

Bogotá D.C.,

10

| | |
|--|----------------------------|
| SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO | |
| RAD: 14-015492- -00001-0000 | Fecha: 2014-02-03 15:41:11 |
| DEP: 10 OFICINAJURIDICA | |
| TRA: 113 DP-CONSULTAS | EVE: SIN EVENTO |
| ACT: 440 RESPUESTA | Folios: 1 |

Doctor
CARLOS VICENTE DE ROUX RENGIFO
info@carlosvicentederoux.org

Asunto: Radicación: 14-015492- -00001-0000
Trámite: 113
Evento: 0
Actuación: 440
Folios: 1

Estimado(a) Doctor:

Con el alcance previsto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, damos respuesta a su consulta radicada en esta Oficina con el número señalado en el asunto, en los siguientes términos.

1. Consulta

El peticionario formula la siguiente consulta:

“(…) ¿Es posible incorporar a la base de datos que lleva el suscrito el nombre y la dirección de correo de las personas que hacen públicos esos datos en los medios de comunicación?, y más en particular, ¿de los periodistas y columnistas que difunden pública y abiertamente tales datos en los medios aludidos?

Comedidamente les solicito que al absolver la presente consulta se sirvan tener en cuenta que los periodistas y columnistas que difunden en medios de comunicación su dirección de correo, lo hacen a buen seguro, con el propósito de promover y facilitar que los lectores y oyentes se pongan en contacto con ellos. (…)”

2. Materia objeto de la consulta

La Superintendencia de Industria y Comercio, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 1581 de 2012 cuenta, entre otras, con las siguientes funciones en materia de protección de datos personales:

- Velar por el cumplimiento de la legislación en materia de protección de datos personales;
- 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.
- 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.

- Promover y divulgar los derechos de las personas en relación con el Tratamiento de datos personales e implementar campañas pedagógicas para capacitar e informar a los ciudadanos acerca del ejercicio y garantía del derecho fundamental a la protección de datos.
- 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.
- Solicitar a los Responsables del Tratamiento y Encargados del Tratamiento la información que sea necesaria para el ejercicio efectivo de sus funciones.

Al respecto, en primer lugar, nos permitimos advertirle que en virtud del principio y garantía constitucional del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, no nos es posible resolver a través de conceptos situaciones particulares como la consultada por usted.

Sin embargo, dentro del ámbito de las referidas competencias a continuación damos respuesta de manera general a su consulta.

2.1 La protección de datos personales.

El artículo 15 de la Constitución Política consagra los derechos a la intimidad, al buen nombre y a la protección de datos personales o habeas data en los siguientes términos:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, 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.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución. (...)” (1)

Dicho derecho ha sido desarrollado principalmente en las leyes 1266 de 2008 – Habeas data- y 1581 de 2012 –Protección de datos personales-.

Al respecto la Corte Constitucional ha considerado que la Ley 1266 de 2008 regula el hábeas data financiero, el cual ha sido definido así:

“el derecho que tiene todo individuo a conocer, actualizar y rectificar su información personal comercial, crediticia y financiera, contenida en centrales de información pública o privada, que tiene como función recopilar, tratar y circular esos datos con el fin de determinar el nivel de riesgo financiero” (2)

Por otra parte, el habeas data genérico ha sido definido como:

“el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan escogido sobre ellas en archivos y bancos de datos de naturaleza pública y privada” (3)

Sin embargo, se debe tener en cuenta que como lo ha manifestado la Corte Constitucional, dicha clasificación es teórica y ambas clases son modalidades de un mismo derecho fundamental.

Un concepto esencial y que determina la aplicabilidad de dicha regulación es el de dato personal, el cual ha sido definido de la siguiente manera por el literal c del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012:

“Cualquier información vinculada o que pueda asociarse a una o varias personas naturales determinadas o determinables” (4)

En relación con las características de los datos personales la Corte Constitucional ha considerado:

“En efecto, la jurisprudencia constitucional ha precisado que las características de los datos personales –en oposición a los impersonales - son las siguientes: “i) estar referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural, ii) permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; iii) su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y iv) su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.”” (5)

2.2 Ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012. Exclusión de bases de datos personales o domésticas.

El ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012 se encuentra definido en el artículo 2 de dicha norma, el cual determina:

“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. (...)”(6)

De acuerdo con lo cual, en principio, dicha norma se aplica a los datos personales que estén registrados en cualquier base de datos, sin embargo, no resulta aplicable a las siguientes bases de datos o archivos (7):

- Las que se mantengan en un ámbito personal o doméstico.
- Las que tengan por finalidad la seguridad y defensa nacional, control de lavado de activos y financiación del terrorismo.
- Las que contengan información de inteligencia y contrainteligencia.
- Las de información periodística y contenidos editoriales.
- Las reguladas por la Ley 1266 de 2008, ley estatutaria de protección de datos

personales comerciales y financieros para el cálculo de riesgo crediticio (8)

- Las reguladas por la Ley 79 de 1993, censos de población y de vivienda.

En este sentido, la información que se encuentre cobijada dentro del ámbito de aplicación de la Ley 1581 de 2012 debe ser tratada cumpliendo con los deberes y principios consignados en dicha norma.

Específicamente en relación con las bases de datos que son mantenidas en un ámbito personal o doméstico, y a las cuales no resulta aplicable la regulación consagrada en la Ley 1581 de 2012 la Corte Constitucional ha considerado:

“El primer contenido normativo del literal a) tiene tres elementos: (i) hace referencia a datos personales, (ii) contenidos en bases de datos (iii) “mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico”. El último elemento, que es el cuestionado por el interviniente, se refiere al ámbito de la intimidad de las personas naturales; ciertamente, los ámbitos personal y doméstico son las esferas con las que tradicionalmente ha estado ligado el derecho a la intimidad, el cual, en tanto se relaciona con la posibilidad de autodeterminación como un elemento de la dignidad humana, no puede predicarse de las personas jurídicas. Por tanto, esta excepción busca resolver la tensión entre el derecho a la intimidad y el derecho al habeas data.

Así, en tanto los datos mantenidos en estas esferas (i) no están destinados a la circulación ni a la divulgación, y (ii) su tratamiento tampoco puede dar lugar a consecuencias adversas para el titular, tiene sentido que su tratamiento esté exceptuado de algunas disposiciones del proyecto. Por ejemplo, no sería razonable que la protección de los datos personales mantenidos en estos ámbitos (por ejemplo, un directorio telefónico doméstico) estuviera a cargo de la Superintendencia de Industria y Comercio o que quien trata los datos estuviera sometido al régimen sancionatorio que prevé el proyecto.

Ahora bien, no puede entenderse que el primer contenido normativo del literal a) se extienda al tratamiento de cualquier dato cuando circule internamente, como pretende ASOBANCARIA. En primer lugar, si bien es cierto una de las razones por las cuales la excepción del literal a) es razonable es porque los datos “mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico” no están destinados a circular, de ahí no se sigue que todo dato que no circula o circula internamente deba ser exceptuado, pues para que opere la excepción, por voluntad del legislador, se requiere además que los datos sean mantenidos por una persona natural en su esfera íntima. Ciertamente, se trata de dos hipótesis diferentes, razón por la cual, por ejemplo, en el texto de la Ley 1266, si bien fueron tratadas conjuntamente, fueron unidas por la conjunción “y”, lo que significa que son dos ideas distintas.

En segundo lugar, no hay razones para concluir que, en el contexto de una regulación general y mínima del habeas data, el tratamiento de datos que circulan internamente merezca las mismas consecuencias jurídicas del tratamiento de datos “mantenidos en un ámbito exclusivamente personal o doméstico”; en otras palabras, no hay argumentos constitucionales que lleven a concluir que las dos hipótesis deben recibir el mismo trato legal. El que los datos no circulen o circulen internamente, no asegura que su tratamiento no pueda tener consecuencias adversas para su titular. Piénsese por ejemplo en las hojas de vida de los empleados de una empresa mantenidas en el ámbito

interno; si bien no van a ser divulgadas a terceros, su tratamiento y circulación interna sí puede traer consecuencias negativas para el titular del dato (por ejemplo, en términos sancionatorios o de ascensos), razón por la cual deben estar sujetas a las reglas generales que consagra el proyecto de ley.

