



GACETA DEL CONGRESO

SENADO Y CÁMARA

(Artículo 36, Ley 5ª de 1992)

IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA
www.imprenta.gov.co

ISSN 0123 - 9066

AÑO XXV - N° 291

Bogotá, D. C., jueves, 19 de mayo de 2016

EDICIÓN DE 32 PÁGINAS

DIRECTORES:

GREGORIO ELJACH PACHECO
SECRETARIO GENERAL DEL SENADO
www.secretariasenado.gov.co

JORGE HUMBERTO MANTILLA SERRANO
SECRETARIO GENERAL DE LA CÁMARA
www.camara.gov.co

RAMA LEGISLATIVA DEL PODER PÚBLICO

SENADO DE LA REPÚBLICA

ACTAS DE COMISIÓN

COMISIÓN PRIMERA
CONSTITUCIONAL PERMANENTE
DEL HONORABLE SENADO REPÚBLICA
AUDIENCIA PÚBLICA DE 2016

(mayo 5)

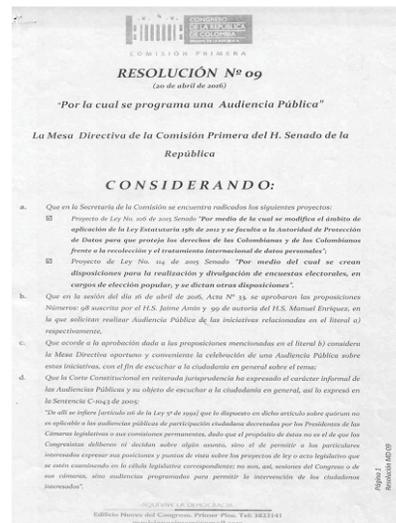
– **Proyecto de ley número 106 de 2015 Senado,** por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales.

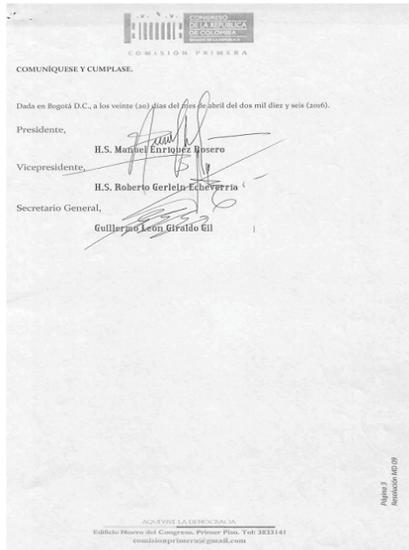
– **Proyecto de ley número 114 de 2015 Senado,** por medio de la cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales, en cargos de elección popular, y se dictan otras disposiciones.

Convocada mediante Resolución número 09 del 20 de abril de 2016, con el fin de escuchar a las personas naturales o jurídicas interesados en presentar opiniones u observaciones al Proyecto de ley número 106 de 2015 Senado y el Proyecto de ley número 114 de 2015 Senado.

Siendo las 9:31 a. m. del día 5 de mayo de 2016, en el Salón Guillermo Valencia – Capitolio Nacional recinto de sesiones de la Comisión Primera de Senado, en la ciudad de Bogotá, D. C., se da inicio a la Audiencia Pública previamente convocada y con la presencia de los honorables Senadores miembros de la Comisión Primera del honorable Senado, presidida por el honorable Senador Jaime Amín Hernández y el honorable Senador Manuel Enríquez Rosero.

Atendiendo instrucciones de la Presidencia por Secretaría se da lectura a la Resolución número 09.





Secretario:

Al respecto me permito informarle, señor Presidente, que conforme la resolución se sacó un aviso en un diario de circulación nacional y en el canal Congreso se invitó permanentemente en los últimos días a la comunidad a que interviniera en esta audiencia; como resultado se inscribieron para intervenir:

– Proyecto de ley número 106 de 2015 Senado

- Alberto Samuel Yohai, Presidente CCIT
- Antonio Medina Gómez, Presidente de ACUI
- Martha Isabel Castañeda Curvelo, Viceprocuradora
- Andrea Liliana Romero López, Defensora delegada de la Defensoría del Pueblo.
- Carolina Botero Cabrera, Directora Fundación Karisma
- Germán Enrique Bacca Medina, Superintendente delegado para la protección de datos personales Superintendencia de Industria y Comercio
- Nelson Remolina Angarita, Director del Grupo de Estudios en Internet.
- Angélica Natalia Guerra Caicedo, Telefónica de Movistar

– Proyecto de ley número 114 de 2015 Senado

- Jorge Ricardo Palomares G., Docente Derecho Público Universidad Libre
- Nohora Sanín Posada, Directora de Andiarrios.

El honorable Senador Jaime Amín Hernández, quien preside la audiencia pública, se dirige a la audiencia en los siguientes términos:

Muchas gracias, señor Secretario. damos entonces inicio formal a esta audiencia pública en mi condición de Senador autor del Proyecto de ley número 106 del 2015, que busca regular y darle un marco normativo y de alcance procedimental a la ley de *habeas data* en Colombia como derecho fundamental consagrado en el artículo XV.

Quiero agradecer a las autoridades, la señora Viceprocuradora; la Delegada del Defensor del Pueblo, como lo mencioné antes; al doctor Nelson Remolina, del Departamento de Derecho Informático de la Universidad de los Andes; el doctor Abelardo de la Espriella, abogado tratadista; también y a quienes nos acompañan en la mañana de hoy en esta audiencia que busca fundamentalmente generar un espacio de discusión sobre un tema de mucha actualidad, muy sensible como es la recolección y tratamiento de los datos de los ciudadanos colombianos por parte de empresas que operando en el país manejen este tipo de información muy sensible, reservada, pero no están hoy de acuerdo a la ley colombiana sujetas al control y eventual sanción del Estado colombiano a través de la autoridad, que es la Superintendencia de Industria y Comercio.

