. Me parece que no y que ello pone en riesgo los derechos del resto de las personas que no han sido sancionados penalmente.

El principio de proporcionalidad ha sido incorporado desde 1992 en la jurisprudencia de la Corte Constitucional³⁸, la cual, grosso modo, ha recalcado que:

los medios escogidos por el legislador no sólo deben guardar proporcionalidad con los fines buscados por la norma, sino compartir su carácter de legitimidad. El principio de proporcionalidad busca que la medida no solo tenga un fundamento legal, sino *que sea aplicada de tal manera que los intereses jurídicos de otras personas o grupos no se vean afectados*, o que ello suceda en grado mínimo. De esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo indiscriminado de la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración³⁹.

36 Véase a partir de la página 1 la parte titulada *Comentario general sobre el proyecto*.

37 Cfr. Corte Constitucional, C-1011 de 2008, p. 111.

38 En varias oportunidades la Corte Constitucional ha recurrido al principio de proporcionalidad como instrumento para adoptar decisiones en sus fallos y como criterio estructural para la solución de colisiones entre derechos fundamentales. A título de ejemplo consúltense las siguientes sentencias: C-22 de 1996, M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz; C-154/96, M.P.: Dr. Antonio Barrera Carbonell; C-576 de 2004, M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería; C-991 de 2004, M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería; C-1114 de 2001, M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis. T-422 de 1992, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz

39 Corte Constitucional, sentencia T-422 de 1992, M.P.: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Si el Estado quiere resocializar a las personas que han cometido un delito y pagaron su pena, pues se debería eliminar de todo el ordenamiento jurídico aquellas normas que impiden que una persona con antecedentes penales acceda a un cargo público, contrate con el Estado, etc.

En adición a lo anterior, lo subrayado es inconstitucional por las siguientes tres razones:

En primer lugar, la parte subrayada es contraria al artículo 2° de la Constitución según el cual “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares”.

La información es, entre otras, una herramienta de protección de los derechos de los ciudadanos. El acceso a ella le ayuda a tomar varias decisiones que pueden ser vitales para el desarrollo de su vida personal, familiar y profesional.

Si se declara constitucional la norma cuestionada, se estaría impidiendo a la ciudadanía conocer si una persona fue violador, torturador, secuestrador, etc. Así por ejemplo, cuando Luis Alfredo Garavito Cubillos pague su pena, pues al DAS le tocará certificar que no registra antecedentes, ocultando frente a la ciudadanía que se trata de un asesino en serie que confesó “*ser el autor de la muerte de 147 niños en distintas regiones de Colombia*”.

Obligar al DAS a abstenerse de incluir como antecedente penal los registros delictivos del

solicitante cuando este haya cumplido su pena, significa que el DAS en lugar de proteger de eventuales riesgos a la ciudadanía lo que hace es quitarle a la sociedad una herramienta de información que puede ser útil para la defensa de la vida y los bienes de las personas.

En segundo lugar, la parte subrayada es contraria al artículo 20 de la Constitución según el cual se garantiza la libertad de “informar y recibir información veraz e imparcial”.

Si el DAS no incluye como antecedente penal los registros delictivos del solicitante cuando este haya cumplido su pena, dicha entidad no estaría suministrando a la ciudadanía información veraz porque omite dar a conocer los antecedentes penales de una persona.

En un país sin memoria, la información sobre los antecedentes penales debe ser veraz y completa para que cualquier ciudadano se entere fácil y oportunamente quién es la persona que, por ejemplo, va a contratar para que trabaje en un colegio, una guardería, en su oficina o en su casa, etc. No debe equipararse esta situación con el “derecho al olvido” que construyó jurisprudencialmente la Corte con ocasión de los deudores morosos de obligaciones dinerarias.

En tercer lugar, la parte subrayada es contraria al artículo 13 de la Constitución porque da el mismo trato a todas las personas que fueron condenadas por incurrir en un delito.

No se debe generalizar ni dar a todas las personas el mismo trato respecto de la eliminación de sus antecedentes penales. Es conveniente

establecer situaciones en las que la eliminación de dicha información no es inmediata y otras en las que no es procedente. Hay delitos de delitos y delincuentes de delincuentes. En unos casos si es sensato borrar esa información pero en otros no.

Así como para la imposición de una pena o medida de seguridad se deben observar, entre otros, los principios de proporcionalidad y razonabilidad, lo propio debe suceder con el tratamiento de los datos personales sobre antecedente penales.

El derecho a la igualdad “real y efectiva” establecido en el citado artículo 13 de la Constitución Nacional es incompatible con reglas formales, abstractas y únicas como la del proyecto que desconocen situaciones reales, concretas y diferentes. Borrar los antecedentes penales una vez se cumple la pena es inconstitucional porque trata de manera igual y desproporcional situaciones sustancialmente diferentes sobre las personas que ha cometido diferentes conductas penales. Sobre este punto destacamos el siguiente aparte de la sentencia T-631 de 1999:

Esta Corporación mediante sentencia, manifestó respecto al derecho a la igualdad que, no se trata de instituir una equiparación o igualdad matemática y ciega, que disponga exactamente lo mismo para todos, sin importar las diferencias fácticas entre las situaciones jurídicas objeto de consideración. Si no que por el contrario, dichas circunstancias, según su magnitud y características, ameritan distinciones y grados en el trato, así como disposiciones variables y adaptadas a los casos específicos.

