

**Documento GECTI No 11**

Noviembre 24 de 2010

NELSON REMOLINA ANGARITA<sup>1</sup>

**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.

**Objetivo del presente documento**

Presentar ante el Senado de la República de Colombia algunas propuestas y reflexiones para mejorar el proyecto de ley estatutaria 46 de 2010 Cámara "*Por el cual se dictan disposiciones generales para la disposición de datos personales*".

Estas proposiciones se realizan con miras a que las colombianas y colombianos cuenten con un marco legal y con mecanismos efectivos que garantice un nivel adecuado de protección de sus datos personales cuando son recolectados, almacenados o utilizados (tratamiento de datos personales) por terceros.

Previamente es importante tener presente lo siguiente:

**A. La regulación del núcleo fundamental del habeas data y la protección de datos personales debe realizarse mediante ley estatutaria y no por medio de decretos o leyes ordinarias.**

Aunque suene obvio, por ser un mandato constitucional claro y explícito, resulta necesario recalcar que la ley estatutaria es la única vía constitucionalmente prevista

---

<sup>1</sup> 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/>  
Las opiniones expresadas en este documento sólo comprometen a su autor y no a la Universidad de los Andes ni a los miembros del GECTI.

para regular el derecho fundamental de la protección de datos personales. Esta no es una cuestión que se pueda reglamentar a través de otros mecanismos<sup>2</sup>.

Esta afirmación ya ha sido corroborada y reiterada en varias ocasiones por la Corte Constitucional constituyéndose en cosa juzgada constitucional. En efecto, mediante sentencia C-384 de 2000 con ponencia del doctor Vladimiro Naranjo Mesa y bajo el subtítulo “7.4.1 El derecho fundamental de habeas data y la reserva de ley estatutaria”, la Corte precisó lo siguiente.

*“27. Dispone el artículo 152 de la Constitución Política, que mediante las leyes estatutarias el Congreso de la República regulará, entre otros temas, el correspondiente a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los procedimientos y recursos para su protección.*

*(...)*

*“28. El derecho de habeas data, definido por el artículo 15 de la Carta, consiste en la facultad que tiene cada persona para “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.” La ubicación de la precitada norma en el Capítulo Primero del Libro Segundo de la Carta, correspondiente a los “derechos fundamentales”, no deja duda acerca de la categoría de tal reconocida al derecho en referencia. Respecto de su protección, el constituyente indicó adicionalmente que “(e)n la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución”.*

*(...)*

*“La regulación de aspectos inherentes al ejercicio mismo de los derechos y primordialmente la que signifique consagración de límites, restricciones, excepciones y prohibiciones, en cuya virtud se afecte el núcleo esencial de los mismos, únicamente procede, en términos constitucionales, mediante el trámite de ley estatutaria.” (Subrayamos)*

En ese mismo año, mediante sentencia C-729 de 2000 se precisó que “Cuando se establecen reglas atinentes a los alcances, o a las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, el legislador está sometido a la llamada reserva de ley estatutaria, en la medida en que ella constituye una garantía constitucional a favor de los ciudadanos. En particular, refiriéndose al habeas data, cuando se regulen las facultades de los particulares de conocer, actualizar o rectificar informaciones que sobre ellos se encuentren en cualquier base de datos, el trámite correspondiente a tal regulación es el de las leyes estatutarias.” (Subrayamos)

Dado el contenido del proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes no queda duda que el mismo regula el núcleo fundamental del derecho al habeas data y

<sup>2</sup> Este aspecto es necesario tratarlo en este documento porque existen personas que consideran que la regulación del núcleo fundamental del habeas data debe hacerse mediante decreto o ley ordinaria.

la protección de datos personales para el tratamiento de cualquier dato personal (salvo el comercial y financiero que se rige por la ley 1266 de 2008). Por eso, es este caso la ley estatutaria es la vía correcta para lograr dicho cometido.

## **B. Necesidad de expedir una nueva ley estatutaria sobre protección de datos personales.**

Es crucial aprobar una nueva ley estatutaria porque el marco jurídico actual es insuficiente para considerar que en nuestro país se garantiza un nivel adecuado de protección de datos personales. Sobre este tema realizamos un estudio que corrobora la anterior afirmación<sup>3</sup>.

El GECTI publicó en 2005 una serie de documentos sobre la materia que propone muchos elementos para tener presente en la regulación sobre el particular. Por su importancia y dada la coyuntura actual nos remitimos a los mismos, los cuales hacen parte integral del presente texto<sup>4</sup>.

## **C. Propuestas de modificaciones al proyecto aprobado por la Cámara de Representantes.**

Previas las anteriores consideraciones, a continuación presentamos y justificamos nuestras solicitudes respecto del texto incluido en el informe de ponencia para segundo debate ante la Honorable Cámara de Representantes, resaltando que el proyecto de ley es positivo para el país y por ende debería ser aprobado.

