

PROYECTO DE LEY _____ DE _____ - SENADO

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

El Congreso de Colombia

DECRETA:

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

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

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

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

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

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

Artículo 4. Vigencia. La presente ley rige a partir de su promulgación.

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

EXPOSICION DE MOTIVOS¹

INTRODUCCIÓN

El Congreso de Colombia aprobó la ley estatutaria 1581 de 2012 “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, la cual tiene como objetivo *“desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma”*. Esta ley fue revisada integralmente por la Corte Constitucional² quien la encontró, salvo algunos aspectos, consistente con nuestra Carta Política de 1991.

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

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

Reitera la SIC que *“el ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012 (sic), se circunscribe al tratamiento de datos personales efectuados en el territorio Colombiano, luego esta*

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

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

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

Superintendencia de Industria y Comercio no tiene competencia respecto del tratamiento de la información personal registrada en la página de www. Facebook.com, por cuanto dicha compañía en la actualidad no tiene domicilio en Colombia". (Subrayamos)

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

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

Aunque el campo de acción de internet desborda las fronteras nacionales, para la Corte el nuevo escenario tecnológico y las actividades en internet no se sustraen del respeto de los mandatos constitucionales⁴. Por eso, concluye dicha entidad que ***"en Internet,(...), puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado "ciberespacio" también debe velar el juez constitucional"***. Recalca dicha Corporación que ***"nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales"***⁵. (Negrilla ausente en el original)

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

OBJETO DEL PROYECTO:

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

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

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

1. Proteger los derechos de las personas respecto del tratamiento indebido de sus datos personales cuando su información es recolectada, almacenada o usada por parte de personas u organizaciones que no residen ni están domiciliadas en la República de Colombia.
2. Evitar que internet se convierta en un escenario de impunidad de tratamiento de datos personales o en un paraíso informático para que algunas personas se aprovechen del hecho de no estar domiciliados en Colombia para vulnerar los derechos de las colombianas y de los colombianos en cuanto al tratamiento de sus datos personales.
3. Facultar explícitamente a la autoridad colombiana de protección de datos pueda realizar cualquier gestión contra Responsables o Encargados ubicados en otros países que desde los mismos desconoce los derechos o realizan tratamientos indebidos de los datos personales de colombianas y colombianos o de extranjeros domiciliados o ubicados en nuestro país.
4. Exigir el respeto de la regulación colombiana por parte de personas que desde el exterior y a través de internet recolectan, usan y explotan los datos personales de nuestros ciudadanos.
5. Impedir que las políticas internas de las empresas ubicadas fuera de Colombia reemplacen la legislación colombiana y se conviertan en la norma que rige el respeto de los derechos constitucionales fundamentales de las colombianas y los colombianos.

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

Durante sus primeros 23 años de jurisprudencia la Corte Constitucional replicó el pluralismo terminológico internacional existente sobre el derecho al debido tratamiento de datos personales al nominarlo mayoritariamente “derecho al habeas data”⁶ como sinónimo de autodeterminación informática⁷ o informativa⁸ y como el “derecho a la protección de datos”⁹. En 2014, por ejemplo, la Corte reiteró que partir del artículo 15 de

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, T-848 de 2008

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, T-947 de 2008

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

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

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

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, T-987 de 2012

²⁰ Cfr. Corte Constitucional, T-684 de 2006

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

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

Internet, por su parte, es una red global, abierta y de fácil acceso por parte de personas ubicadas en cualquier parte del mundo. Tal y como lo sostiene una investigación doctoral reciente, a internet *“se le conoce como la red de redes al estar integrada por millones de redes de cómputo conectadas o vinculadas entre sí que, prácticamente, permiten acceder, como nunca antes, a ingentes cantidades de información. Se ha planteado que internet es*

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

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

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

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

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

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

la “red mundial que permite interconectar el mundo entero”²⁷ en la cual pueden conectarse todas las computadoras y dispositivos móviles del mundo para poner de presente su campo de acción universal y la naturaleza internacional de muchas de las actividades que suceden en internet.”²⁸