En este orden de ideas, siempre y cuando se cumplan las condiciones mencionadas previamente y se entienda que, en todo caso, esta hipótesis sí se encuentra sujeta a los principios del artículo 4, para la Sala la excepción prevista en la primera regla del literal a) se ajusta a la Carta.” (9)

Así mismo se debe tener en cuenta la definición del adjetivo “doméstico”:

“1. adj. Perteneciente o relativo a la casa u hogar.” (10)

De acuerdo con lo anterior se concluye que no se puede dar al concepto de ámbito personal y doméstico una interpretación extensiva que lleve a equiparlo con el concepto de información que circula internamente.

En este sentido, solamente resultará aplicable dicha excepción para los casos de información usada de manera individual por personas naturales o la que es usada en el ámbito de un hogar.

2.3 Datos públicos e Información de acceso público.

Los datos públicos son definidos en los siguientes términos en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 1377 de 2013:

“Dato público: Es el dato que no sea semiprivado, privado o sensible. Son considerados datos públicos, entre otros, los datos relativos al estado civil de las personas, a su profesión u oficio y a su calidad de comerciante o de servidor público. Por su naturaleza, los datos públicos pueden estar contenidos, entre otros, en registros públicos, documentos públicos, gacetas y boletines oficiales y sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidas a reserva.”(11)

El artículo 9 de la Ley 1581 de 2012 al regular la autorización de los titulares de datos personales para el Tratamiento determina:

“Autorización del Titular. Sin perjuicio de las excepciones previstas en la ley, en el Tratamiento se requiere la autorización previa e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior.” (12)

A renglón seguido se debe revisar el artículo 10 de la ley en comento, el cual establece las excepciones para la obligación de contar con autorización previa del titular de los datos personales para su Tratamiento:

“Casos en que no es necesaria la autorización. La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de:

- a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial;
- b) Datos de naturaleza pública;
- c) Casos de urgencia médica o sanitaria;

- d) Tratamiento de información autorizado por la ley para fines históricos, estadísticos o científicos;
 - e) Datos relacionados con el Registro Civil de las Personas.
- Quien acceda a los datos personales sin que medie autorización previa deberá en todo caso cumplir con las disposiciones contenidas en la presente ley.” (13)

Para interpretar dicha norma se debe tener en consideración que no toda la información de acceso público, como pueden ser la consignada en los registros públicos o en los directorios telefónicos, tiene el carácter de datos públicos.

Por lo cual, solamente la información de acceso público que tenga el carácter de dato público puede ser objeto de tratamiento sin que medie el consentimiento previo de los titulares de los datos.

En oposición, los datos de carácter personal que sean de acceso público no pierden su carácter de dato personal y en consecuencia para su tratamiento se debe contar con la autorización previa del titular.

2.4 Clasificación de los datos personales.

En relación con la clasificación de los datos personales la Corte Constitucional consideró: “Los datos personales, a su vez, suelen ser clasificados en los siguientes grupos dependiendo de su mayor o menor grado de aceptabilidad de divulgación: datos públicos, semiprivados y privados o sensibles.

2.5.6.2. Se pregunta la Sala si la omisión de estas clasificaciones en el literal c) constituye un vicio de constitucionalidad. Para la Sala la respuesta es negativa, ya que estas definiciones no son un ingrediente indispensable para la aplicación de las garantías de la ley y, en todo caso, la ausencia de definiciones puede ser llenada acudiendo a la jurisprudencia constitucional y a otros preceptos legales.

En primer lugar, la clasificación de los datos personales en públicos, semiprivados y privados o sensibles, es solamente una posible forma de categorizar los datos, pero no la única; otras clasificaciones podrían ser producto de criterios diferentes al grado de aceptabilidad de la divulgación del dato. El legislador, por tanto, tiene libertad para elegir o no elegir una categorización.

