

**OBSERVACIONES DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO
AL PROYECTO DE LEY ESTATUTARIA 221/07 CÁMARA 027/06 SENADO
ACUMULADO CON EL 05/06 SENADO
“POR LA CUAL SE DICTAN LAS DISPOSICIONES GENERALES DEL HÁBEAS
DATA Y SE REGULA EL MANEJO DE LA INFORMACIÓN FINANCIERA,
CREDITICIA, COMERCIAL Y DE SERVICIOS Y SE DICTAN OTRAS
DISPOSICIONES”**

La Defensoría del Pueblo tuvo ocasión de pronunciarse acerca de esta iniciativa al iniciar su trámite en el Senado de la República. No obstante, dada su aprobación en tercer debate al interior de la Cámara de Representantes el día 8 de mayo, y la persistencia de propuestas que no contribuyen a garantizar la realización del derecho al hábeas data, así como para el desarrollo de actividades comerciales y financieras que supongan el tratamiento de datos personales, considera del caso hacer los siguientes comentarios a la espera de que sean tenidos en cuenta oportunamente.

Lo primero que debe advertir la Defensoría es que se mantiene el esfuerzo legislativo en la regulación del tratamiento de datos de carácter financiero y comercial. La rica jurisprudencia de la Corte Constitucional y la realidad nacional evidencian la necesidad urgente de producir una normatividad que desarrolle la protección de los datos de carácter personal en el ámbito médico, en el área de la actividad de seguros, en las actividades de mercadeo, en las actividades laborales y en cualquier otra forma de tratamiento de datos personales de las personas residentes en el territorio nacional.

En efecto, lo que llama la atención de la iniciativa es aquello que omite: se concentra el esfuerzo en la regulación del dato de contenido económico y no se toca el tratamiento de datos en todos los demás ámbitos de la vida ciudadana, escenarios en los que, como lo evidencia la jurisprudencia y varios sucesos de público conocimiento, la vulneración de los derechos de los titulares puede incluso afectar su supervivencia.

Por otra parte, en la iniciativa se aprecia que los intereses del sector financiero y de los operadores de las centrales de riesgo predominan sobre los de los titulares de los datos personales, como se vislumbra desde el artículo 1, en el cual se introduce una fractura en la técnica legislativa de una ley estatutaria, por cuanto se propone una ley encaminada a la regulación dos derechos fundamentales (art. 1) donde el derecho al hábeas data carece prácticamente de desarrollo, pero el derecho a la información financiera concentra la mayor parte de la normativa.

La posibilidad de que los intereses empresariales resulten favorecidos en desmedro de los intereses de las personas naturales a la protección de sus datos de carácter personal puede resultar de la manera como aparece redactado el artículo 4e) que dispone como principio de interpretación el de la evaluación de los derechos de los

titulares de los datos en “armonía y en un plano de equilibrio con el derecho a la información”, haciendo caso omiso del desequilibrio que existe en las relaciones entre titulares, operadores y fuentes, en las cuales éstas últimas ejercen una posición dominante. No deja de ser exótico, por demás, el contenido del artículo 10 del texto aprobado en la Comisión Primera de la Cámara de Representantes, que más que un contenido regulador de relaciones se traduce en un slogan propagandístico de la actividad de tratamiento de datos para efectos financieros, crediticios, comerciales y de servicios, norma que refuerza aún más, como si fuera necesario, ese desequilibrio entre los dos derechos supuestamente regulados.

Por el contrario, el proyecto en ningún artículo define el contenido del derecho de hábeas data, no explicita los derechos que éste confiere a sus titulares, calla acerca de los caracteres referidos a los derechos de acceso, inclusión, eliminación, oposición, actualización o disociación que la jurisprudencia nacional reconoce a los titulares, pero que además se entienden como garantías inherentes al derecho en los países donde se ha promulgado una legislación referida a la protección de los datos personales.

En este orden de ideas, el título del proyecto, conforme al cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data, no se aviene con su contenido, pues no hay una regulación estatutaria del derecho de hábeas data; más bien se está ante la regulación de la actividad comercial del tratamiento de datos de contenido económico.