En noviembre de 2013, la ONU con ocasión de la expedición de la Resolución sobre “El derecho a la privacidad en la era digital” destacó que *“el rápido ritmo del desarrollo tecnológico permite a las personas de todo el mundo utilizar las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones y, al mismo tiempo, incrementa la capacidad de los gobiernos, las empresas y las personas de llevar a cabo actividades de vigilancia, interceptación y recopilación de datos”²⁹*. Nótese como en el lenguaje de la ONU se pone de presente como “las personas” (no sólo los gobiernos y las empresas) pueden llevar a cabo, entre otras, la recopilación de datos. En la resolución la ONU también dejó constancia sobre la *“interceptación extraterritoriales de las comunicaciones y la recopilación de datos personales”³⁰* y que **“los derechos de las personas también deben estar protegidos en Internet”³¹** (Destacamos)

Ahora bien, la magnitud de la recolección internacional de datos también es significativa porque existen muchos caminos tecnológicos a los que pueden acudir los recolectores para recoger datos en la red. En efecto, es prácticamente inevitable que cuando una persona realiza una actividad en internet (visita de una página web, lectura de un periódico, compra de un tiquete, etc.) alguien esté recolectando sus datos.³² Según

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

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

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

³⁰ *Ibíd.*, p. 2.

³¹ *Ibíd.*, p.3.

³² En 1999 ya se afirmaba que *“es casi imposible utilizar Internet sin verse confrontado con una serie de hechos que invaden nuestra vida privada y que llevan a cabo todo tipo de operaciones de tratamiento de datos personales de manera invisible para el interesado. En otras palabras, el usuario de Internet no es consciente de que sus datos personales se han recopilado y, posteriormente, tratado y podrían usarse con intenciones que le son desconocidas. El interesado no conoce el tratamiento y no es libre para decidir sobre el particular”* (GRUPO DE PROTECCION DE DATOS DEL ARTICULO 29. 1999. Recomendación 1/99 sobre el tratamiento invisible y automático de datos personales en Internet efectuado por software y hardware. (5093/98/ES/final. WP 17), <http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17es.pdf>. , recuperado: 3 de enero de 2013. p 4)

Roldán, "internet (...) hace posible tener información al instante y también, como sombra que le sigue, robarla, abusar de ella, etc."³³.

Internet es un instrumento poderoso de obtención de datos personales³⁴ y una fuente pública donde encontramos mucha información sobre las personas. Respecto de este último punto, no debe perderse de vista que internet también es una mega base de datos en donde cualquier persona puede recabar datos de terceros sin que éstos intervengan en dicha actividad. En este sentido, se ha indicado que "los datos originados en la web o web data prácticamente corresponden a todos los datos que se han originado a lo largo de la historia de la computación. En efecto, aquí se encuentran los hipervínculos entre páginas web y sus contenidos, que pueden ser imágenes, sonidos, vídeos, texto libre, etc. A ello se suman los datos acerca de la navegación del usuario en los sitios que visita, específicamente la IP desde dónde accedió, el tipo de navegador utilizado y los contenidos a que ha accedido"³⁵.

Los motores de búsqueda facilitan la recolección de datos a tal punto que se ha afirmado que "el advenimiento de los primeros buscadores de información en la web ocasionó un quiebre en la forma en que se puede acceder al conocimiento universal y, en particular, a cualquier dato que sea publicado en un sitio"³⁶. Piénsese, por ejemplo, cuando a través de Google se coloca el nombre de cualquier persona y automáticamente

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

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

en las que se establece un marco normativo que regula el tratamiento de la información de carácter personal" (GRUPO DE PROTECCION DE DATOS DEL ARTÍCULO 29. 1997. Recomendación 3/97. Anonimato en Internet. (XV D/5022/97 ES final. WP 6), http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/1997/wp6_es.pdf. , recuperado: 3 de enero de 2013. p 4

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

³⁶ *Ibíd.*, p. 18.

aparece un sinnúmero de diferente información sobre la misma como fotos, artículos publicados, grupos a que pertenece, formación académica, lugar de trabajo, etc.

El acceso sencillo a internet facilita la recolección internacional de datos. Prácticamente cualquier persona del mundo que cuente con el mismo, podría emplear internet para recoger información sobre las personas. En este sentido Gómez indica que las *“singulares características de internet”, “la convierten en campo abonado para la ejecución de conductas que, de otro modo, no encontrarían tantas facilidades para escapar a todo control”*³⁷. Si bien la doctrina normalmente atribuye a las organizaciones³⁸ la capacidad de recolectar datos personales, no debe olvidarse que hoy en día cualquier persona que tenga acceso a internet cuenta con la capacidad de realizar dicha actividad. Por lo tanto, unos (las organizaciones) y otros (las personas con acceso a internet) son potenciales recolectores internacionales de los datos en comento.

