

Bogotá D.C.

10

Señor

ALEJANDRO MARTINEZ PATIÑO
Carrera 76 6-173 Apartamento 402
CALI-VALLE DEL CAUCA-COLOMBIA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 13-33980- -1-0 FECHA: 2013-04-03 12:24:17
DEP: 10 OFICINA ASESORA EVE: SIN EVENTO
JURIDICA
TRA: 113 DP-CONSULTAS FOLIOS: 19
ACT: 440 RESPUESTA

Asunto: Radicación: 13-33980- -1-0
 Trámite: 113
 Actuación: 440
 Folios: 19

Estimado Señor:

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 las siguientes preguntas:

1. *“¿De acuerdo con el inciso 2 del Artículo 7 de la Ley 1581 de 2012, debe entenderse que no es posible, a partir de la entrada en vigencia de la citada Ley, la publicidad por cualquier medio escrito, video, etc., en donde aparezcan niños, niñas y adolescentes?”*
2. *“¿Será posible insertar imágenes de niños, niñas y adolescentes, en diferentes medios publicitarios, si se cuenta con la autorización de sus padres o tutores?”*
3. *“¿Cuál sería el procedimiento que debe agotar tanto el responsable como el encargado del tratamiento de datos personales para poder utilizar imágenes de niños, niñas y adolescentes, en diferentes medios publicitarios?”*

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.

Dentro del ámbito de las referidas competencias, a continuación damos respuesta a sus preguntas.

2.1 Primera pregunta.

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.

2.1.1 El concepto de dato personal.

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)

Así mismo, se debe tener en cuenta la definición presentada por literal e del artículo 3 de la Ley 1266 de 2008:

“Dato personal. Es cualquier pieza de información vinculada a una o varias personas determinadas o determinables o que puedan asociarse con una persona natural o jurídica. Los datos impersonales no se sujetan al régimen de protección de datos de la presente ley. Cuando en la presente ley se haga referencia a un dato, se presume que se trata de uso personal. Los datos personales pueden ser públicos, semiprivados o privados;” (6)

Teniendo en cuenta dichas definiciones, se puede concluir que las imágenes encuadran dentro del concepto de dato personal y en consecuencia, les resulta aplicable el régimen de protección de datos personales prevista en la Ley 1581 de 2012.

2.1.2 El artículo 7 de la Ley 1581 de 2012

El artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 establece:

“Derechos de los niños, niñas y adolescentes. En el Tratamiento se asegurará el respeto a los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes.

Queda proscrito el Tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, salvo aquellos datos que sean de naturaleza pública.

Es tarea del Estado y las entidades educativas de todo tipo proveer información y capacitar a los representantes legales y tutores sobre los eventuales riesgos a los que se enfrentan los niños, niñas y adolescentes respecto del Tratamiento indebido de sus datos personales, y proveer de conocimiento acerca del uso responsable y seguro por parte de niños, niñas y adolescentes de sus datos personales, su derecho a la privacidad y protección de su información personal y la de los demás. El Gobierno Nacional reglamentará la materia, dentro de los seis (6) meses siguientes a la promulgación de esta ley.” (7)

Por lo cual, en principio, se encuentra prohibido cualquier tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes.

Sin embargo, es necesario que dicha norma sea interpretada a la luz del pronunciamiento de la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1581 de 2012.

En primer lugar la Corte Constitucional analiza quiénes son los niños, niñas y adolescentes:

“Es importante referir brevemente qué se entiende por niño, niña y adolescente en el ordenamiento jurídico colombiano. En desarrollo de este concepto, el Código de la Infancia y la Adolescencia, en su artículo 3º, estableció: “(...) se entiende por niño o niña las personas entre los 0 y 12 años, y por adolescente las personas entre 12 y 18 años de edad”. La anterior definición fue declarada exequible por esta Corporación. Además es consonante con la definición en sentido amplio que contiene la Convención sobre los derechos del niño como “(...) todo ser humano menor de dieciocho años de edad (...)” (8)

En segundo lugar dicho tribunal recuerda la protección especial de la que gozan los niños, niñas y adolescentes:

“En definitiva, (i) el principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes se realiza en el estudio de cada caso en particular y tiene por fin asegurar su desarrollo integral; (ii) este principio, además, persigue la realización efectiva de los derechos fundamentales de los menores de 18 años y también resguardarlos de los riesgos prohibidos que amenacen su desarrollo armónico. Estos riesgos no se agotan en los que enuncia la ley sino que también deben analizarse en el estudio de cada caso particular; (iii) debe propenderse por encontrar un equilibrio entre los derechos de los padres o sus representantes legales y los de los niños, las niñas y adolescentes. Sin embargo, cuando dicha armonización no sea posible, deberán prevalecer las garantías superiores de los menores de 18 años. En otras palabras, siempre que prevalezcan los derechos de los padres, es porque se ha entendido que ésta es la mejor manera de darle aplicación al principio del interés superior de los niños, las niñas y adolescentes.

La calidad de sujetos de especial protección constitucional de los menores de dieciocho años tiene su fundamento en la situación de vulnerabilidad e indefensión en la que se encuentran, pues su desarrollo físico, mental y emocional está en proceso de alcanzar la madurez requerida para la toma de decisiones y participación autónoma dentro de la sociedad. El grado de vulnerabilidad e indefensión tiene diferentes grados y se da partir de todos los procesos de interacción que los menores de 18 años deben realizar con su entorno físico y social para el desarrollo de su personalidad. Por lo anterior, el Estado, la sociedad y la familia deben brindar una protección especial en todos los ámbitos de la vida de los niños, niñas y adolescentes, en aras de garantizar su desarrollo armónico e integral.

Adicional a lo expuesto, la protección constitucional reforzada de la cual son titulares los niños, las niñas y adolescentes tiene su sustento en (i) el respeto de su dignidad humana, y (ii) la importancia de construir un futuro promisorio para la comunidad mediante la efectividad de todos sus derechos fundamentales.

En este orden de ideas, esta Sala encuentra que en el caso concreto del tratamiento de los datos de los niños, niñas y adolescentes, existe un riesgo prohibido que esta población en situación de vulnerabilidad está expuesta a sufrir, principalmente por la desbordante evolución de los medios informáticos, entre los que se encuentran la Internet y las redes sociales. Si bien, el acceso a los distintos sistemas de comunicación, les permite disfrutar de todos sus beneficios y ventajas, también su mal uso puede generar un conflicto en el ejercicio y efectividad de sus derechos fundamentales al buen nombre, al honor, a la intimidad, entre otros. El anterior planteamiento fue abordado en el Memorando sobre la protección de datos personales y la vida privada en las redes sociales en Internet, en particular de niños, niñas y adolescentes, adoptado en Montevideo el 28 de julio de 2009. Si bien, este documento no integra el denominado bloque de constitucionalidad y por tanto sus recomendaciones no son vinculantes para el Estado colombiano, constituye un documento valioso en torno al tema de la protección de datos personales de los niños, las niñas y adolescentes.” (9)

Posteriormente el tribunal constitucional estudia la corresponsabilidad que existe para la protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes:

“En cuanto al inciso 3° del artículo 7° del proyecto debe también resaltarse que no sólo el Estado y las entidades educativas deben desarrollar acciones para evitar el uso inadecuado de los datos personales de los menores de 18 años sino que también son responsables en el aseguramiento de dicha garantía (i) los progenitores u otras personas que se encuentren a cargo de su cuidado y los educadores; (ii) el legislador, quien debe asegurarse que en cumplimiento de sus funciones legislativas, específicamente, en lo referente al tratamiento de los datos personales de los menores de 18 años, dicha normativa no deje de contener las medidas adecuadas de protección para garantizar su desarrollo armónico e integral, y la efectividad de sus derechos fundamentales contenidos en la Constitución Política y en los estándares internacionales que existen sobre la materia; (iii) el sistema judicial; específicamente los servidores públicos deben proteger los derechos derivados del uso de los datos personales de los menores de 18 años observando los estándares internacionales o documentos especializados sobre la materia; (iv) los medios de comunicación; (v) las empresas que proveen los servicios de acceso a la Internet, desarrollan las aplicaciones o las redes sociales digitales, a quienes se advierte que deben comprometerse en la defensa de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.” (10)

Finalmente, la Corte Constitucional concluye que en ciertos casos sí es posible el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes:

“Esta Sala observa que la interpretación del inciso segundo, no debe entenderse en el sentido de que existe una prohibición casi absoluta del tratamiento de los datos de los menores de 18 años, exceptuando los de naturaleza pública, pues ello, daría lugar a la negación de otros derechos superiores de esta población como el de la seguridad social en salud, interpretación ésta que no se encuentra conforme con la Constitución. De lo que se trata entonces, es de reconocer y asegurar la plena vigencia de todos los derechos fundamentales de esta población, incluido el habeas data.