Quiero brevemente compartirles que hace doce años, cuando también tuve el privilegio de representar a mi región desde la Cámara de Representantes, me motivó acercarme a un tema en ese momento novedoso en Colombia que era el tema del *habeas data*, que si bien es cierto tenía un consagración constitucional en el artículo XV comoquiera que todos los ciudadanos colombianos tiene derecho al buen nombre, eso es lo que significa *habeas data*, y a que las autoridades y el Estado les proteja ese buen nombre frente a la recolección, almacenamiento y tratamiento que hacen los operadores públicos o privados en los bancos de datos, en las centrales de riesgo, etc., pero que no había ley en ese momento. Nos dimos a la tarea de estructurar en compañía de autoridades públicas y privadas en ese momento un proyecto de ley que más tarde se consolidó como la Ley 1266 del año 2008, que fue realmente la primera ley de *habeas data* que hubo en Colombia porque en ese momento el derecho del ciudadano colombiano estaba sujeto a que su garantía, su reconocimiento y su protección viniera por cuenta del ejercicio de la acción de tutela, mecanismo transitorio que, como lo dice la Constitución, ampara un derecho fundamental, el riesgo de ser perturbado, y que miles y miles de colombianos que buscaban acceder al sistema financiero no lo podían hacer para acceder a créditos porque cuando presentaban la documentación, la respuesta del otro lado del escrito o de la línea era, señor, no le podemos dar el crédito porque usted aparece reportado en Datacrédito, en Covinoc o en cualquier otra central de riesgo.

Entonces tenía que ejercer su derecho fundamental al buen nombre a través de una acción de tutela; eso motivó a que la Corte Constitucional varias veces instara al Congreso para que el Congreso expidiera un marco regulatorio y normativo propicio para que los colombianos tuvieran la defensa y la protección debida.

Comenzamos entonces un ejercicio; el doctor Remolina, una autoridad en la materia en Colombia y Latinoamérica, de la Universidad de los Andes, también estuvo allí generosamente acompañándonos y en un trabajo con el Ministerio de Hacienda, recuerdo al doctor Alberto Carrasquilla, Director de Fogafin; Andrés Flórez; Guillermo Botero, de Fenalco; Fabio Villegas, de ANIF, en fin, armamos toda una estrategia de interacción entre el sector público y privado y a lo largo de dos o tres años de trabajo pudimos darle, señora Viceprocuradora, un nacimiento. Fue como la génesis de lo que hoy existe en Colombia del *habeas data*.

Creo que fue un enorme primer paso para normativizar lo que antes estaba solamente como un derecho potencial que el ciudadano podía ejercerlo a través de una acción de tutela, pero fue un gran primer paso; la legislación colombiana se puso a tono con lo que otras similares de Latinoamérica, en especial Argentina y Brasil, ya tenían en cuanto a la protección y el tratamiento y almacenamiento de datos de los ciudadanos colombianos.

Obviamente ya con una ley, un marco normativo y regulatorio, el ciudadano tiene, repito, un camino legal en la Ley 1266, que está enfocado a las bases de datos, particularmente de información financiera, crediticia y comercial; ya la Ley 1581 del 2012, una ley posterior que amplió un poquito el marco de acción y universaliza los preceptos del *habeas data* en Colombia, deja sin embargo el resquicio y el vacío digamos para que el Congreso de la República como lo pretende hacer de nuestro Proyecto de ley número 106 de 2015 lleve a estos operadores de datos, empresas muy poderosas en el mundo que sin tener domicilio en Colombia, hablamos a título de ejemplo, Facebook, de Instagram, de Google, portales informáticos de comprar como eBay, Amazon, etc., que son usados por miles y miles de colombianos a diario y en donde cuando se presenta algún tipo de problema, diríamos del ciudadano que ejerce ese derecho por ejemplo de compra o que publica una información en uno de estos portales y tiene la necesidad de que se le actualice, se rectifique, se le retire de esa base de datos algo que le causa un perjuicio o que no corresponde a la realidad, el vacío normativo de hoy implica que ese ciudadano tiene dos opciones: o acudir nuevamente a la acción de tutela o como dicen aquí en la facultades derecho de Bogotá ir a quejarse al mono de la pila.

Porque desafortunadamente no hay en la ley, ni en la 1266 ni la 1581, un instrumento coercitivo de protección legal del derecho del colombiano para que el Estado le responda. Entonces lo que pretende el proyecto, repito, es que esa protección de datos, la recolección y tratamiento y almacenamiento, también en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, se proteja al ciudadano colombiano.

Y básicamente lo que busca entonces es que ese ámbito de aplicación de los datos personales sea también nacional e internacional y que tenga un tratamiento automatizado y manual.

La Ley 1266 del 2008, que es ley para los colombianos, tiene el enfoque del dato financiero, que quizás es el más relevante, porque si le preguntan a un colombiano ¿usted sabe qué es el *habeas data*?, el 90 por ciento de pronto no maneja el tema, que es un derecho fundamental consagrado en favor de la Constitución, el derecho al buen nombre; pero si la persona le dice “¿usted conoce Datacrédito?”, todo el mundo identifica la central de riesgo como aquella que de manera positiva o negativa reposan sus datos y eso le causa un perjuicio o un beneficio.

Yo quiero decir algo también, que quede como constancia en esta audiencia: Hemos tratado de ser en la medida de nuestras posibilidades muy responsables en el manejo de este asunto, señora Viceprocuradora, y lo digo por lo siguiente: porque para mí no es de grata recordación decir que cuando manejamos el tema hace

diez u once años, a algún colega se le dio por presentar alegremente un proyecto también relacionado con el tema del *habeas data* que buscaba que en tres meses los colombianos que estuviesen en mora con el sector financiero se pusieran al día y prácticamente operara una amnistía automática, que gracias a Dios por supuesto nunca se elevó a rango de norma.

Porque eso era darle un golpe de gracia al sistema financiero, que, como todos los sabemos, necesita para prestar una plata que no es de él, porque el sistema financiero lo que tiene es la plata de los ahorradores colombianos que tiene que prestarles unas condiciones de seguridad y una de esas condiciones exigidas de seguridad es justamente que se maneje una información confiable de quien vaya a solicitar un crédito.

Porque si el banco es el que va a entregar un recurso que no es de él, sino de un tercero que es el ahorrador colombiano, para entregárselo a un tercero, no tiene una información confiable; la plata se puede perder en caso de que no sea una información o confiable o actualizada o revisada periódicamente; por eso es que hay una regla de tres en que a mayor conocimiento por parte de la entidad bancaria, disminuye el riesgo e incluso pueden bajar las tasas de interés para que el usuario final acceda al crédito.

Contrario sensu, si el banco no tiene una información confiable de la persona que está solicitando el crédito y le entrega el recurso, pues puede ser una persona que esté reportada, que sea mala paga, que tenga un historial crediticio muy malo y entonces eso evidenciaría no solamente una pérdida del recurso, sino que a falta del conocimiento de la información adecuada se pueda encarecer el crédito en Colombia. Entonces por eso yo he tratado de ser responsable en el manejo de los proyectos que he presentado; este es el segundo, y creemos si hay una adecuada información y actualización de lo que reposa en las centrales de riesgos de los ciudadanos colombianos sean buenas o sean malas pagas.