OBSERVACIONES PUNTUALES

En concreto, aunque el proyecto mencione en su artículo 2º que la ley se aplica a todos los datos de carácter personal registrados en bancos de datos públicos o privados, resulta evidente que todas las disposiciones giran explícita o tácitamente alrededor del dato de contenido económico.

El artículo 3º, dedicado a las definiciones, no incluye un significado para los bancos de datos por oposición a las bases de datos, ni tampoco para los archivos a los que se refiere el artículo 15 constitucional. No obstante, todas las prescripciones de la iniciativa giran en torno a los bancos de datos u operadores de información, estos sí definidos en el artículo 3c).

En cuanto a los principios que gobiernan el tratamiento de datos, el texto del artículo 4 del proyecto aprobado en tercer debate omite varios principios recogidos y reiterados por la jurisprudencia constitucional, tales como los de libertad, necesidad, utilidad, no discriminación e incorporación, o se modifica el sentido de otros, como sucede con el contenido del principio de caducidad -que en el proyecto se denomina de temporalidad-, el cual se limita a impedir el suministro a terceros de los datos que dejen de servir a la finalidad del banco de datos pero no proscriben la conservación de tales datos, como debería corresponder en estricto sentido.

Al inicio de este texto ya se comentaba la discrepancia de la propuesta normativa relativa al principio de interpretación integral de los derechos constitucionales con el supuesto equilibrio que rige las relaciones entre titulares de los datos y entidades financieras y centrales de riesgo (art. 4e).

Por otra parte, el principio de finalidad, según la literalidad del proyecto, anuncia que hay datos respecto de los cuales no es necesaria la autorización para el tratamiento de los titulares de los datos (art. 4b), lo cual es expuesto más tarde por el párrafo del artículo 6-1, conforme al cual el dato financiero y crediticio se exceptúa de la regla del consentimiento previo que se plantea para el tratamiento de datos semiprivados y privados. No parecería necesario advertir que la jurisprudencia de la Corte ha sido monolítica y reiterada en cuanto a exigir, respecto del dato de contenido económico, la previa autorización para el tratamiento por parte de su titular, regla que el proyecto ignora.

En este mismo párrafo objeto de comentario aparece uno de los resquicios más peligrosos que deja el proyecto: permite el tratamiento de datos privados –aquellos que por su naturaleza íntima o reservada sólo interesan al titular- con la única exigencia del consentimiento, sin sentar ninguna regla adicional, limitación ni control al respecto en ningún aparte del texto, y calla totalmente respecto del tratamiento de datos “sensibles”, aspecto que es insoslayable en un proyecto que pretenda regular el derecho a la autodeterminación informativa.

Otro aspecto que resulta inquietante se relaciona con la transferencia internacional de datos (art. 5f), pues deja en cabeza del operador de los datos la verificación de la existencia de “garantías suficientes” en la legislación del país o por parte del receptor y, en consecuencia, la decisión de suministrar o no los datos. Es claro que el operador tiene un interés económico en la actividad de tratamiento de datos y que éste no desaparece en la circulación de tales datos hacia el extranjero. Dejar en manos del operador la determinación sobre si el tercer país ofrece o no garantías suficientes para la protección de datos de los titulares, equivale a dejar al gato al cuidado del queso. En todos los países donde se ha regulado el tratamiento de datos se encarga a la autoridad de control la verificación de la protección suficiente por parte de terceros países en beneficio de los titulares de los datos (ver legislación países europeos, y el caso de Argentina).

En punto de los derechos de los titulares, que quedarían limitados a su mínima expresión, el artículo 6.1.2 dirige a los titulares de los datos a los operadores de los bancos de datos, ya no para la protección de su derecho de hábeas data, sino para “solicitar el respeto y la protección de los demás derechos constitucionales o legales....”, por vía del procedimiento de reclamos y peticiones que la ley establece. La protección de cualquier derecho fundamental no debe ser atendida por un operador de un banco de datos. Constitucional y legalmente, quien vela por la eficacia y garantía de ejercicio de los derechos constitucionales es el juez.