En este mismo sentido, debe interpretarse la expresión “naturaleza pública”. Es decir, el tratamiento de los datos personales de los menores de 18 años, al margen de su naturaleza, pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando el fin que se persiga con dicho tratamiento responda al interés superior de los niños, las niñas y adolescentes y se asegure sin excepción alguna el respeto de sus derechos prevalentes.

Sumado a la efectividad del interés superior de esta población, también es importante que se les asegure su derecho a ser escuchados en todos los asuntos que los afecten; y el tratamiento de sus datos, sin duda alguna, es un asunto que les concierne directamente.

En definitiva, siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante que la opinión del menor de 18 años sea siempre tenida en cuenta, pues la madurez con que expresen sus juicios acerca de los hechos que los afectan debe analizarse caso por caso. La madurez y la autonomía no se encuentran asociadas a la edad, más bien están relacionadas con el entorno familiar, social, cultural en el cual han crecido. En este contexto, la opinión del niño, niña, y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y el elemento subjetivo de la norma “madurez” deberá analizarse en concreto, es decir, la capacidad que ellos tengan de entender lo que está sucediendo (el asunto que les concierne) y derivar sus posibles consecuencias.

En definitiva, el inciso segundo del artículo objeto de estudio es exequible, si se interpreta que los datos de los niños, las niñas y adolescentes pueden ser objeto de tratamiento siempre y cuando no se ponga en riesgo la prevalencia de sus derechos fundamentales e inequívocamente responda a la realización del principio de su interés superior, cuya aplicación específica devendrá del análisis de cada caso en particular.” (11)

De acuerdo con lo cual, será posible de manera excepcional el tratamiento de datos personales de los niños, niñas y adolescentes cuando se cumplan los siguientes criterios:

- La finalidad del tratamiento responda al interés superior de los niños, niñas y adolescentes
- Se asegure el respeto de sus derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes.
- De acuerdo con la madurez del niño, niña o adolescente se tenga en cuenta su opinión.
- Se cumpla con los requisitos previstos en la Ley 1581 de 2012 para el tratamiento de datos personales.

Es de resaltar que dichos requisitos serán incorporados en el decreto que reglamentará la materia, el cual está siendo preparado por el Gobierno Nacional, y cuyo borrador puede ser consultado en la siguiente página web: <https://www.mincomercio.gov.co/publicaciones.php?id=3655>.

2.2 Segunda y tercera pregunta.

De acuerdo con el pronunciamiento de la Corte Constitucional al que se hizo referencia en el numeral inmediatamente anterior del presente concepto, cuando se cumpla con ciertos requisitos, se puede llevar a cabo el tratamiento de datos personales de niños, niñas y adolescentes, caso en el cual se deberá cumplir con los principios y deberes previstos en la Ley 1581 de 2012.

La representación legal de los incapaces, categoría dentro de la cual se encuentran los niños, niñas y adolescentes, de acuerdo con el artículo 62 del Código Civil corresponde a sus representantes legales.

En esta medida, para el tratamiento de un dato personal de un niño, niña o adolescente, la autorización previa para dicho tratamiento debe ser otorgada por el representante legal del menor, los cuales, en principio, serán conjuntamente sus padres, y se aplicará lo previsto en la Ley 1581 de 2012. Específicamente la autorización previa será abordada al hacer referencia al principio de libertad.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, que en la medida de lo posible, debe contarse con la opinión del niño, niña y adolescente, según analizó la Corte Constitucional en la Sentencia C-748 de 2011.

A continuación, se analizan los deberes que tienen los responsables y encargados del tratamiento de datos personales.