El colombiano es buena paga, la mayoría; yo creo que el doctor Remolina lo podrá decir ahora un poco más adelante. Yo creo que el 80, 85 por ciento de la gente que tiene préstamos con el sector financiero los paga, los cumple; pero por cuenta de ese 10 o 15 o 20 por ciento que no paga o que incumple periódicamente el sistema no puede verse afectado. Entonces para retomar el tema y abrir el debate con los invitados y las autoridades, yo quisiera terminar diciendo lo siguiente: lo primero es que no puede haber en Colombia nadie que opere por fuera o por encima del sistema; esto no tiene la pretensión ni de perseguir a las empresas que legítimamente adelantan una tarea de recolección de información, que venden u ofertan servicios, sino que las empresas en ejercicio de ese derecho de iniciativa privada tenga un control estatal.

Hoy desafortunadamente las redes sociales, el ciberespacio, ya eso es un mundo con una proyección infinita, diríamos los colombianos; el doctor remolina nos podrá ilustrar seguramente la proporción de colombianos cada vez más creciente que utilizan la plataforma tecnológica, que utilizan las redes sociales, que acceden al internet para tener mayor conocimiento y tienen una y, discúlpenme la expresión, una pata coja, como decimos, de esa mesa y es que no tienen

la adecuada protección legal en el tratamiento de su información personal o privada.

Nuestro proyecto en últimas busca darle una seguridad jurídica al ejercicio del derecho ciudadano del acceso a internet o a las plataformas tecnológicas, radicando, como existe hoy, en la Ley 1581, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, que, por cierto, no veo al delegado, el doctor Bacca, ya está llegando, nos informan que es por supuesto la persona con quien hemos venido interactuando.

No existe esa competencia, y cuando un usuario de Facebook o de Instagram necesita que se le corrija una información, acuda a la Superintendencia y la respuesta seguramente a la luz de la norma de la Superintendencia es no estamos facultados, no tenemos la competencia para ello, entonces seguramente habrá que contratar un abogado o presentar una acción de tutela o en fin acudir a la doctrina jurisprudencial para que se corrija esa falencia legal.

Obviamente, las medidas de protección que trae la 1581, que nosotros haríamos extensivas a los operadores de plataformas tecnológicas, trae como sanciones multas hasta de hasta 2.000 salarios mínimos legales, la suspensión de actividades relacionadas con el tratamiento de los datos hasta por seis meses para la empresa y eventualmente un cierre inmediato y definitivo que implique la suspensión de la operación del tratamiento de los datos sensibles.

Hay casos muy conocidos ya internacionalmente que se han hecho públicos por medios de prensa en donde la respuesta a la pregunta por qué es necesaria la protección contra quienes traten datos de colombianos en el exterior, entonces vemos que hay unos casos ya muy visibles en el entorno internacional como el de Charm contra Facebook, que fue una decisión que el tribunal europeo le dio la razón a un ciudadano danés, creo, concluyendo que Estados Unidos no garantizaba un nivel de protección adecuado en el tratamiento de los datos personales de los ciudadanos europeos. Entonces en consecuencia el tribunal europeo de justicia anuló el acuerdo de Safe Harbor, que no es una ley; este acuerdo es un acuerdo empresarial por el que las empresas grandes aseguran proteger los datos que recaudan, aunque los transfieran a Estados Unidos para destruirlos al cabo de un tiempo.

El tema de Edward Snowden también es muy visible en el concierto de la información internacional, incluso el de los papeles de los Wikileaks, donde también está también este ciudadano sueco exiliado en la embajada de Ecuador en Gran Bretaña, y unos datos interesantes que nos indican a las claras que esto es un tema muy sensible que cada vez va a tener más presencia social, más implicación social.

Por ejemplo, una información muy reciente de prensa decía que aumentaron la solicitud de datos de usuarios en Facebook de un 13 por ciento; esta red social, que es la más grande del mundo, del señor Zuckerberg, registró más de 55.000 casos de elementos restringidos por violar las leyes locales, es decir, Facebook anunció que había recibido solicitudes gubernamentales de un 13 por ciento más de datos privados de usuarios en la segunda mitad del 2015, con 46.000 peticiones, con más de 46.000 peticiones a nivel mundial. Hoy en día también hay un nuevo

marco de transferencia de datos entre Estados Unidos, que no tiene una ley escrita digamos de protección de datos, pero que tiene como para plantear el derecho al olvido en un rango de diez años, muy superior a la Unión Europea, y el nombre de ese nuevo acuerdo entre Estados Unidos y la Unión Europea es el escudo de privacidad, así se llama el nuevo nombre, escudo de privacidad entre la Unión Europea y Estados Unidos por medio del cual los Estados Unidos se comprometen a garantizar los derechos fundamentales de los europeos en la transmisión de la información que involucre datos.

Uber, la plataforma Uber, que está muy de moda en Latinoamérica en estos días, vemos las noticias en Colombia, vemos las noticias en Argentina, esta aplicación entregó datos de catorce millones de usuarios al Gobierno de los Estados Unidos en lo que tiene que ver con un dato muy concreto.

En Colombia recientemente la Superintendencia de Industria y Comercio ordenó el bloqueo temporal de información para proteger el buen nombre de una ciudadana que no se le garantizó su derecho a la privacidad o acceder o corregir o actualizar la información que reposaba en una empresa que se llama Geostimac Media, S. A. S., por un tema de plagio que supuestamente habían acusado a esta mujer, acudió a la Superintendencia y la Superintendencia en este caso, como en otros, por ejemplo de Movistar, que es un operador de telefonía móvil, también multado por violar protección de datos personales.

Es decir, termino con un dato lamentando que la doctora Margarita Cabello, ¿ya llegó? ¿y llegó...? ¿la persona ya llegó? El doctor Gilberto, bueno, bienvenido, como observador, porque con relación a los bancos de datos hay un tema muy sensible que este Congreso también deberá abordar y es el momento a través del proyecto de ley nuestro. La Corte Suprema de Justicia ha buscado proteger también el derecho al olvido, pero esto obviamente choca o se superpone contra elementos antisociales que si bien han cumplido su condena, pensemos por ejemplo en un pederasta, en un Garavito, en una persona que ha cometido crímenes abominables y que de alguna manera está cumpliendo la sanción que le impone el Estado.

