

Bogotá, 8 de marzo de 2017.

Señores
Superintendencia de Industria y Comercio
Delegatura de protección de datos
Ciudad

Asunto: Comentarios al proyecto de circular externa que busca “adicionar un capítulo tercero al título V de la circular única”.

La Fundación Karisma es una organización de la sociedad civil dedicada a apoyar y difundir el buen uso de las tecnologías en procesos sociales y en las políticas públicas colombianas y de la región, desde una perspectiva de protección y promoción de los derechos humanos. En desarrollo de esta misión, en los últimos años hemos buscado el impulso y consideración de garantías para el ejercicio de estos derechos en las políticas públicas.

En 2015, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en una sentencia dentro del caso de Max Schrems, sobre transferencia de datos a Estados Unidos, revocó una decisión de la Comisión Europea que avalaba la transferencia de datos a Estados Unidos porque no era claro que los datos de los ciudadanos de la Unión Europea estuvieran protegidos en ese país¹. Karisma concuerda con esta opinión y es consciente que Estados Unidos no tiene un nivel legal adecuado de protección de datos. Esto es especialmente preocupante para los extranjeros, quienes ni siquiera cuentan con las garantías que da ese país, como se evidenció durante el escándalo que protagonizó Edward Snowden. Ahora bien, la forma como las empresas de Estados Unidos abordan su compromiso con las personas puede variar y se establece de otras formas, pero, sin duda, no por derivación de los estándares legales del país. Por tanto, para Karisma la decisión del gobierno colombiano es buena y el antecedente de la sentencia es importante a nivel global para la opción de política pública que a través de una circular como la que se discute estaría tomando la Superintendencia de Industria y Comercio.

De otra parte, es importante también reconocer que la decisión tiene un importante impacto en una red global como Internet. La forma como Europa mitigó el impacto de la decisión judicial, obliga a ver también como punto de referencia en esta discusión lo que se conoce como el *US privacy shield*, que es el mecanismo que se implementó después de esa sentencia con el fin de mantener la transferencia de datos entre Estados Unidos y la Unión Europea, para no afectar en forma sustancial el desarrollo de Internet aislando, en su momento, a Europa² y que se ha ido desarrollando en los últimos dos años.

1 [Puede consultarse en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=169195&doclang=ES](http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=169195&doclang=ES)

2 [Puede consultarse en http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/eu-us-privacy-shield/index_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/international-transfers/eu-us-privacy-shield/index_en.htm).

Esta discusión está ausente totalmente del contexto y la justificación que se ofrece en el proyecto de circular y, por tanto, no es posible saber cómo la aborda la autoridad, cuáles son sus referentes y las decisiones que se localizaron, incluso invisibiliza el hecho de que Colombia, junto con México, se encuentran tramitando su propia “adecuación” ante la Unión Europea. La ausencia de este contexto no es buena. Más allá de las importantes justificaciones que se hagan para desarrollar y fortalecer la protección de datos en Colombia, un propósito que aplaudimos y apoyamos, sin duda, la autoridad debe mantener su propósito de proteger los datos de las personas y desarrollar (como lo hacen otros países) algún mecanismo para que no se vuelva imposible cualquier transferencia de datos a países como Estados Unidos, su forma de abordarlo debe ser clara, no dar lugar a ambigüedades que nos obliguen a preguntarnos si es que está creando categorías especiales o directamente tendrá como efecto prohibir cualquier transmisión de datos a Estados Unidos. Igualmente, es deseable transparentar el propósito que parece cumplirá esta Circular en el objetivo de tener “adecuación” ante la Unión Europea. La claridad que la Superintendencia pueda ofrecer sobre todo este contexto ayudaría a evaluar mejor su política.

Teniendo esto en mente, en esta oportunidad Fundación Karisma presenta comentarios al proyecto de circular externa que busca “adicionar un capítulo tercero al título V de la circular única” (<http://www.sic.gov.co/node/15838>).

Cordialmente,



Carolina Botero Cabrera

Directora

Fundación Karisma

----- 0 -----

Comentarios al proyecto de circular externa que busca “adicionar un capítulo tercero al título V de la circular única”

1. JUSTIFICACIÓN Y EXPLICACIÓN DE LAS DECISIONES DE POLÍTICA PÚBLICA.

Fundación Karisma considera al borrador de circular como una buena noticia y ve como muy positiva la intención de la Superintendencia de Industria y Comercio de desarrollar la obligación legal de garantizar la adecuada protección de datos de la ciudadanía colombiana en los procesos de transferencia internacional de datos en desarrollo de los artículos 21 y 26 de la Ley 1581 de 2012, donde la adecuación (que no es otra cosa que el país receptor cuente con estándares mínimos de

protección de datos establecidos por el país exportador) ya estaba prevista y tenía como piso las propias garantías de la ley colombiana.