2.2.1 Deberes de los Responsables y Encargados del tratamiento de datos personales.

Se debe tener en cuenta los conceptos de Responsables y Encargados del tratamiento de datos personales, los cuales están consignados en los literales d y e del artículo 3 de la Ley 1581 de 2012:

“d) Encargado del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, realice el Tratamiento de datos personales por cuenta del Responsable del Tratamiento;

e) Responsable del Tratamiento: Persona natural o jurídica, pública o privada, que por sí misma o en asocio con otros, decida sobre la base de datos y/o el Tratamiento de los datos;” (12)

2.2.1.1 Deberes de los Responsables del tratamiento de datos personales.

En su artículo 17 la Ley 1581 de 2012 consagra los deberes de los Responsables del tratamiento de datos personales:

“Deberes de los Responsables del Tratamiento. Los Responsables del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;

b) Solicitar y conservar, en las condiciones previstas en la presente ley, copia de la respectiva autorización otorgada por el Titular;

c) Informar debidamente al Titular sobre la finalidad de la recolección y los derechos que le asisten por virtud de la autorización otorgada;

d) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;

e) Garantizar que la información que se suministre al Encargado del Tratamiento sea veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible;

f) Actualizar la información, comunicando de forma oportuna al Encargado del Tratamiento, todas las novedades respecto de los datos que previamente le haya suministrado y adoptar las demás medidas necesarias para que la información suministrada a este se mantenga actualizada;

g) Rectificar la información cuando sea incorrecta y comunicar lo pertinente al Encargado del Tratamiento;

h) Suministrar al Encargado del Tratamiento, según el caso, únicamente datos cuyo Tratamiento esté previamente autorizado de conformidad con lo previsto en la presente ley;

i) Exigir al Encargado del Tratamiento en todo momento, el respeto a las condiciones de seguridad y privacidad de la información del Titular;

j) Tramitar las consultas y reclamos formulados en los términos señalados en la presente ley;

k) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y en especial, para la atención de consultas y reclamos;

l) Informar al Encargado del Tratamiento cuando determinada información se encuentra en discusión por parte del Titular, una vez se haya presentado la reclamación y no haya finalizado el trámite respectivo;

m) Informar a solicitud del Titular sobre el uso dado a sus datos;

n) Informar a la autoridad de protección de datos cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares.

o) Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio. Revocar la autorización dada para el tratamiento de datos personales o solicitar la supresión del dato cuando en su tratamiento no se hayan respetado los principios y garantías constitucionales y legales. Esto procede cuando la Superintendencia de Industria y Comercio haya determinado que el Responsable del tratamiento o el Encargado del tratamiento ha incurrido en conductas contrarias a la Constitución o a la Ley 1581 de 2012.” (13)

Es de resaltar que el incumplimiento de los deberes a cargo de los Responsables del Tratamiento de datos personales constituye una infracción que podrá ser sancionada por la Superintendencia de Industria y Comercio, previa investigación por parte de la Delegatura de Protección de Datos Personales.

En relación con los Responsables del tratamiento de los datos personales la Corte Constitucional manifestó:

“(…) [L]os responsables del tratamiento tienen mayores compromisos y deberes frente al titular del dato, pues son los llamados a garantizar en primer lugar el derecho fundamental al habeas data, así como las condiciones de seguridad para impedir cualquier tratamiento ilícito del dato. La calidad de responsable igualmente impone un haz de responsabilidades, específicamente en lo que se refiere a la seguridad y a la confidencialidad de los datos sujetos a tratamiento. (…)” (14)

2.2.1.2 Deberes de los Encargados del tratamiento de datos personales.

Por su parte el artículo 18 la Ley 1581 de 2012 consagra los deberes de los Encargados del Tratamiento de datos personales:

“Deberes de los Encargados del Tratamiento. Los Encargados del Tratamiento deberán cumplir los siguientes deberes, sin perjuicio de las demás disposiciones previstas en la presente ley y en otras que rijan su actividad:

- a) Garantizar al Titular, en todo tiempo, el pleno y efectivo ejercicio del derecho de hábeas data;*
- b) Conservar la información bajo las condiciones de seguridad necesarias para impedir su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;*
- c) Realizar oportunamente la actualización, rectificación o supresión de los datos en los términos de la presente ley;*
- d) Actualizar la información reportada por los Responsables del Tratamiento dentro de los cinco (5) días hábiles contados a partir de su recibo;*
- e) Tramitar las consultas y los reclamos formulados por los Titulares en los términos señalados en la presente ley;*
- f) Adoptar un manual interno de políticas y procedimientos para garantizar el adecuado cumplimiento de la presente ley y, en especial, para la atención de consultas y reclamos por parte de los Titulares;*
- g) Registrar en la base de datos las leyenda "reclamo en trámite" en la forma en que se regula en la presente ley;*

h) Insertar en la base de datos la leyenda "información en discusión judicial" una vez notificado por parte de la autoridad competente sobre procesos judiciales relacionados con la calidad del dato personal;

i) Abstenerse de circular información que esté siendo controvertida por el Titular y cuyo bloqueo haya sido ordenado por la Superintendencia de Industria y Comercio;

j) Permitir el acceso a la información únicamente a las personas que pueden tener acceso a ella;

k) Informar a la Superintendencia de Industria y Comercio cuando se presenten violaciones a los códigos de seguridad y existan riesgos en la administración de la información de los Titulares;

l) Cumplir las instrucciones y requerimientos que imparta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Parágrafo. En el evento en que concurran las calidades de Responsable del Tratamiento y Encargado del Tratamiento en la misma persona, le será exigible el cumplimiento de los deberes previstos para cada uno." (15)

De la misma manera que ocurre con los Responsables del Tratamiento de los datos personales, los Encargados del Tratamiento de los datos personales pueden ser investigados y sancionados por el incumplimiento de dichos deberes. Adicionalmente, y según lo dispone el citado parágrafo del artículo 18 de la Ley 1581 de 2012 cuando concurran en una misma persona las calidades de Encargado y Responsable, deberá cumplir con los deberes previstos para ambos.

2.2.2 Principios para el tratamiento de datos personales.

En el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 se consagran los principios que rigen el tratamiento de datos personales:

“Principios para el Tratamiento de datos personales. En el desarrollo, interpretación y aplicación de la presente ley, se aplicarán, de manera armónica e integral, los siguientes principios:

a) Principio de legalidad en materia de Tratamiento de datos: El Tratamiento a que se refiere la presente ley es una actividad reglada que debe sujetarse a lo establecido en ella y en las demás disposiciones que la desarrollen;

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

c) Principio de libertad: El Tratamiento sólo puede ejercerse con el consentimiento, previo, expreso e informado del Titular. Los datos personales no podrán ser obtenidos o divulgados sin previa autorización, o en ausencia de mandato legal o judicial que releve el consentimiento;

d) Principio de veracidad o calidad: La información sujeta a Tratamiento debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el Tratamiento de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;

e) Principio de transparencia: En el Tratamiento debe garantizarse el derecho del Titular a obtener del Responsable del Tratamiento o del Encargado del Tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan;

f) Principio de acceso y circulación restringida: El Tratamiento se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos personales, de las disposiciones de la presente ley y la Constitución. En este sentido, el Tratamiento sólo podrá hacerse por personas autorizadas por el Titular y/o por las personas previstas en la presente ley;

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán estar disponibles en Internet u otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los Titulares o terceros autorizados conforme a la presente ley;

g) Principio de seguridad: La información sujeta a Tratamiento por el Responsable del Tratamiento o Encargado del Tratamiento a que se refiere la presente ley, se deberá manejar con las medidas técnicas, humanas y administrativas que sean necesarias para otorgar seguridad a los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta, uso o acceso no autorizado o fraudulento;

h) Principio de confidencialidad: Todas las personas que intervengan en el Tratamiento de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende el Tratamiento, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos personales cuando

ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma.” (16)

Así mismo debe tenerse en cuenta que dentro de las funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de autoridad de protección de datos se encuentra la de vigilar que en el Tratamiento de los datos personales se respeten dichos principios. (17)

A continuación se analizan algunos de dichos principios.

2.2.2.1 Principio de legalidad.

El principio de legalidad se refiere principalmente a que la actividad de tratamiento de datos personales es reglada y en consecuencia, se debe dar cumplimiento estricto a las normas que la regulan.