Las siguientes sugerencias se realizarán teniendo en cuenta la enumeración del articulado del proyecto aprobado en la Plenaria de la citada Cámara:

---

<sup>3</sup> Cfr. "Nelson Remolina-Angarita, *¿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)" Consúltese en: <http://www.habeasdata.org.co/2010/08/05/nivel-adecuado-de-proteccion-de-datos-personales-a-la-luz-del-estandar-europeo/>

<sup>4</sup> Consúltese en: <http://www.habeasdata.org.co/2010/11/23/documentos-gecti-sobre-proteccion-de-datos-personales/>

**1. MODIFICACIONES AL ARTÍCULO 4 DEL PROYECTO (Principios):**

**Incluir lo que se subraya a continuación en el artículo 4:**

*“b) **Principio de finalidad y proporcionalidad:** El Tratamiento debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la Ley, la cual debe ser informada al Titular. 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.*

*El tratamiento de datos personales deberá circunscribirse a aquellos que resulten adecuados, relevantes y no excesivos en relación con la finalidad del tratamiento autorizado por el titular o la ley.”*

*“f) **Principio de acceso, uso y circulación restringida:** El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los mismos, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular o por las personas previstas en la presente Ley. De igual forma, los datos personales únicamente pueden utilizarse para los fines autorizados por el titular o la ley.*

*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.”*

**Justificación:**

1. Estos principios adicionales hacen parte de los “estándares internacionales sobre protección de datos personales y privacidad”, aprobados, entre otros en la Resolución de Madrid de 2009 (anexo)

2. Esos principios también han sido establecidos en la Jurisprudencia de la Corte Constitucional como fundamentales para dar un tratamiento debido a los datos personales. Específicamente éstos se sintetizaron y aglutinaron en la sentencia C-1011 de 2008, cuya parte pertinente transcribimos:

- *“El principio de necesidad implica que la información personal concernida debe ser aquella estrictamente necesaria para el cumplimiento de los fines de la base de datos. Esta previsión trae como consecuencia que se encuentre prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden una relación estrecha con el objetivo de la base de datos. Adicionalmente y de manera lógica, el principio de necesidad también contrae la obligación que cada base de datos identifique de manera clara, expresa y suficiente, cuál es el propósito de la recolección y tratamiento de la información personal.”*

- *“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”.*

## **2. ADICIONAR ARTÍCULO NUEVO ESTABLECIENDO DEBERES A LOS USUARIOS DE LOS DATOS PERSONALES.**

**Incluir el siguiente artículo:**

*“Artículo nuevo. Deberes de los usuarios de datos personales. Sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones contenidas en la presente ley y demás que rijan su actividad, los usuarios de datos personales deberán:*

- 1. Guardar reserva sobre los datos personales que le sean suministrados por el responsable o encargado del tratamiento*
- 2. Utilizar la información únicamente para los fines autorizados por el titular o por la ley*
- 3. Informar al titular del dato personal, a su solicitud, sobre la utilización que le está dando a la información*
- 4. Adoptar medidas para proteger la información de manera que se impida su deterioro, pérdida, alteración, acceso o uso no autorizado o fraudulento.*
- 5. Cumplir las instrucciones que imparta la Autoridad de Protección de Datos.”*

Nota: Este artículo podría ser el 19, luego de las obligaciones de los encargados del tratamiento.

**Justificación:** El proyecto de ley deja por fuera un eslabón crucial en el tratamiento de datos personales como lo son los usuarios de la información. Sobre éstos el artículo 9 de la ley 1266 prevé obligaciones para el caso del dato comercial y financiero. No existe razón para eximir a los usuarios de los otros tipos de datos personales de estos deberes.

El artículo 15 de la Constitución menciona el tratamiento de datos, el cual comprende el uso que se haga de los mismos tal y como se reconoce en el literal g) del artículo 3 del proyecto.

Poco se avanza si únicamente se exigen obligaciones a quienes tienen o administran la información (responsable o encargado del tratamiento) si se deja por fuera a quienes utilizarán los datos personales. Los usuarios no pueden hacer lo que quieran con dicha

clase de datos porque con ello comprometen o lesionan los derechos y libertades de los titulares.

Nótese como en el artículo 22 del proyecto se menciona al usuario del dato personal como sujeto de la Autoridad de Control, pero en ningún lado se explicitan sus obligaciones particulares.

En síntesis, es necesario incorporar el artículo propuesto y mantener a los usuarios como sujetos eventualmente sancionables por parte de la Autoridad de Protección de Datos.

### **3. EL DEBER DE SOLICITAR COLABORACIÓN INTERNACIONAL TAMBIÉN DEBE SER UNA TAREA DE LA AUTORIDAD DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.**

**Justificación:** En el literal J) del artículo 18 se consagra como deber del encargado del tratamiento el *“requerir colaboración de entidades internacionales o extranjeras cuando se afecten los derechos de los titulares fuera del territorio colombiano con ocasión, entre otros, de la recolección de datos personales”*

Esto está bien pero debe ser ante todo una función de la Autoridad de Protección de Datos Personales para procurar proteger los datos de los colombianos y las colombianas que son tratados indebidamente en el exterior<sup>5</sup>. Por eso, se sugiere adicionar dicho literal al artículo 21 del proyecto (Funciones).