Hay, también lo ha dicho la Corte, el derecho a olvido para esa persona, para ese reo, para ese sentenciado que haya cumplido esa pena. Hay, obviamente hay un choque de posiciones, porque tratándose de ciertos delitos, doctor De la Espriella, podríamos pensar que si bien de pronto la persona no se resocializo del todo y ya goza por ejemplo de la libertad una vez cumplida la pena, pueda volver a caer con otro nombre, ¿no?, o borrándole de una base de datos donde aparezca como un criminal que abusó de menores, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que en principio también tendrían derecho a que fuesen borrados estas personas de los bancos de datos.

Eso es toda una controversia que se genera alrededor de esos temas y por eso la invitación que le cursamos a la honorable Corte Suprema de Justicia, en fin, no quiero extenderme, termino para abrir el debate y escuchar a los expertos. Señor Secretario, creo que es el momento por la actualidad noticiosa del tema en que este Congreso deba dar un paso adicional a los que ya ha dado normativamente y consagrar el derecho

fundamental de los ciudadanos colombianos a que también el alcance de protección del *habeas data* lo cobije frente, como dijimos al principio, a empresas extranjeras que operan en Colombia, pero que al no tener domicilio registrado en el país, no pueden responder ante los requerimientos ni de los ciudadanos ni de las autoridades.

Con esa conclusión, señor Secretario, damos formalmente inicio a esta audiencia pública agradeciendo la presencia de quienes nos acompañan y ruego a su señoría entonces darles curso con preferencia a las personas que se han inscrito para intervenir.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Alberto Yohai, Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones:

Por supuesto, Senador. A todos muy buenos días, Senador Amín, señor Secretario, a todos los presentes, muchísimo gusto. Mi nombre es Alberto Samuel Yohai, yo soy el Presidente de la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones; la CCIT es un gremio de carácter privado sin ánimo de lucro por supuesto que existe en el país hace 24 años. La Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones agrupa a 86 de las empresas globales de tecnología que sumadas representamos alrededor del 6 por ciento del producto interno bruto de Colombia.

Y dentro del espectro de empresas, para ir ubicándonos en el tiempo y en el espacio con esta importantísimo debate o conversatorio o sesión que muy amablemente nos han permitido participar, nosotros ahí tenemos asociados a operadores, tenemos fabricantes de redes, tenemos fabricantes de terminales y tenemos empresas de contenidos, muchas de las cuales el Senador mencionó recientemente, está asociado Facebook, está asociado Google, Microsoft, realmente toda la cadena de valor.

Y en este orden de ideas, primero que nada, quisiera yo celebrar la conversación del día de hoy, celebrar el hecho que esta respetable Comisión está pensando en temas TIC, está pensando en temas relacionados con las tecnologías de información y comunicaciones, y no es sorprendente ya que al final de cuentas los temas de las tecnologías y la información y las comunicaciones son cada vez más transversales y cada vez más relevantes a todos los distintos sectores de la economía. Esto va muy en función con lo que el Foro Económico Mundial actualmente está hablando de la revolución industrial 4.0.

Así que cuando el Senador correctamente menciona que estos son temas muy sensibles, estamos totalmente de acuerdo que lo son y son temas que irán incrementando no solamente en la frecuencia que vamos a ir bien no solamente en Colombia, pero a nivel global, pero también el manejo que la comunidad internacional o los países irán dándole a las diferentes particularidades y, por qué no decirlo, retos que este sector de la economía genera en materia legislativa, pero no solamente, repito, en Colombia, pero a nivel internacional.

En primer lugar, si me permiten, la opinión de esta agremiación o la agremiación que yo presido es que Colombia ya tiene un marco jurídico bastante bueno, incluso a nivel regional comparándonos con nuestros

vecinos, es un marco legal y regulatorio extraordinario, es muy fuerte y definitivamente ya ofrece una protección importante a los ciudadanos, tanto la Ley 1581 del 2012 como el decreto que lo reglamenta la 1337.

Desde el punto de vista de este proyecto de ley que nuevamente celebramos que esta Honorable Comisión esté pensando en estos términos y desde ya ofrezco nuestro total apoyo y colaboración para que hacia adelante demos todo tipo de debates alrededor de las nuevas particularidades legales TIC que no solamente enfrentará Colombia, pero son temas de discusión a nivel mundial. La invitación que quisiera yo extender muy respetuosamente en este momento es en vez de estar dando facultades territoriales nunca antes vistas y que no existen en otros países del mundo, más bien que Colombia se una a las importantes conversaciones que están dándose en diferentes escenarios internacionales.

Me explico: la Unión Europea recientemente ha generado una nueva discusión y ese acuerdo que mencionaba el Senador anteriormente, la no conformidad por parte de los europeos para con los estadounidenses en cuanto a la compartición y tratamiento de datos, quisiera yo compartir a todos los presentes que a partir de la semana pasada, hace diez días exactamente, ya hay un nuevo acuerdo de compartición de información sensible.

Ahora, temas relacionados con gobernanza en internet, temas relacionados con gobernanza en internet realmente son complejos y son complejos porque el primer principio de la gobernanza en internet y esos son principios que han sido establecidos internacionalmente que Colombia ha aceptado y ha suscrito es que en primer lugar el internet es libre y no conoce fronteras y por eso estamos aquí precisamente, porque como no se conocen o no se reconocen fronteras en materia de internet, este tipo de alternativas para generar extraterritorialidad para entidades públicas colombianas vemos que va ser muy complejo.

Si me permito, a modo de analogía es como decir que esta honorable Corporación va a darle facultades a la Policía Nacional para ir a otros países y empezar a arrestar ciudadanos ya sean colombianos o de otras partes en otros territorios. Como aquí no hay unas fronteras claramente establecidas, es realmente o sería realmente complejo no solamente al legislar, honorable Senador, pero de poner en práctica, casi que imposible diría yo; ahora, eso no significa que entonces debamos agachar la cabeza y no hacer nada y más bien despreocuparnos por los ciudadanos, que, nuevamente estamos totalmente de acuerdo, tienen todo el derecho que su información sea tratada de manera local, colombiano, de manera internacional sean tratados de una manera realmente adecuada. No hay que desconocer esa arquitectura en internet.

Inclusive, Senador, en una misma transacción que hace uno, cualquiera que sea que tenga que ver con compartición de datos, esa transacción puede llevarse a cabo en países distintos, países múltiples, de manera simultánea. Entonces realmente tener una entidad colombiana fiscalizando actividades que generan en materia de protección de datos fuera de nuestro territorio colombiano es bien bien complejo.