Ahora bien, es cierto que el propio legislador estatutario adoptó algunas de estas clasificaciones, como la de datos sensibles, cuyo tratamiento se prohíbe con algunas excepciones en el artículo 6 del proyecto. Para poder dar sentido a este precepto, a juicio de la Sala, basta con acudir a las definiciones elaboradas por la jurisprudencia constitucional o a las definiciones de otros preceptos legales, como la Ley 1266, cuyo artículo 3 dispone:

“f) Dato público. Es el dato calificado como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución Política y todos aquellos que no sean semiprivados o privados, de conformidad con la presente ley. Son públicos, entre otros, los datos contenidos en documentos públicos, sentencias judiciales debidamente ejecutoriadas que no estén sometidos a reserva y los relativos al estado civil de las personas;

g) Dato semiprivado. Es semiprivado el dato que no tiene naturaleza íntima, reservada, ni pública y cuyo conocimiento o divulgación puede interesar no sólo a su titular sino a

cierto sector o grupo de personas o a la sociedad en general, como el dato financiero y crediticio de actividad comercial o de servicios a que se refiere el Título IV de la presente ley.

h) Dato privado. Es el dato que por su naturaleza íntima o reservada sólo es relevante para el titular.”

En este orden de ideas, dado que la clasificación de los datos personales no es un elemento indispensable de la regulación y, dicho vacío en todo caso puede ser remediado acudiendo a la jurisprudencia constitucional y a otras definiciones legales, especialmente al artículo 3 de la Ley 1266, en virtud del principio de conservación del derecho, el literal c) será declarado exequible en este respecto.” (14)

De acuerdo con lo anterior, las definiciones de dato semiprivado y dato privado de la Ley 1266 de 2008 deben ser aplicadas a los datos personales regulados por la Ley 1581 de 2012.

En este sentido, serán datos personales semiprivados aquellos que no son reservados aquellos que no son públicos ni reservados, y en relación con los cuales existe interés no solamente de su titular sino de la sociedad. A menos de que se encuentre en alguna de las excepciones analizadas en el numeral 2.3 del presente concepto, se requiere contar con la autorización previa del titular de los datos semiprivados para llevar a cabo su tratamiento.

A diferencia de los datos semiprivados, los datos privados solamente interesan a su titular y son datos íntimos y reservados.

Los datos sensibles se encuentran definidos en los siguientes términos en el artículo 5 de la Ley 1581 de 2012:

“Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.”(15)

Por su parte el numeral 3 del artículo 3 del Decreto 1377 de 2013 establece:

“Datos sensibles: Se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular y cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual, y los datos biométricos.” (16)

2.5 Principio de libertad y autorización.

Al contestar favor indique el número de radicación consignado en el sticker

El principio de libertad, que es pilar fundamental de las normas de protección de datos personales, implica que la actividad de Tratamiento de datos personales solamente se pueda llevar a cabo con la autorización previa del titular de los mismos.

En relación con los requisitos que debe cumplir dicha autorización la Corte Constitucional consideró:

“En materia de manejo de información personal, el consentimiento exigido es además, calificado, por cuanto debe ser previo, expreso e informado. (...)

En relación con el carácter previo, la autorización debe ser suministrada, en una etapa anterior a la incorporación del dato. (...)

En relación con el carácter expreso, la autorización debe ser inequívoca, razón por la cual, al contrario de lo sostenido por algunos intervinientes, no es posible aceptarse la existencia, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, de un consentimiento tácito. Lo anterior, por varias razones:

En primer lugar, la jurisprudencia constitucional ha exigido tal condición y ha dicho que el consentimiento debe ser explícito y concreto a la finalidad específica de la base de datos. (...)

En segundo lugar, de una interpretación armónica de todo el articulado se deduce que el legislador estatutario tuvo una intención inequívoca que el consentimiento siempre fuese expreso. (...)

En relación con el carácter informado, el titular no sólo debe aceptar el Tratamiento del dato, sino también tiene que estar plenamente consciente de los efectos de su autorización. (...)