Los deberes de operadores, fuentes y usuarios también se explicitan en una mínima dimensión, lo que refuerza aún más la observación atinente a la desprotección de los derechos de los titulares de los datos personales. Nada se dice sobre su deber de tratar, circular y usar los datos sólo de acuerdo con su finalidad, la necesidad y la proporcionalidad requeridas, como también se calla sobre el deber de informar al titular de los reportes de datos negativos que se hagan, a efecto de permitirle el ejercicio de su derecho de defensa y contradicción (aparece en el artículo 12 como requisito especial, más no como un deber frente a los titulares). Resulta extraño que se pretenda eximir a priori a los operadores de cualquier responsabilidad en punto de la calidad de los datos (art. 3c), pues éstos también pueden ser responsables por problemas o deficiencias en la calidad derivados del tratamiento que el operador realice.

Por otra parte, no es de recibo que el artículo 11 ordene a los operadores el constituirse como “entidades sin ánimo de lucro” entre otras opciones configurativas, cuando desde el sector privado esta actividad se ejerce fundamentalmente con ánimo lucrativo. Además, no existe ningún deber de reportar a la autoridad de control su entrada en operaciones, lo cual va en desmedro del control y de la adecuada protección de los derechos de los titulares de los datos.

El proyecto sólo contempla dos tipos de reportes de la información económica de los titulares: positivo o negativo, independientemente del número de obligaciones dinerarias contenidas en los reportes y de las entidades financieras, crediticias o comerciales con las cuales se tengan tales obligaciones (art. 14). En consecuencia, si el titular, al momento de la consulta por parte del usuario, se encuentra en mora en una cuota de una de las varias obligaciones que tenga, el reporte de riesgo será negativo, lo cual equivale a desfigurar la realidad.

Otro aspecto que atenta contra la protección de los datos personales: el control y vigilancia dual que se establece en cabeza de dos superintendencias –la de industria y comercio y la financiera-, entidades de carácter técnico que, no obstante, no gozan de la autonomía e independencia que se espera de una autoridad de control y que, además, ejercen actividades en un rango de intereses ajenos a la protección de los datos de carácter personal. El control dual, por demás, no garantiza condiciones uniformes de protección ni de regulación.

El texto del proyecto aprobado en tercer debate en Comisión Primera de la Cámara obliga a los titulares a acudir al proceso judicial ordinario para la corrección o actualización de los datos, cuando el proceso de consulta o reclamo resulte infructuoso. Debe aclararse que un proceso ordinario dura, en términos generales más tiempo que el previsto para la caducidad del dato negativo (5 años en el texto aprobado, 4 años en la ponencia). Los procesos ordinarios están establecidos para la discusión sobre la existencia o no de las obligaciones, más no pueden ser el mecanismo judicial previsto para la protección de un derecho fundamental con tan

serias implicaciones para vida de las personas toda vez que implica, a su vez, la afectación de otros derechos constitucionales (art. 16.II.6).

La Defensoría no puede dejar de reconocer que esta iniciativa incorpora elementos positivos que habían sido objeto de demérito en anteriores oportunidades: el deber de las fuentes de información de comunicar al titular los reportes de información negativa, para que éste tenga oportunidad de controvertirlos, así como del deber de los operadores de incluir en los reportes información sobre la discusión de un dato por solicitud de rectificación o actualización.

También debe anotarse que el catálogo de sanciones ha mejorado frente a lo previsto en anteriores proyectos. No obstante no resulta claro qué procedimientos y garantías existen para el control de los bancos de datos de naturaleza pública, en su mayoría, bajo la administración de la rama ejecutiva del gobierno.

Desde una perspectiva más economicista, no sobra mencionar que, de conformidad con las cifras aportadas por la Agencia Española de Protección de Datos en el Seminario Iberoamericano de Protección de Datos celebrado del 2 al 4 de mayo pasado en la ciudad de Cartagena, el reconocimiento que la Comisión Europea ha hecho de Argentina como un país que brinda garantías adecuadas para la protección de datos, ha facilitado inmensamente las operaciones comerciales de este país con España que involucren transferencia internacional de datos.