Ahora con respecto a la seguridad jurídica que merecemos todos los colombianos, y nuevamente estamos totalmente de acuerdo, ya hay unas prácticas internacionales por parte de países generando cooperaciones específicamente en materia de la práctica de pruebas o los procesos de obtener pruebas en diferentes asuntos. Nuestro sentir, nuestra opinión y para lo cual ofrecemos toda la colaboración, nuevamente como representantes del 6 por ciento del sector del producto interno bruto de la economía y dos terceras partes del sector TIC colombiano, es que activamente generemos esas mesas de trabajo, que apoyemos al Gobierno nacional para que estén realmente en cada uno de estos foros, los foros europeos, en el Study Commerce Bilateral de las TIC que ya existe entre el Ministro Luna y la FCC de los Estados Unidos, que sería el equivalente del Ministerio de las TIC americano. Ya existe un Study Commerce, y este tipo de cosas se pueden poner en la agenda precisamente para que haya un tratamiento muy acorde y muy responsable desde el punto de vista de compartición de datos.

También, una carta que hemos mandado desde el 16 de diciembre del año pasado al honorable Senador Carlos Fernando Mota, ponente del proyecto, mencionamos que realmente tenemos que tener mucho cuidado en no ir en contra de lo que es conocido pues como la soberanía de los Estados, porque así como se preguntaría uno la validez o qué tan viable es que una entidad como la Superintendencia de Industria y Comercio eventualmente pueda tomar cartas en el asunto relacionado como jugadores...

... Así como vemos poco viable o poco factible que una entidad como la SIC pueda llegar a desarrollar estas competencias que se propone en el proyecto de ley en el orden internacional, también tendríamos que pensar cuáles son las implicaciones que eventualmente otras entidades de otros países lleguen y quieran hacer lo mismo con nuestras empresas colombianas. Entonces nuevamente la invitación, señor Senador y todos los presentes, agradeciendo nuevamente este espacio que nos han dado, es que trabajemos conjuntamente el tema. Busquemos los acuerdos de colaboración, pero generar estas facultades o proponer facultades extraterritoriales a una entidad como la Superintendencia en este caso, vemos que no solamente sería poco práctico, pero también iría en contra de ciertas filosofías por ejemplo ya establecidas por la OEC en el marco del manejo de responsable y adecuado de la privacidad de los datos de los ciudadanos y esa transferencia transfronteriza de los mismos.

Nuevamente muchísimas gracias, Senador, y a todos los presentes por este tiempo.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Antonio Medina Gómez, Asociación Colombiana de Usuarios de Internet (ACUI):

Muy buenos días a todos, señor Senador Jaime Amín, miembros de la mesa y asistentes a esta audiencia pública. La Asociación Colombiana de Usuarios de Internet es una entidad sin ánimo de lucro, una organización de la sociedad civil que tiene como objetivo promover la socialización, el conocimiento, el aprovechamiento de las tecnologías de información y comunicaciones y en particular de internet; trabajamos

por mantener a internet como una red de comunicación abierta y libre.

Consideramos que internet es el más portentoso instrumento al servicio del desarrollo económico y social; trabajamos por fortalecer el modelo de gobernanza de internet en el que el Gobierno, la sociedad civil, la academia y el sector privado trabajan para construir en escenarios de consenso una internet orientada a promover el desarrollo del país y de los colombianos.

Consideramos que internet por su propia naturaleza brinda oportunidades a los colombianos para reducir la pobreza en un marco general en el que prevalece la neutralidad de la red, la seguridad jurídica, la confianza, la libertad de expresión y elementos todos basados en la normatividad y la ley.

Destacamos el liderazgo del honorable Senador Jaime Amín Hernández al liderar y convocar la participación de autoridades gubernamentales, expertos del sector público y privado y representantes de la sociedad civil en esta audiencia pública.

En primera instancia, es de fundamental importancia mencionar que el vertiginoso avance de las tecnologías de información y comunicaciones, y en particular de internet, definen una nueva sociedad y los roles de un nuevo ciudadano. En este contexto lo que se ha denominado como economía digital los datos personales de los ciudadanos una valiosa mercancía son una valiosa mercancía para organizaciones localizadas en Colombia y a nivel internacional que con la excusa de contar con un modelo de negocio podrían afectar los derechos de los ciudadanos en esta materia.

La Asociación Colombiana de Usuarios de Internet considera de fundamental importancia que el Estado colombiano y las autoridades correspondientes garanticen los derechos de los ciudadanos en el contexto de la sociedad de la información. Por tal motivo, la Asociación Colombiana de Usuarios de Internet, una organización, repito, de la sociedad civil que trabaja por los ciudadanos colombianos, respalda la iniciativa orientada a fortalecer y facultar a las entidades encargadas de vigilar celosamente y con eficiencia a los encargados de administrar y proteger adecuadamente la custodia como la seguridad de los datos personales de los colombianos.

Quiero mencionar dos tendencias importantes: La relacionada con lo que hoy se denomina como el internet de las cosas y el Big Data, elementos técnicos como una fase del desarrollo y el uso del internet en el que se recopilan datos de los ciudadanos muchas veces sin su consentimiento. En gran medida tenemos el compromiso y la responsabilidad de promover la adecuada educación, cultura y conocimiento en los colombianos para que se aseguren de entregar sus datos únicamente a través de procedimientos conocidos y en los que tenga la certeza del uso que se le van a dar a esos datos y del compromiso y responsabilidad de los administradores de la gestión y administración de esa información.

Si las entidades que lo hacen no tienen presencia en nuestro país, como ya lo mencionó el Senador, genera controles estrictos y eficaces para evitar que los datos de los colombianos estén en poder de estas organizaciones

que están utilizando esa información como moneda en una nueva economía digital.

Adicionalmente, es importante que el regulador desarrolle acciones para revisar lo que se conoce como los términos y condiciones y la denominada política de privacidad, que en la mayoría de las ocasiones son contratos que se definen y definen una relación desigual entre prestadores de servicios y el ciudadano, quien podría ser huérfano de instrumentos legales para actuar con total autonomía.

Una verdadera sociedad democrática debe contemplar dentro de sus marcos normativos los mecanismos de salvaguarda para los datos personales y la privacidad de los ciudadanos. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Martha Isabel Castañeda Curvelo, Viceprocuradora General de la Nación:

Gracias. Buenos días a todas y a todos. Señor Presidente, nuestros agradecimientos por la invitación cruzada para participar en esta audiencia pública. Voy a hacer unas breves consideraciones para concluir si compartimos o no el contenido del Proyecto de ley número 106.

La Ley 1581 de 2012 como norma estatutaria que regula el derecho fundamental de protección de datos personales expedido en medio en un contexto de sociedad de la información y las comunicaciones ha resultado, y hay que reconocerlo en este espacio, de gran importancia en Colombia para la consagración y la garantía de dicho derecho, mostrando impactos positivos para la población y respondiendo a las necesidades de custodiar los derechos de intimidad y *habeas data* en un escenario contemporáneo como en el que nos encontramos.