De todo lo anterior, puede entonces deducirse: (i) los datos personales sólo pueden ser registrados y divulgados con el consentimiento libre, previo, expreso e informado del titular. Es decir, no está permitido el consentimiento tácito del Titular del dato y sólo podrá prescindirse de él por expreso mandato legal o por orden de autoridad judicial, (ii) el consentimiento que brinde la persona debe ser definido como una indicación específica e informada, libremente emitida, de su acuerdo con el procesamiento de sus datos personales. Por ello, el silencio del Titular nunca podría inferirse como autorización del uso de su información y (iii) el principio de libertad no sólo implica el consentimiento previo a la recolección del dato, sino que dentro de éste se entiende incluida la posibilidad de retirar el consentimiento y de limitar el plazo de su validez.” (17)

Respecto de la autorización el Decreto 1377 de 2013 dispone:

“Autorización. El responsable del Tratamiento deberá adoptar procedimientos para solicitar, a más tardar en el momento de la recolección de sus datos, la autorización del Titular para el Tratamiento de los mismos e informarle los datos personales que serán recolectados así como todas las finalidades específicas del Tratamiento para las cuales se obtiene el consentimiento. (...)

En caso de haber cambios sustanciales en el contenido de las políticas de Tratamiento a que se refiere el Capítulo III de este Decreto, referidos a la identificación del

Responsable y a la finalidad del Tratamiento de los datos personales, los cuales puedan afectar el contenido de la autorización, el Responsable del Tratamiento debe comunicar estos cambios al Titular antes de o a más tardar al momento de implementar las nuevas políticas. Además, deberá obtener del Titular una nueva autorización cuando el cambio se refiera a la finalidad del Tratamiento.” (18)

Dado que la ley no exige que la autorización otorgada por los titulares de los datos personales para su tratamiento adopte una forma determinada, por lo cual podrá adoptar cualquier forma siempre que se garantice el cumplimiento de los requisitos analizados con antelación.

En este sentido, el artículo 7 del Decreto 1377 de 2013 al reglamentar la Ley 1581 de 2013 prevé las distintas formas a través de las cuales se puede obtener la autorización de los titulares de los datos personales para su tratamiento:

“Modo de obtener la autorización. Para efectos de dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley 1581 de 2012, los Responsables del Tratamiento de datos personales establecerán mecanismos para obtener la autorización de los Titulares o de quien se encuentre legitimado de conformidad con lo establecido en el artículo 20 del presente decreto, que garanticen su consulta. Estos mecanismos podrán ser predeterminados a través de medios técnicos que faciliten al Titular su manifestación automatizada. Se entenderá que la autorización cumple con estos requisitos cuando se manifieste (i) por escrito, (ii) de forma oral o (iii) mediante conductas inequívocas del Titular que permitan concluir de forma razonable que otorgó la autorización. En ningún caso el silencio podrá asimilarse a la conducta inequívoca.” (19)

De acuerdo con lo anterior, la autorización para el tratamiento de los datos personales puede ser obtenida a través de los siguientes modos:

- Por escrito
- De forma oral
- Mediante conductas inequívocas del titular, cuando no se trate de datos personales de carácter sensible.

Si requiere mayor información sobre el desarrollo de nuestras funciones y sobre las normas objeto de aplicación por parte de esta Entidad, puede consultar nuestra página en Internet, www.sic.gov.co.

Notas de referencia:

- (1) Artículo 15 Constitución Política de Colombia.
- (2) Corte Constitucional, Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- (3) Ibídem.
- (4) Literal c artículo 3 Ley 1581 de 2012.
- (5) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (6) Artículo 2 Ley 1581 de 2012.

- (7) Ibídem.
- (8) Ver Sentencia C-1011 del 16 de octubre de 2008. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.
- (9) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (10) Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, Vigésima segunda edición, www.rae.es
- (11) Numeral 2 artículo 3 Decreto 1377 de 2013.
- (12) Artículo 9 Ley 1581 de 2012.
- (13) Artículo 10 Ley 1581 de 2012.
- (14) Artículo 5 Ley 1581 de 2012.
- (15) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (16) Artículo 5 Ley 1581 de 2012.
- (17) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (18) Artículo 5 Decreto 1377 de 2013.
- (19) Artículo 7 Decreto 1377 de 2013.

Elaboró: Mariana Naranjo Arango
Revisó y aprobó: William Burgos Durango

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Oficina Asesora Jurídica