Al respecto la Corte Constitucional consideró:

“El principio encierra el principal objetivo de la regulación estatutaria: someter el tratamiento de datos a lo establecido en las normas, fijar límites frente a los responsables y encargados del tratamiento y garantizar los derechos de los titulares de los mismos. En estos términos, tal y como se explicó anteriormente, a partir del principio de libertad, la jurisprudencia constitucional señaló que el dato debía ser adquirido, tratado y manejado de manera lícita. Además, responde al llamado principio de licitud y lealtad al que se refieren los estándares internacionales sobre la materia.” (18)

2.2.2.2 Principio de finalidad.

El principio de finalidad exige que el fin perseguido al hacer el tratamiento de datos personales sea legítimo en relación con la Constitución y la ley, al respecto la Corte Constitucional ha precisado:

“Por una parte, los datos personales deben ser procesados con un propósito específico y explícito. En ese sentido, la finalidad no sólo debe ser legítima sino que la referida información se destinará a realizar los fines exclusivos para los cuales fue entregada por el titular. (...)

Así mismo, los datos personales deben ser procesados sólo en la forma que la persona afectada puede razonablemente prever. Si, con el tiempo, el uso de los datos personales cambia a formas que la persona razonablemente no espera, debe obtenerse el consentimiento previo del titular.

Por otro lado, de acuerdo la jurisprudencia constitucional y los estándares internacionales relacionados previamente, se observa que el principio de finalidad implica también: (i) un ámbito temporal, es decir que el periodo de conservación de los datos personales no exceda del necesario para alcanzar la necesidad con que se han registrado y (ii) un ámbito material, que exige que los datos recaudados sean los estrictamente necesarios para las finalidades perseguidas.

En razón de lo anterior, el literal b) debe ser entendido en dos aspectos.

Primero, bajo el principio de necesidad se entiende que los datos deberán ser conservados en una forma que permita la identificación de los interesados durante un periodo no superior al necesario para los fines para los que fueron recogidos. Es decir, el periodo de conservación de los datos personales no debe exceder del necesario para alcanzar la necesidad con que se han registrado. (...)

Segundo, los datos personales registrados deben ser los estrictamente necesarios para el cumplimiento de las finalidades perseguidas con la base de datos de que se trate, de tal forma que se encuentra prohibido el registro y divulgación de datos que no guarden estrecha relación con el objetivo de la base de datos. En consecuencia, debe hacerse todo lo razonablemente posible para limitar el procesamiento de datos personales al mínimo necesario. Es decir, los datos deberán ser: (i) adecuados, (ii) pertinentes y (iii) acordes con las finalidades para las cuales fueron previstos.” (19)

De acuerdo con lo cual, el tratamiento de los datos personales no solamente debe perseguir un fin legítimo, sino que los datos deben ser los estrictamente necesarios para la obtención de dicha finalidad y el periodo de conservación de los mismos no puede ser más del necesario para el fin perseguido.

2.2.2.3 Principio de libertad.

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.” (20)

2.2.2.4 Principio de acceso y circulación restringida.

Este principio exige que el tratamiento de los datos personales solamente sea realizado por el Titular del dato y por las personas autorizadas por la ley, en consecuencia, se encuentra prohibida su divulgación masiva, salvo que se trate de información pública.

En relación con este numeral la Corte Constitucional precisa:

“[L]a norma debe entenderse que también se encuentra prohibida toda conducta tendiente al cruce de datos entre las diferentes bases de información, excepto

cuando exista una autorización legal expresa, es decir, lo que la jurisprudencia ha denominado el principio de individualidad del dato. Como consecuencia de lo anterior, queda prohibido generar efectos jurídicos adversos frente a los Titulares, con base, únicamente en la información contenida en una base de datos. (...)

De otra parte, cabe señalar que aun cuando se trate de información pública, su divulgación y circulación está sometida a los límites específicos determinados por el objeto y finalidad de la base de datos.” (21)

2.2.2.5 Otros principios que se entienden incluidos en la Ley 1581 de 2012

La Corte Constitucional al evaluar la constitucionalidad del proyecto de ley que pasaría a ser la Ley 1581 de 2012 determinó que en adición a los principios consagrados expresamente en el artículo 4 de dicha norma, se debe entender que la misma está también conformada por otros principios, unos que se derivan directamente de la Constitución Política y otros del núcleo temático de la Ley.