### **4. NO REPETIR ERRORES DE LA LEY 1266 DE 2008.**

Es importante que en esta ley no se repliquen disposiciones devastadoras para el ciudadano como las siguientes que se implantaron en la ley 1266 de 2008:

- Autorizar cobrarle al ciudadano por conocer sus propios datos personales y ejercer el habeas data (Parágrafo 2 del artículo 10 de la ley 1266)
- Fijar reglas de transferencia internacional que no dan garantías al ciudadano sobre el tratamiento de sus datos en el exterior (Literal f del artículo 5 de la ley 1266)
- Crear mecanismos de peticiones, consultas y reclamos mas dispendiosos en el tiempo que en últimas abren las puertas para demorar “injustificadamente” la efectividad de los derechos de los titulares de datos personales. Los términos de la ley 1266 de 2008 no tienen presentación frente a bases de datos

<sup>5</sup> Sobre este aspecto véase: Remolina Angarita, Nelson. *Captura internacional de datos en Internet, un elemento que pone a prueba la capacidad de los estados*. Publicado en *Ámbito Jurídico* (31 mayo al 13 de junio de 2010), pág. 14. Disponible en: <http://www.habeasdata.org.co>

sistematizadas que pueden generar la información de inmediato. (Artículo 16 de la ley 1266)

Los términos del proyecto para estas cuestiones debería reducirse a una tercera parte de lo propuesto.

## **5. NECESIDAD DE AUTORIDAD DE CONTROL INDEPENDIENTE Y DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS IMPARCIALES EN EL CUMPLIMIENTO DE LA LEY.**

Es necesario que el Senado de la República incorpore mayores elementos que nos permitan contar con una autoridad de control de protección de datos personales que sea AUTÓNOMA, INDEPENDIENTE, TÉCNICA Y CON SUFICIENTES RECURSOS HUMANOS Y ECONÓMICOS PARA QUE CUMPLA SU COMETIDO<sup>6</sup>.

Es importante que quien cumpla esta gestión cumpla los siguientes requisitos:

- No ser un funcionario de libre nombramiento y remoción. Debe tener un período fijo para cumplir sus funciones. Nótese que a este funcionario también le corresponderá controlar las bases de datos del Estado y si su gestión molesta, incomoda o compromete otros funcionarios públicos pues seguramente será removido de su cargo. En estas situaciones se evidencia que la facultad de libre “remoción” no deja que el funcionario sea “libre” en su actuar.
- También es clave que dicho funcionario no haya tenido vínculos profesionales previos (como asesor jurídico -directamente o a través de su oficina de consultoría-) con empresas encargadas de tratamiento de datos personales. No deber existir ningún manto de duda sobre la imparcialidad del funcionario en su actuar respecto de las investigaciones a su cargo, en las instrucciones que imparta y en las iniciativas regulatorias que lleguen a su Despacho sobre todo lo atinente a protección de datos personales y habeas data.

Si el funcionario se declara impedido –como debe ser- frente a investigaciones frente a sus “ex clientes”, igual sigue siendo la cabeza de una entidad y eso es suficiente para influir en las decisiones. Pero esto también incide en las demás funciones a cargo de la entidad de control como la reglamentación y en general las instrucciones que internamente se da a los funcionarios subalternos sobre todo lo atinente a las funciones que le impone la ley.

---

<sup>6</sup> Mayor detalle sobre este aspecto puede consultarse en el documento GECTI No 3 del 21 de julio de 2005 titulado “Necesidad de crear una autoridad de protección de datos personales de los colombianos”. Documento contenido en “Documentos GECTI sobre habeas data y la protección de datos personales”. Universidad de los Andes, Bogotá, octubre 20 de 2005.

**La efectividad de los derechos de los titulares de los datos personales es el tema de los temas. Es un aspecto enorme y de fondo que no debe maquillarse ni menospreciarse.** Si no tenemos una autoridad de control verdaderamente imparcial y eficiente pues no sólo lograremos sumar otra frustración ciudadana sino que se expone al país a que no adquiera un nivel adecuado de protección de datos personales en perjuicio de todas y todos los colombianos.

Aún en el caso que Colombia logre el “nivel adecuado”, lo más grave es dejar a los ciudadanos sin una autoridad de control independiente y sin mecanismos efectivos para garantizar sus derechos para exigir un tratamiento debido de sus datos personales. Recientemente en otro país latinoamericano se han elevado voces de protesta por la pérdida de tiempo y dinero que significa no tener una autoridad de control como la que exigimos en este documento.

Poco se gana con expedir una norma si no se prevén mecanismos eficaces para su cumplimiento. **Este aspecto es el combustible de una buena protección de los derechos de las colombianas y los colombianos.** En este aspecto una autoridad de control eficiente e independiente es vital.