Mientras que los demás países latinoamericanos, o sus empresarios para ser más concretos, entre ellos los colombianos, para cada operación requieren surtir un trámite dispendioso ante la citada agencia, Argentina no requiere tal autorización, y esta circunstancia que la beneficia se evidencia en las cifras aportadas por la agencia acerca del número de operaciones realizadas del año 2000 a lo que va corrido del 2007, tal como se describe en el siguiente cuadro

País	2000	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007	Total
Estados Unidos	1	9	2	6	40	9	16	4	87
Marruecos	1				2	2	2	1	8
Argentina			2						2
India					4		3		7
Singapur					1		1		2
Japón						1			1
Panamá						2			2
Colombia						1	4		5
Malasia						1	1		2
Tailandia						1			1
Chile						1	7	3	11
Uruguay						1	1		2
Hong Kong							3		3
Bélgica							1	1	2
Guatemala							1		1
China							1		1

Paraguay							1		1
Totales	2	9	4	6	47	19	46	9	142
Total Resoluciones de Autorización: 140									

+ 144

Fuente: Agencia Española de Protección de Datos, Ponencia presentada en el Seminario Iberoamericano el día 3 de mayo de 2007 en Cartagena, Colombia

Mientras que Colombia o Chile han realizado 5 y 11 operaciones de este tipo desde el año 2005, respectivamente, Argentina, desde el reconocimiento de la Comisión de las Comunidades Europeas en el año 2003 (30 de Junio) ha adelantado 144 operaciones sin requerir del trámite de autorización puntual de la Agencia Española.

Es por lo anterior, entre otras consideraciones de corte jurídico propias de su misión constitucional y legal, que la Defensoría insiste en la necesidad de adecuar el marco normativo propuesto a unas exigencias satisfactorias para la protección de los datos personales, pues no puede desconocerse que una legislación respetuosa de los derechos de los titulares de datos personales abre posibilidades comerciales en el área de los servicios a los empresarios colombianos, tales como el *offshoring* y el *outsourcing*, hoy inexistentes o muy difíciles de lograr. El reconocimiento de la Comisión Europea de la existencia de garantías adecuadas es un paso sin el cual estas posibilidades no se van a dar.

La Comisión considera que existen niveles adecuados de protección cuando el país de destino ofrece mecanismos de protección de datos, garantías para el ejercicio de los derechos de los afectados y cuenta con una autoridad de protección de datos que vele por la legalidad del tratamiento en el país de destino, todo con el propósito de evitar transferencias sucesivas de datos a otros países sin nivel adecuado de protección.

¿Y cuáles son los requerimientos para el efecto?

- Limitación de la finalidad
- Calidad y proporcionalidad de datos
- Información a los afectados
- Seguridad y deber de secreto
- Derechos de acceso, rectificación y cancelación
- Restricciones a las transferencias ulteriores
- Reglas especiales para datos “sensibles”
- Derecho de exclusión en caso de marketing
- Decisiones individuales automatizadas
- Autoridad de protección de datos
- Poderes de investigación
- Poderes sancionadores o legitimidad para instar una sanción en vía judicial

El análisis de la iniciativa legislativa a la luz de estos criterios constituirá el medio de prueba que permita determinar, más allá de los muy importantes criterios de orden constitucional expuestos por la Defensoría, si el proyecto es útil para abrir necesarias oportunidades comerciales a un país que debe insertarse en la lógica de la globalización y aprovecharse de las ventajas comparativas que puede ofrecer.

La Defensoría del Pueblo confía en que el Señor Ponente considere estos comentarios para fortalecer una iniciativa cuya expedición ha sido largamente aplazada en desmedro no sólo de los derechos fundamentales de las personas físicas y jurídicas, sino también de la actividad comercial y los prospectos positivos que una adecuada protección normativa del tratamiento de datos generaría para ciertos renglones económicos.