La recolección de datos en internet puede realizarse mediante muchos otros instrumentos técnicos. Precisa Jeimy Cano que *“recolectar datos en internet es una actividad que se puede hacer de múltiples formas conocidas, algunas pueden ser consentidas y otras no. Algunas de ellas en general son las formas HTML”*³⁹, *cookies*⁴⁰,

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

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

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

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

*spyware*⁴¹, *phishing*⁴², *el código malicioso (virus, gusanos)*, en general cualquier medio o forma de interacción con el usuario a través de una interfase hombre-máquina es susceptible de adaptarse para recolectar datos”⁴³. Las cookies, por ejemplo, han sido catalogadas como “la principal tecnología de rastreo utilizada para controlar a los usuarios en internet (...)”⁴⁴. Lo anterior ha sido corroborado en un estudio de 2015 coordinado por varias autoridades europeas de privacidad y telecomunicaciones que muestra la realidad y la dimensión del uso de las cookies en varias de las páginas web más consultadas por los las personas⁴⁵. En 478 sitios web analizados se encontró que se habían instalado 16.555 cookies, es decir 34.6 cookies en promedio por cada sitio web.

En síntesis, en Internet se puede recolectar información de personas de cualquier parte del mundo a través de diferentes medios tecnológicos visibles e invisibles, conocidos o no por los titulares de los datos personales. Esta captura de información técnicamente puede efectuarse con o sin la autorización previa de la persona concernida por parte de

http://www.sitiosespana.com/webmasters/diccionario_tecnico.htm, recuperado 30 de junio de 2010. Usualmente las cookies se utilizan para recolectar información sobre los hábitos de navegación del usuario

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

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

⁴³ Este fragmento fue tomado de la respuesta escrita del 30 de junio de 2010 del profesor Jeimy Cano Martínez respecto de una consulta formulada por Nelson Remolina Angarita sobre las formas de recolectar datos en Internet. Cano Martínez es Ingeniero y Magister en Ingeniería de Sistemas y Computación de la Universidad de los Andes. Ph.D en Administración de Negocios de Newport University, California en los Estados Unidos. Autor de los libros: Computación forense. Descubriendo los rastros informáticos publicado por AlfaOmega en 2009; El peritaje informático y la evidencia digital en Colombia publicado por Ediciones Uniandes en 2010; Inseguridad de la información: una visión estratégica, Ed Alfaomega, 2013

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

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

sujetos domiciliados en cualquier país sobre los cuales, las autoridades del país de origen del titular de dato, pueden o no tener competencia para investigar cualquier eventual infracción realizada por el recolector de la información.

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

Según Internet World Stats, de diciembre 31 de 2000 a junio 30 de 2014 pasamos de 360,985,492 a 3,035,749,340 usuarios en todo el mundo, dándose un crecimiento equivalente al 741 % durante dicho período.⁴⁶ Latinoamérica y el Caribe paso de tener 18,068,9191 a 320,312,562 usuarios durante esa época, registrando un 1,672.7 % de crecimiento⁴⁷. Como se observa el crecimiento de internet ha sido continuo y significativo.

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

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

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

⁴⁷ Loc. cit.

⁴⁸ Loc. cit.