En relación con los que se derivan de la Constitución dicho tribunal manifestó:

“Además de las obligaciones derivadas de los principios rectores del proceso de administración de bases de datos personales, existen otros que tienen su origen directo en normas constitucionales, específicamente: (i) la prohibición de discriminación por las informaciones recaudadas en las bases de datos, (ii) el principio de interpretación integral de los derechos constitucionales y (iii) la obligación de indemnizar los perjuicios causados por las posibles fallas en el proceso de administración de datos.

Así las cosas, en virtud de la aplicación del principio pro homine, propio de la interpretación de las normas de la Carta Política, la administración de datos personales deberán, en todo caso, subordinarse a la eficacia de los derechos fundamentales del individuo. Así mismo, los principios deben entenderse de manera armónica, coordinada y sistemática, respetando en todo caso los contenidos básicos del derecho fundamental al habeas data.” (22)

Finalmente, de acuerdo con la Corte Constitucional, los siguientes principios derivan del núcleo temático de la Ley 1581 de 2012:

“Por otra parte, advierte la Sala que existen principios que, a pesar de no encontrarse numerados en el artículo 4, se entienden incorporados en razón de una lectura sistemática del Proyecto de Ley Estatutaria: (i) principio de la proporcionalidad del establecimiento de excepciones: La Ley consagra materias exceptuadas, más no excluidas, del régimen general de la administración de

datos, tal y como se explicó en el análisis del ámbito de aplicación de la norma. Sin embargo, tal tratamiento especial debe estar justificado en términos de proporcionalidad y responder a los estándares internacionales de protección, (ii) principio de autoridad independiente: la adopción de una normatividad sólo es efectiva si se garantiza que dentro de la estructura del Estado exista un órgano encargado de garantizar el respeto de los principios anteriormente desarrollados. Esta autoridad debe garantizar imparcialidad e independencia y (iii) principio de exigencia de estándares de protección equivalentes para la transferencia internacional de datos: Tal y como se deduce del artículos 26 del Proyecto de Ley Estatutaria, existe una prohibición de transferencia internacional a cualquier tipo de países que no proporcionen niveles adecuados de protección de datos.”
(23)

3. Conclusiones

- 3.1 Las imágenes se enmarcan dentro del concepto de dato personal y en consecuencia, les resulta aplicable la Ley 1581 de 2011 y, en general, el régimen de protección de datos personales.
- 3.2 En principio, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 1581 de 2012 está prohibido el tratamiento de los datos personales de los niños, niñas y adolescentes, sin embargo, la Corte Constitucional consideró que puede darse el tratamiento de dichos datos siempre y cuando se cumpla con unos determinados requisitos.
- 3.3 Los artículos 17 y 18 de la Ley 1581 de 2012 regulan los deberes de los Responsables y Encargados del Tratamiento de los datos personales.
- 3.4 Los principios que deben regir el Tratamiento de datos personales están consagrados en el artículo 4 de la Ley 1581 de 2012 en adición a aquellos derivados de la Constitución y del núcleo esencial de la Ley, de acuerdo por lo manifestado por la Corte Constitucional.
- 3.5 Cuando se trate de datos personales de niños, niñas y adolescentes la autorización previa para el tratamiento debe ser dada por el representante legal, contando, en lo posible, con la opinión del menor.

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) *Ibidem*.
- (4) Literal c artículo 3 Ley 1581 de 2012.

- (5) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (6) Literal e artículo 3 Ley 1266 de 2008.
- (7) Artículo 7 Ley 1581 de 2012.
- (8) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (9) Ibídem
- (10) Ibídem
- (11) Ibídem
- (12) Literales d y e artículo 3 Ley 1581 de 2012.
- (13) Artículo 17 Ley 1581 de 2012.
- (14) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (15) Artículo 18 Ley 1581 de 2012.
- (16) Artículo 4 Ley 1581 de 2012.
- (17) Ver artículo 19 Ley 1581 de 2012.
- (18) Corte Constitucional, Sentencia C-748 de 2011, Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.
- (19) Ibídem.
- (20) Ibídem.
- (21) Ibídem.
- (22) Ibídem.
- (23) Ibídem.

Atentamente,

WILLIAM ANTONIO BURGOS DURANGO
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: Mariana Naranjo Arango
Revisó: William Burgos Durango
Aprobó: William Burgos Durango