El legislador, para responder a las necesidades de contar con una autoridad nacional de protección de datos personales al momento de la expedición de la Ley 1581 de 2012, como ocurre en los países que cuentan con legislaciones similares, le otorgó funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio para cumplir con este cometido.

Sus funciones, de acuerdo con la mencionada ley estatutaria, se encuentran dirigidas a velar por el cumplimiento de la protección de los datos indicados en el país por parte de las organizaciones públicas y privadas que capturan, procesan y administran datos de personas que se encuentran en nuestro territorio nacional, es decir, para velar por el derecho fundamental a través de la vigilancia e inspección de y la aplicación de sanciones a aquellas organizaciones que incumplan con la disposición legal.

Las funciones de la Superintendencia a través de la delegatura de protección de datos personales interesan particularmente a la Procuraduría General de la Nación, dado que por mandato constitucional le corresponde a nuestra institución velar por la garantía de los derechos fundamentales de los colombianos.

Ahora bien, dentro de un contorno de captura y procesamiento de información a nivel global como en el que estamos inmersos, se requiere que las autoridades de protección de datos personales en cada país se interesen a su vez por velar, por proteger el derecho de datos personales más allá de sus fronteras con la

desterritorialización de la información y las facilidades para las grandes transferencias de datos a través de la internet.

De este modo, la protección de datos debe ser real, así como los riesgos que el espacio virtual implica, por lo que la Superintendencia en mención debe contar a nuestro juicio con un soporte legal para el ejercicio de su función como autoridad nacional de protección de datos personales.

En este sentido observamos que el espíritu del proyecto de ley concuerda íntegramente con la necesidad de extender la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para ejercer vigilancia sobre sujetos que si bien no residen o se localizan físicamente dentro de nuestro territorio, recolectan o tratan información de titulares del derecho ubicados en Colombia como lo indica el proyecto de ley, entre otras cosas, según la exposición de motivos, porque dicha Superintendencia entiende que su competencia se encuentra limitada para ello en las actuales circunstancias.

Si bien es cierto que la aplicación de las normas nacionales se limita al territorio, puede entenderse como válido que los países adelanten acciones de manera individual encaminadas a garantizar los derechos de sus residentes teniendo en cuenta los riesgos más allá del territorio y dadas las condiciones tecnológicas.

No obstante, debe notarse que se requieren instrumentos que en el plano internacional permitan hacer efectiva la protección de *habeas data*; ya la Ley 1581 en su artículo II mencionaba que la norma aplica “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”.

De ahí que si de acuerdo a la exposición de motivos la SIC ha visto limitada su posibilidad de actuación frente a la vulneración de la protección de datos personales por parte de organizaciones no ubicadas o domiciliadas dentro del territorio nacional, resulta menester fortalecer su competencia y capacidad de actuación sobre tales organizaciones. Sin embargo, reiteramos, se requiere de la gestión de instrumentos y capacidades suficientes para abordar la protección en el plano internacional.

En consonancia con lo anterior, el proyecto de ley marca la línea correcta para introducir este asunto dentro de la agenda internacional del país no como una preocupación en solitario de la República de Colombia, sino de todos los países del mundo. La protección de datos personales en un mundo de información global y virtual necesita la coordinación de las autoridades locales con los instrumentos internacionales pertinentes de manera efectiva, por lo que deben gestionarse los acuerdos internacionales que se consideren pertinentes para la regulación de este asunto de trascendencia mundial.

En suma, compartimos el contenido del proyecto de ley, pero apreciamos igualmente que es necesario adelantar los acuerdos de orden internacional en ese sentido, y adicionalmente como algunos puntos de reflexión frente a esta temática, la Procuraduría

estima que se debe fortalecer en sus capacidades a la Superintendencia para educar, capacitar, sensibilizar a las personas en el uso y cuidado de sus datos personales, principalmente a los menores de edad como medida preventiva.

La Procuraduría también observa que es necesario que los medios tecnológicos de recolección de información deban ser siempre visibles y conocidos para el titular de los datos personales, por lo que se requiere un mayor nivel de implementación de la ley por parte de quienes deben cumplirla y un mayor nivel de educación a los ciudadanos para que puedan exigir sus derechos.

De otra parte, como medida preventiva y con fundamento en el artículo XXVI de la Ley 1581 de 2012, estimamos que la autoridad nacional de protección de datos podría generar un listado que incluya a los países que cuentan con estándares de protección similares a los del ordenamiento jurídico colombiano; esto con el objetivo de evitar la transferencia de datos a países que no cumplan con estos estándares, pudiendo informar previamente a quienes en algún momento consideren viable tal transferencia.

Finalmente, vale la pena mencionar que Colombia realiza especialmente a través de este Congreso, así sea puntualizado con las leyes en mención, un gran esfuerzo por ampliar la cobertura y el acceso a internet, y que la magnitud de recolección de datos personales es directamente proporcional a este esfuerzo. Por tanto, se debe reflexionar sobre las cuantiosas oportunidades para algunos y las cargas para otros como lo es la protección de datos personales en manos de la autoridad nacional colombiana.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Andrea Liliana Romero López, Defensora Delegada de la Defensoría del Pueblo:

Buenos días para todos y todas. En primer lugar, pues quisiera agradecer la invitación hecha a la Defensoría del Pueblo por parte del Senador Amín y excusar al señor Defensor, Alfonso Cajiao Cabrera, por la inasistencia, debido a que tenía una agenda previamente concertada.

La Defensoría del Pueblo destaca la preocupación que motiva la presentación del proyecto de ley estatutaria en curso, referida a la aparente ausencia de legislación que protege a los colombianos y colombianas frente a la recolección y el tratamiento internacional de sus datos personales, especialmente a través de internet por empresas y personas ubicadas fuera del territorio nacional. Sin lugar a dudas, resulta necesario que el Congreso de la República debata estos temas y promueva su discusión amplia y experta.

Sin embargo, esta entidad considera que la iniciativa, como lo mencionaba la Viceprocuradora, busca dar una solución local a un problema global que requiere una solución internacional. A juicio de la Defensoría, la legislación actual es amplia y suficiente para garantizar la protección de datos personales de todos los residentes del país, aunque su tratamiento ocurra fuera del territorio nacional, siendo esta una interpretación conforme a la Constitución que se desprende del artículo II de la Ley 1581 de 2012, que ya tuvo la oportunidad de leer la Viceprocuradora y lo que

frente a su contenido determino la Corte Constitucional a través de la sentencia C-748 de 2011.