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

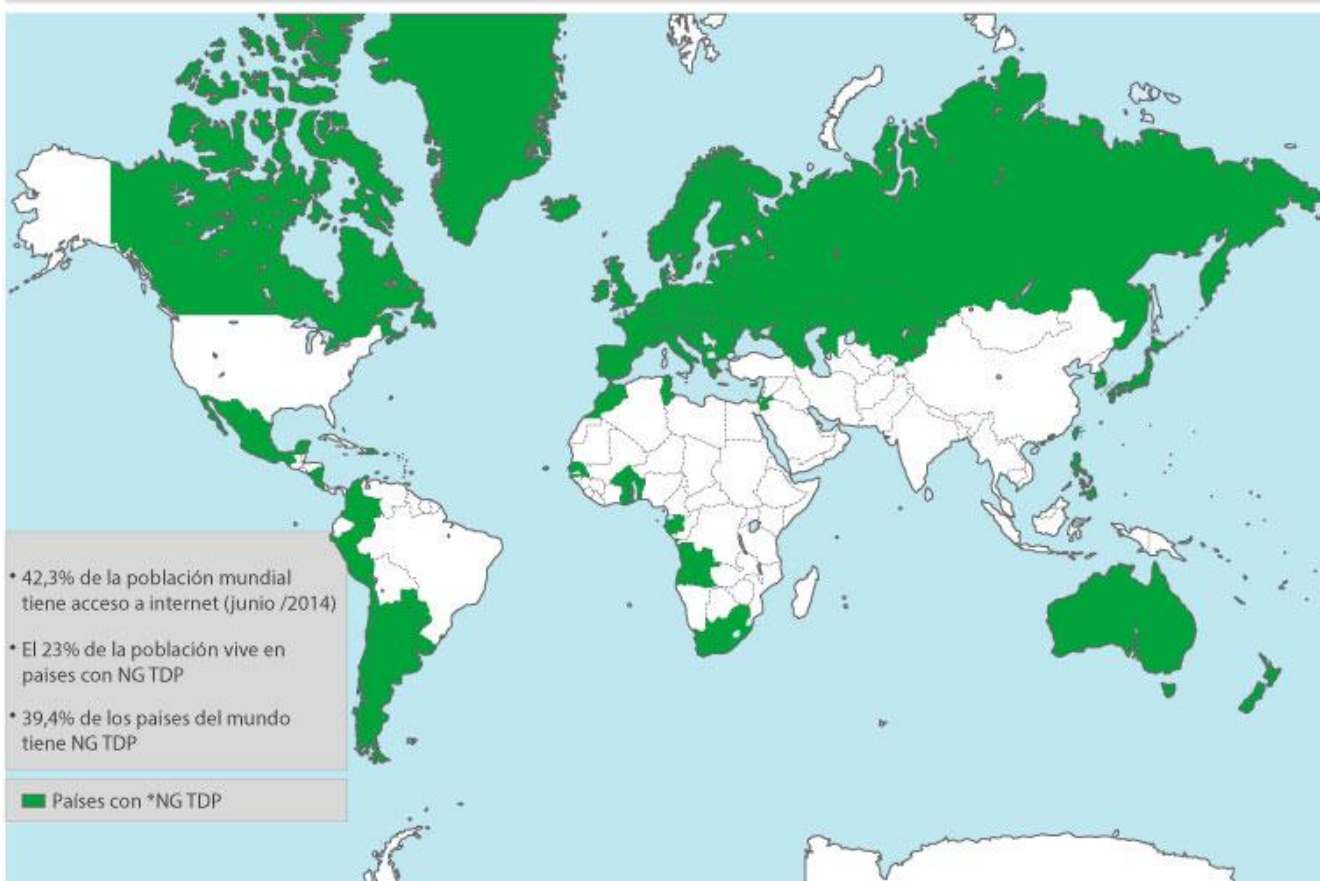
	Población	Acceso a Internet	PRI	Países con NG TDP	Países con AG TDP
Mundo	7,182,406,565	42,3%	3,038,157,976	39.4%	36,01%
África	1,125,721,038	26,5%	298,316,075	20.69%	15.51%
Asia	4,227,996,587	41,5%	1,754,618,583	28%	24%
Europa	825,824,883	70,5%	582,206, 542	96.15%	94.23%
América	966,139,408	70%	676,297,585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

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

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

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

Mapa de Regulación General de datos personales en el mundo



Fuentes Varias: GREENLEAF, 2014; BANISAR, 2014; PRIVACY INTERNATIONAL, 2014; OEA; NYMITY, 2014; IAPP, 2012, DLA PIPER; ICLG, 2014; RIPD; GECTI; OBSERVATORIO CIRO ANGARITA BARÓN y otros. Nelson Remolina Angarita ©, Junio de 2014

*NG TDP: normal general sobre tratamiento de datos personales.

RESULTADOS DE LA ENCUESTA SOBRE PRIVACIDAD Y DATOS PERSONALES (COLOMBIA): LAS COLOMBIANAS Y LOS COLOMBIANOS QUIEREN QUE SUS DERECHOS TAMBIÉN SE PROTEJAN EN INTERNET

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

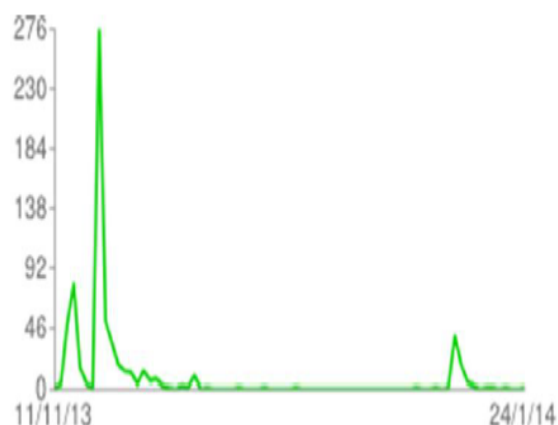
La redacción de las preguntas fue liderada por Pablo Palazzi (Argentina) y acordadas junto con Danilo Doneda (Brasil) y Nelson Remolina (Colombia). La implementación en Colombia estuvo a cargo del Prof. Remolina y los resultados reflejan la opinión de 573 colombianas y

los colombianos que respondieron las preguntas vía internet desde el 11 de noviembre de 2013 hasta el 24 de enero de 2014.