En todo caso, vale la pena que la entidad reflexione sobre la información que provee como contexto, pues solo entregando información pertinente y confiable se puede favorecer y conseguir una verdadera participación ciudadana, que es la que permite hoy en día la creación de políticas públicas más fuertes y pertinentes. En concreto, es necesario reconocer que el documento puesto a consideración y a comentarios carece de los argumentos que expliquen sus decisiones. El aparte de fundamento legal no es suficiente. Además, incluso en documento aparte, debería indicarse las experiencias analizadas para cumplir con el objetivo, el modelo en que se basaron y los ajustes que se le hicieron. Lo que es evidente es que no se ofrece contexto, se guarda silencio sobre las discusiones internacionales que articulan el debate sobre la transferencia internacional de datos y la protección a la intimidad de las personas, además de la valoración que hizo para el desarrollo del borrador de la circular y su posible propósito actual de lograr la adecuación ante la Unión Europea. Es decir, no hace un análisis expreso sobre las políticas que existen actualmente en el mundo, su lugar en ellas y la forma cómo estas informan a la circular.

La decisión de seguir el modelo de adecuada protección de datos tiene impacto en el ecosistema de Internet y puede afectar los servicios muy populares en el país, pues el tráfico de Internet en el mundo y especialmente en Colombia tiene como principal destino a los EEUU. La afectación puede ser grave pero ya se ha enfrentado en otros países, esta no sería una situación exclusiva para Colombia. Valdría la pena que en la justificación se incluyera expresamente una explicación sobre la forma como la propia circular implementa mecanismos para minimizar estos efectos negativos y el análisis del mecanismo local en relación con los que se han implementado en otros países de Europa y América Latina que ya tienen este modelo. El reconocimiento de este problema y la explicación de las posibles soluciones pueden ayudar a minimizar el impacto que entre las personas puede traer imaginar una Internet sin EEUU.

2. SOBRE LOS ESTÁNDARES PARA EL RECEPTOR.

Respecto a la previsión del artículo 3.1., se podrían agregar referencias al cumplimiento de la ley en general. Como lo hace el art. 45.2.(a) del Reglamento europeo 679/2016, que además del cumplimiento de estándares específicos de protección de datos, hace referencia al "Estado de Derecho, el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, la legislación pertinente, tanto general como sectorial, etc."

En el literal f. del artículo 3.1. sugerimos indicar que la autoridad debe ser autónoma e independiente pues es una autoridad autónoma e independiente la que puede garantizar finalmente que la adecuada protección se aplique. Ahora bien, una afirmación de este tipo obliga a plantear la situación particular de la autoridad colombiana pues mal puede pedir algo que no necesariamente cumple y que sí es un estándar en Europa.

3. PAISES CONSIDERADOS ADECUADOS.

La circular trae un listado de países que son considerados adecuados. Esta lista es particular a Colombia -no coincide con el listado de este tipo en Europa, por ejemplo-. La circular no explica si para estar en este listado se adelantó un análisis, no se dice cuál fue la evaluación, tampoco se indica si simplemente la regulación asume que esos países pasan el examen, mucho menos se explican las exclusiones (¿por qué en este listado está el país x y no el y?).

Parece que lo lógico es que sea la circular la que establezca los estándares y el procedimiento para evaluar la adecuación de cada país y que se haga la evaluación después. ¿Sin que se hayan establecido los estándares cómo se puede hacer la evaluación?, y sin procedimiento establecido, ¿cómo se hará a futuro?

Si se va a establecer un procedimiento para declarar la adecuación de los países, es necesario prever qué sucederá cuando otorgada una adecuación una persona no está de acuerdo y quiere controvertir la decisión. La Superintendencia debe establecer un recurso sencillo que le permita a cualquiera hacerlo. Es importante recordar que esta es una garantía para la ciudadanía pues esta prerrogativa, prevista en la Directiva 95/46/CE, fue la que dio base legal para el caso Maximilian Schrems y Data Protection Commissioner en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, donde se determinó que la Decisión 2000/520 (que declaraba la adecuación de EEUU) es inválida.