Concretamente, el inciso II del artículo II de la Ley 1581 estableció que el ámbito de aplicación de dicha legislación correspondía al tratamiento de datos personales efectuados en el territorio colombiano, y, segundo, fuera del territorio nacional cuando es llevado a cabo con un responsable o encargado del tratamiento al que le es aplicable la legislación colombiana en virtud de las normas y tratados internacionales.

Durante el control efectuado al Proyecto de Ley Estatutaria número 184 de 2010, 046 Cámara, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso II y señaló que en el ámbito de aplicación de la ley trascendía el factor territorial, ampliando así la protección a algunos tratamientos de datos personales que ocurren fuera del territorio nacional en virtud del factor subjetivo.

La Corte encontró indispensable la aplicación extraterritorial de los principios y estándares contenidos en la ley para garantizar la protección adecuada de los datos personales de las personas residentes en Colombia en atención a la globalización y el avance de nuevas tecnologías. En esta misma línea argumentativa, recientemente la Superintendencia de Industria y Comercio modificó un concepto propio del año 2014 que señalaba la falta de competencia de esa entidad para investigar el tratamiento de datos personales en las redes sociales, específicamente con respecto al tratamiento de la información personal registrada en la red social Facebook, debido a que dicha compañía no tenía domicilio en Colombia.

En lugar de la equívoca postura anterior, la autoridad nacional de protección de datos personales determinó que se encuentra completamente facultada por la Ley 1581 para garantizar el tratamiento de datos personales de los colombianos que comparten información personal a través de redes sociales en internet, de conformidad con los principios, derechos, garantías y procedimientos establecidos en la Ley 1581 de 2012.

La Superintendencia constató que no podía ser otra la interpretación derivada del contenido del artículo II de la Ley 1581 y de lo señalado por la Corte Constitucional a través de la sentencia C-748 de 2011 al analizar la constitucionalidad del ámbito de aplicación de la ley estatutaria de protección de datos personales. Además, señaló que la ley le otorga todas las herramientas para desarrollar sus atribuciones de vigilancia y control en temas de garantías del derecho al *habeas data* como la facultad de solicitar la colaboración de entidades internacionales para proteger el derecho a los titulares de la información, de conformidad con el literal j) del artículo XXI de la Ley 1581. Si bien esta postura se circunscribe al tratamiento de datos personales de nacionales por parte de la red social Facebook, pues puede ser tema que suscitó la elaboración del concepto. La interpretación acogida por la Superintendencia puede ser perfectamente ampliada y aplicada al análisis de casos relativos al tratamiento internacional de datos personales de residentes en Colombia.

En este orden de ideas, la Defensoría del Pueblo considera que la solución local a la problemática que plantea el proyecto de ley ya fue aclarada por la autoridad nacional de protección de datos personales, y en

cambio las precisiones y ampliación de la competencia de la Superintendencia que pretende el proyecto de ley estatutaria podrían generar confusiones para la debida aplicación de la ley. Por esta razón la Defensoría estima más apropiado implementar estrategias alternativas a la reforma legislativas, que podrían resultar más eficientes para asegurar la aplicación de la normatividad existente; por ejemplo, el impulso de la investigación de casos en la creación de mecanismos de colaboración intraautoridades y el sector privado y entre las autoridades nacionales de protección de datos, que permiten, por una parte, hacer responsables a los particulares por el tratamiento inadecuado y abusivo de datos personales y, por otro, exigir el cumplimiento y la efectividad de sus decisiones. La promoción y participación en escenarios que contribuyan a la formulación de un marco regulatorio digital para América Latina estaría en esta misma dirección.

En todo caso, de insistirse en el actual trámite del proyecto de ley, la Defensoría recomienda:

1. Ampliar la medida de protección a todos los habitantes del territorio, sean estos nacionales o extranjeros, pues está dirigida solamente a los colombianos y colombianas.

2. Impulsar el trámite de la iniciativa, considerando el poco tiempo con el que cuenta para surtir los cuatro debates exigidos para convertirse en ley de la República, pues a pesar de haberse presentado el proyecto en octubre del año pasado, a la fecha no cuenta con su primer informe de ponencia para primer debate. Por tratarse de una ley estatutaria, debería tramitarse en una sola legislatura.

3. Estudiar la posibilidad de proponer en una sola iniciativa las modificaciones y adiciones a la Ley 1581 de 2012 que sean necesarias con base en los distintos problemas y vacíos que desde la academia, la sociedad civil y las propias instituciones del Estado han sido identificados teniendo en cuenta el esfuerzo legislativo que implica tramitar un proyecto de ley estatutaria que exige la conclusión de su trámite en una sola legislatura y la aprobación por mayorías absolutas.

Algunas de estas problemáticas fueron planteadas en el debate académico sobre el proyecto objeto de estudio que tuvo lugar en el marco de las XIII jornadas del grupo de protección de datos personales de la Universidad de los Andes realizado el pasado 24 de febrero, como lo son el desconocimiento de la legislación por parte de las entidades y autoridades nacionales, la educación que mencionaba la Procuraduría que debería adelantarse de manera preventiva, la recopilación desmedida de datos personales sin autorización del titular y el desarrollo de productos digitales más seguros, entre otros. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Carolina Botero Cabrera, Directora de la Fundación Karisma:

Buenos días. Buenos días, Senador; buenos días, miembros de la mesa principal y todos los asistentes. Muchas gracias por la invitación. Me encuentro aquí en representación de la Fundación Karisma, que es una organización de la sociedad civil dedicada a apoyar y a difundir el buen uso de las tecnologías en los entornos digitales, en procesos sociales y en políticas públicas

colombianas y de la región desde una perspectiva de protección y promoción de derechos humanos.

Durante la trayectoria, Karisma hemos tenido un interés constante en la convergencia de las TIC y del derecho, y en la promoción y participación ciudadana en relación con estos temas y por eso para nosotros es de gran importancia participar en el evento que usted encabeza hoy.

Nosotros hemos leído desde hace ya algunos, unos meses la invitación del doctor Remolina con el proyecto de ley y simpatizamos completamente con el problema que él mismo planteaba. Efectivamente, hay un problema cuando se desprotege a una sociedad, a las personas, frente a la capacidad importante de los riesgos que significan el tratamiento y gestión de datos en un entorno de Big Data y de interna de las cosas y de un gran manejo de volúmenes de datos personales.

Sin embargo, para nosotros, como lo explicó también la Defensoría, el proyecto es innecesario. El problema hay que plantearlo, hay que discutirlo, pero el proyecto no es necesario. La razón fundamental ya también la explicó la Defensoría, pero quisiera resumirlo brevemente.