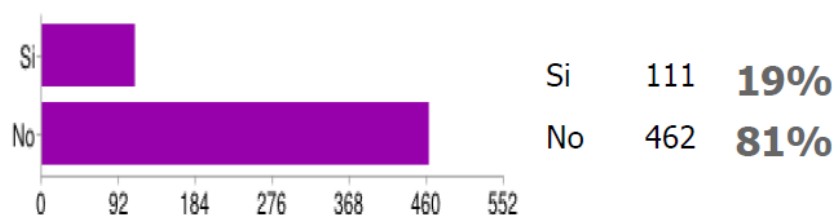
La importancia de esta encuesta radica en que recoge la opinión de las colombianas y los colombianos frente a temas relacionados con el objeto de este proyecto.

Ficha técnica de la encuesta.

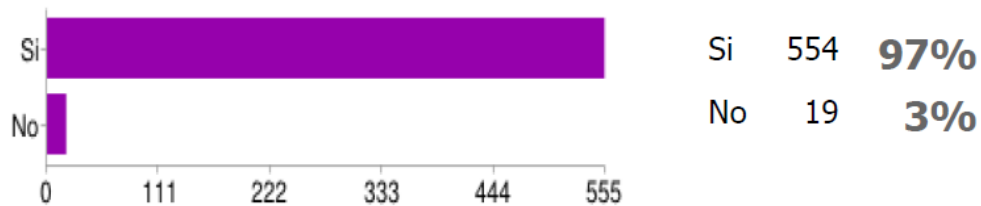
Población objetivo	Colombianos (as)
Cubrimiento geográfico	República de Colombia
Técnica	Encuesta vía página web
Número de respuestas	573
Herramienta utilizada	Google drive
Momento estadístico	11-XI-2013 a 24-I-2014



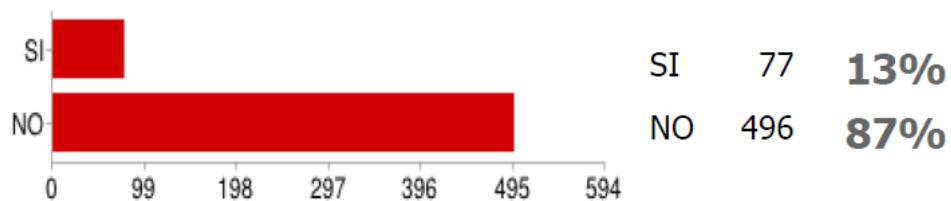
Le gustaría que cada sitio de internet sepa sus intereses de navegación mediante el uso de cookies?



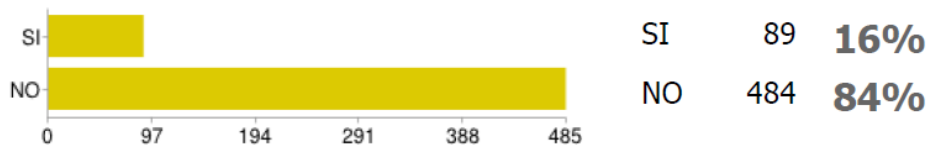
Considera que su consentimiento o autorización es importante para la debida recolección y uso de sus datos personales?



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



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



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

En 2001 la Corte Constitucional de la República de Colombia se pronunció sobre, entre otros, el alcance del ordenamiento constitucional frente a la regulación de materias ligadas al ejercicio de actividades a través de Internet ⁵¹. Aunque el fallo se profiere con ocasión de una norma sobre impuestos⁵², las consideraciones incluidas en el mismo envían mensajes importantes sobre la protección de los derechos de las personas en el ciberespacio o internet.