La norma como está redacta da el mismo trato, por ejemplo, a un violador de niños y niñas o a un secuestrador o un homicida doloso que a una persona que ha incurrido en lesiones personales culposas.

12 Declarar inexecutable la siguiente parte subrayada del párrafo del artículo 30 del proyecto

Parágrafo. El servidor público que decida ampararse en la reserva legal para no suministrar información a un titular, deberá hacerlo motivadamente, señalando la razonabilidad y proporcionalidad de su decisión al requirente. En cualquier caso, frente a las decisiones señaladas procederán los recursos y acciones legales y constitucionales pertinentes.

No se podrá oponer la reserva legal a los requerimientos de los jueces y otras autoridades competentes.

Fundamento constitucional de la solicitud:

Tal y como se ha planteado en este escrito, el artículo 15 de la Constitución consagra el derecho de toda persona 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”.

El párrafo en cuestión abre la posibilidad de impedir al titular del dato su derecho constitucional de conocer la información que sobre él exista en las bases de datos de inteligencia y contrainteligencia amparándose en la reserva legal. Esto es abiertamente inconstitucional respecto del derecho previsto en la norma precitada la cual permite, sin excepción alguna, que

cualquier persona pueda conocer la información que sobre ella reposa en cualquier base de datos o archivo de entidades

Este artículo parte, en mi concepto, de un error sobre lo que significa la reserva legal. Esta institución se instituyó para evitar que terceros accedan a información reservada de otras personas pero en ningún caso para que el titular del dato acceda a su información personal catalogada como privada o reservada por la ley. Con dicho argumento se llegaría a situaciones absurdas como la de impedir que un paciente de una clínica pueda acceder a conocer su historia clínica porque es un “documento privado sometido a reserva” por mandato del artículo 34 de la ley 23 de 1981.

Sobre este punto vale la pena traer a colación lo planteado por la Corte Constitucional en la sentencia T-1135 de 2008: “la Sala Segunda de Revisión reitera que el derecho al habeas data faculta al titular de este derecho a conocer la información recogida sobre ella en bancos de datos o archivos, ya se trate de entidades públicas o privadas. Si bien es razonable que exista reserva sobre cierto tipo de información personal frente a terceros, *tal confidencialidad no es opo- nible al titular de la misma*”⁴⁰[cursivas del autor]

13. Declarar exequible el artículo 33 del proyecto pero bajo el entendido que las disposiciones de los literales a), b), c), d) y f) del artículo

40 Esta aclaración de la Corte también fue realizada en la sentencia T-1067 de 2007. “En relación con la protección del derecho al habeas data de la población desplazada, en la sentencia T- 1067 de 2007, la Corte reiteró que se violaba el este derecho al oponer la reserva de la información que reposa en el Registro Único de Población Desplazada a sus titulares y negarse a expedir la certificación solicitada” (T-1135 de 2008).

2° del proyecto deben, en todo caso, observar, respetar y garantizar los elementos del núcleo esencial de los derechos constitucionales fundamentales del habeas data, la protección de datos personales y el tratamiento debido de datos personales consagrados en el artículo 15 de la Constitución de 1991.

Fundamento constitucional de la solicitud:

Según el artículo 33 del proyecto, la futura ley “*deroga todas las disposiciones que le sean contrarias a excepción de aquellas contempladas en el artículo segundo*”. Dichas excepciones son las previstas en los literales a) a f) del artículo 2°. Dentro de esos literales sólo uno se encuentra ajustado a los mandatos constitucionales de 1991 y la jurisprudencia pertinente. En efecto, el literal e) se refiere a las bases de datos y archivos sobre información comercial y financiera regulado por la Ley 1266 de 2008 y las múltiples salvedades que realizó la Corte en la sentencia C-1011 de 2008.

No sucede lo mismo en las otras situaciones las cuales deben ajustarse a la Constitución lo cual no se efectuaría si simplemente se establece que esas normas no son derogadas como lo hace el artículo 33 del proyecto.

Una de las novedades de la Constitución de 1991 frente a las constituciones que le precedieron fue precisamente la consagración por primera vez del habeas data, la protección constitucional de los datos personales y la exigencia de un tratamiento debido de los datos personales. Esta novedad constitucional en la historia colombiana implica una revisión y replantea-

miento de todas las normas que se refieran a los datos personales. Por eso no es suficiente que vía el artículo 33 del proyecto se dejen vigentes e intactas una serie de disposiciones que por el

sólo hecho de ser especiales o particulares, no deben excluirse de estar a tono con los nuevos mandatos constitucionales y jurisprudenciales sobre el tratamiento de los datos personales.