4. DECLARACIÓN DE CONFORMIDAD

En el parágrafo del artículo 3.2. se señala:

Quando la Transferencia de datos personales se vaya a realizar a un país que no se encuentre en el listado presentado en este numeral, corresponderá al Responsable del tratamiento que realizará la transferencia verificar si ese país cumple con los estándares fijados en el numeral 3.1 anterior, caso en el cual podrá realizar la transferencia, o, de no cumplirlos, solicitar la respectiva declaración de conformidad ante esta Superintendencia.

El listado de 40 países que se consideran con nivel adecuado de protección de datos deja por fuera una importante cantidad de otros países que son parte de Internet y quedan al descubierto muchos responsables y encargados del tratamiento de datos personales quienes deberán tener que recurrir a otros mecanismos. En consecuencia, simplemente indicar en la circular que podrán tramitar ante la Superintendencia una declaración de conformidad es insuficiente. Es necesario que la circular desarrolle un procedimiento que haga efectivo ese mecanismo, indicando responsables, plazos y, en general, todo el procedimiento necesario. Por ejemplo, en España el procedimiento equivalente tiene previsto un plazo de 3 meses para la decisión de la autoridad. Es importante que la Superintendencia asuma estas responsabilidades y se prepare. Además, deberá reconocer que necesita recursos para enfrentarlas.

5. CONTRATO DE TRANSMISION DE DATOS PERSONALES

Por falta de tiempo y la ausencia de información de la Superintendencia que explique su decisión, no alcanzamos a analizar la forma como se aplicará en Colombia el mecanismo contractual para evitar informar al Titular y obtener su autorización (por cierto el artículo 3.3. de la circular habla de consentimiento cuando las normas colombianas en general se refieren a autorización).

Siendo este contrato una solución alterna a no estar en una excepción legal, a la falta de adecuación del país o a la declaración de conformidad, es una herramienta clave para permitir que sigan existiendo servicios desde EEUU por ejemplo, por tanto entre los países que han adoptado esta política de adecuación mundialmente hay diferentes aproximaciones. Lo que si nos salta a la vista es que la regulación se enfoca en los datos en reposo (el decreto habla expresamente de las bases de datos) mientras que es importante también garantizar la privacidad y seguridad de los datos durante su transferencia, se debe buscar que no haya interferencia y estén seguros, esta perspectiva está ausente en este punto y en general en toda la circular.

Parece que una política como la que se está desarrollando requiere de mayor discusión y, según la opción, dar más detalles pues la circular y el decreto evidentemente quedan cortos y necesitan más trabajo, detalles y debate entre las partes interesadas o deberán explicar mejor la forma como piensan que este mecanismo cumpla su función en los complejos servicios que hoy son usuales en la red.

6. AUTORIZACION EXPRESA DEL TITULAR

En el artículo 3.3. literal a se establece la obligación de “[i]nformar al Titular la transmisión de datos y contar con su autorización para ello, o”. Las normas europeas son claras al indicar que no basta cualquier autorización, sino que esta debe ser “expresa”. En este sentido, creemos que la norma colombiana debería también exigir una autorización expresa o en todo caso hacer expresa remisión en este punto también (como lo hace en la declaración de conformidad) al Decreto 1074 de 2015 en su sección 2 de modo que no se trata de cualquier autorización sino de una que cumpla los estándares mínimos que exige la propia norma colombiana.

=====

Muy respetuosamente solicitamos que la definición de esta política se mantenga en discusión por más tiempo permitiendo que la Superintendencia comparta con la ciudadanía todos los estudios, análisis y justificaciones que permitan dar más contexto al proyecto de circular. Adicionalmente se debe ampliar la convocatoria de modo que otros actores entren a analizar con mayor profundidad su alcance.

AUNQUE KARISMA FAVORECE DINÁMICAS COLABORATIVAS Y ABIERTAS COMO PRINCIPIO ABRIMOS NUESTROS COMENTARIOS A BORRADORES DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA QUE OTROS INTERESADOS PUEDAN AYUDARNOS A CONSTRUIRLOS Y/O ADHERIRSE. DESAFORTUNADAMENTE ESTO NO FUE POSIBLE ESTA VEZ PORQUE NOS ENTERAMOS MUY TARDE. CON FUNDAMENTO EN LO ANTERIOR LOS COMENTARIOS QUE ENVIAMOS SON LA OPINIÓN DE FUNDACIÓN KARISMA SOLAMENTE.