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

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

⁵² Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 91 de la Ley 633 de 2000 “por la cual se expiden normas en materia tributaria, se dictan disposiciones sobre el tratamiento de los fondos obligatorios para la vivienda de interés social y se introducen normas para establecer las finanzas de la rama judicial”. El texto del artículo demandado dice lo siguiente: “Todas las páginas web y los sitios de internet de origen colombiano que operan en el internet y cuya actividad económica sea de carácter comercial, financiera o de prestación de servicios, deberán inscribirse en el registro mercantil y suministrar a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, DIAN, la información de transacciones económicas en los términos que esta entidad lo requiera”.

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

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

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

Según la Corte, internet es uno de esos avances **“cuyos efectos a nivel transnacional plantea diversos problemas constitucionalmente relevantes”**⁵⁶ porque, entre otras, se trata de una realidad importante en nuestra sociedad sobre la cual las herramientas jurídicas actuales pueden resultar insuficientes. En efecto, para dicha Corporación **“la existencia de una nueva red mundial de comunicaciones y de vías de circulación de información accesibles fácil y directamente al ciudadano para múltiples propósitos (...) a escala global no es una realidad jurídicamente inocua”** y la **“la rapidez con la que evoluciona la tecnología que se emplea en Internet, y al ingenio y creatividad de muchos de sus operadores, los preceptos jurídicos expedidos con el propósito de regular las actividades que se desarrollan por este medio de comunicación pueden resultar inocuos para alcanzar algunas de las finalidades que persiguen”**. Por eso, concluye la Corte, en los caso casos que **“la regulación existente resulte ineficaz para alcanzar los objetivos que orientan su creación, a causa de las novedades técnicas que se presentan” le corresponde a la rama legislativa “tomar las decisiones que cada evento amerite”**⁵⁷. (Negrilla ausente en el original). Teniendo en cuenta lo anterior, este proyecto buscar dar respuesta a algunos retos del derecho y del Estado colombiano para proteger los derechos de nuestros ciudadanos en internet.

A pesar que el campo de acción de internet desborda las fronteras nacionales, para la Corte el nuevo escenario tecnológico y las actividades en internet no se sustraen del respeto de los mandatos constitucionales⁵⁸. Por eso, concluye dicha entidad que **“en Internet,(...), puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías**

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

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

⁵⁶ Loc. cit.

⁵⁷ Loc. cit.

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

expresas por cuyo goce efectivo en el llamado “ciberespacio” también debe velar el juez constitucional”. Recalca dicha Corporación que “nadie podría sostener que, por tratarse de Internet, los usuarios sí pueden sufrir mengua en sus derechos constitucionales”⁵⁹.
(Negrilla ausente en el original)

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

CONTENIDO DEL PROYECTO.

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

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

Artículo 2: Este artículo propone modificar el artículo 2⁶⁰ de la ley 1581 de 2012 que se refiere su ámbito de aplicación, adicionando lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

Artículo 3: Este artículo propone modificar el artículo 21⁶¹ de la ley 1581 de 2012 sobre las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, adicionando lo siguiente:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

PROPOSICIÓN

c) Disponer el bloqueo temporal de los datos cuando, de la solicitud y de las pruebas aportadas por el Titular, se identifique un riesgo cierto de vulneración de sus derechos fundamentales, y dicho bloqueo sea necesario para protegerlos mientras se adopta una decisión definitiva;

d) Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el Tratamiento de datos personales e implementará campañas pedagógicas para capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos;

e) Impartir instrucciones sobre las medidas y procedimientos necesarios para la adecuación de las operaciones de los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento a las disposiciones previstas en la presente ley;

f) Solicitar a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento la información que sea necesaria para el ejercicio efectivo de sus funciones.

g) Proferir las declaraciones de conformidad sobre las transferencias internacionales de datos;

h) Administrar el Registro Nacional Público de Bases de Datos y emitir las órdenes y los actos necesarios para su administración y funcionamiento;

i) Sugerir o recomendar los ajustes, correctivos o adecuaciones a la normatividad que resulten acordes con la evolución tecnológica, informática o comunicacional;

j) Requerir la colaboración de entidades internacionales o extranjeras cuando se afecten los derechos de los Titulares fuera del territorio colombiano con ocasión, entre otras, de la recolección internacional de datos personales;

k) Las demás que le sean asignadas por ley.”

Con base en los anteriores argumentos pongo a consideración de los honorables miembros del Congreso de la República el presente proyecto, con miras a proteger los derechos constitucionales de las colombianas y los colombianos frente al eventual tratamiento de indebido de sus datos personales a través de internet por parte de personas o empresas que se encuentran fuera del territorio colombiano.

De los honorables Congresistas,

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