En primer lugar, la necesidad del proyecto se presenta en la motivación del proyecto de ley como la falta de competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para enfrentar a estas grandes empresas que utilizan nuestros datos personales en internet. Bien, eso se deriva esencialmente de la interpretación que dio la Superintendencia de Industria y Comercio en 2014, y mediante un concepto la misma Superintendencia corrigió esto en marzo de este año. Dicho esto, el problema era un problema de interpretación generado por un funcionario, y el problema fue corregido; pero adicional a eso, deberíamos ir un poco más allá y mirar si la norma, a pesar, digamos, de ese problema, es necesaria. El proyecto de ley no da luces sobre eso; la motivación parece no ir más allá de ese problema que generó el concepto del 2014; y si uno revisa, por el contrario, el contexto tanto local como internacional, ve que en este tema la ley de protección de datos es suficiente.

En primer lugar está la sentencia que no repetiré, que ya mencionó la persona delegada de la Defensoría del Pueblo; pero adicionalmente si miramos el contexto internacional, quizás el país donde primero, la región que es Europa, donde se ha dado mayor énfasis al tema de protección de datos, nos encontramos con una situación muy similar a la colombiana. De hecho, el caso colombiano es incluso más favorable. En Europa, para asignar competencia se requiere de un I, la territorialidad más la posibilidad de hecho de que el tratamiento de datos se dé con medio dentro del territorio. En Colombia ni siquiera existe ese I, es el O; por tanto, nos encontramos frente a una norma ya establecida dentro de nuestra legislación nacional, que es suficiente. Pero adicionalmente a eso, digamos, yo voy a dejar un concepto que tenemos, lo dejaré para análisis más detallado, pero sí quisiera presentar la preocupación que como sociedad civil nos genera el tener unas expectativas demasiado grandes para la población.

Si nosotros vamos más allá de generar un enlace con el territorio y creamos una competencia tan

amplia, porque en eso no estamos de acuerdo con la Defensoría, creemos que el proyecto de ley si se aplica no solo a los colombianos, sino a cualquier persona, nos encontraríamos con casos tan locos como la idea de que un venezolano que reside en Colombia podría exigirle a la Superintendencia de Industria y Comercio que revise la gestión de datos que hizo un hotel en Bélgica mientras él estaba de vacaciones.

La competencia que está dando es tan amplia que va a crear problemas como los que tenemos en Bogotá con los prohibido parquear en las calles, que nadie respeta y nadie exige; eso es un problema para las personas porque deberíamos preguntarnos si la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la capacidad para hacerlo y si vamos a generar esa expectativa, ¿somos capaces de cumplirla? Personalmente creo que no y el costo sería tan grande que no lo podemos hacer, en cambio sí estamos frente a una situación de protección de datos bastante complicada.

La ley Colombia fue efectivamente una pionera en la región, pero ya está corta y no está corta por la norma, está corta por la realidad de la tecnología. Hoy es necesario ir mucho más allá, de modo que no solamente ya tenemos un problema de protección a la intimidad que excede a la protección de datos, que está establecido en Colombia, sino que además la propia norma se ha quedado corta porque se aplica esencialmente a empresas y al sector privado; el sector público hoy no tiene una autoridad, no tiene obligaciones, no tiene el marco protector que le da a los ciudadanos la Superintendencia de Industria y Comercio.

Me refiero a que hoy en día localmente el gran establecimiento que trata, gestiona y almacena datos es el Estado, el Estado y una cantidad de iniciativas que tiene y solo les mencionó Vive Digital con cosas como Carpeta Ciudadana, con todas las estructuras que están montando en torno a la salud, y toda esa estructura está fuera de la competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio. Por tanto, si queremos hablar de competencia y de problemas y de desprotección de la ciudadanía colombiana, creo que hay una cantidad y otros problemas que sí deberíamos estar abordando, y me uno entonces a la defensora diciendo que lo que deberíamos es estar recogiendo estas problemáticas y promoviendo una sola ley.

La protección de datos es hoy en día insuficiente para proteger la intimidad de los y las colombianas y por tanto es necesario abordarla como un problema general; creo que tenemos que fortalecer el campo del consentimiento, la idea de que todo esté claro, pero tengamos claro también que el consentimiento hace mucho tiempo dejó de ser la herramienta de protección de los ciudadanos en materia de almacenamiento y recolección de datos. El consentimiento es una falacia y por eso la protección de datos se quedó corta.

Voy simplemente a dejarlo acá para recordarle entonces que quizás lo que nosotros haríamos; el llamado sería que la Superintendencia de Industria y Comercio ampliara su interpretación de la competencia. Si algo es necesario que analicemos, lo que está sucediendo a nivel internacional y por tanto la Superintendencia construya doctrina que permita incluir a los vocabularios jurídico-colombiano no solo el término medios, que incorporó

en su último concepto de marzo pasado, sino también el término establecimiento.

Estos conceptos ya han sido extensamente contruidos e interpretados por el grupo de trabajo por ejemplo sobre protección de datos, artículo XXIX en Europa, y valdría la pena analizarlo, pero eso no es una labor del Congreso, es una labor que le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio. Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Germán Enrique Bacca Medina, Superintendente Delegado para la Protección de Datos Personales:

Senador, muchas gracias por la invitación. Un saludo especial para todos los Senadores, la Viceprocuradora, un saludo y todos los asistentes. Por parte de la Superintendencia, pues frente a este proyecto hay que decir varias cosas: Por una parte, nosotros dimos un primer concepto al proyecto en donde nos acercábamos mucho a la posición que se ha venido planteando. Le decíamos al ponente que es un proyecto que tiene toda la ideología, todas las buenas intenciones, que una autoridad de protección de datos siempre va a aplaudir.

Pero al final del concepto decíamos que el problema que vemos como superintendencia es la aplicación práctica del día a día de una autoridad de protección de datos, y nuestra preocupación iba encaminada especialmente hacia dos puntos: El primero, relacionado con cuáles iban a ser las herramientas para nosotros lograr investigar y sancionar a los agentes por fuera del país que recolectaran o trataran datos y, segundo punto, que es consecuencia del primero, es había un riesgo relacionado con posible impunidad a futuro porque en el momento donde haya una ley que no tenga una aplicación próxima en el tiempo con casos particulares, seguramente lo que se va a crear es un mensaje a nivel internacional de no se está aplicando y pues no va a pasar nada.

Esa fue nuestra primera aproximación; luego tuvimos varias reuniones. La posición de la Superintendencia, como ya se ha mencionado acá, ha cambiado en cuanto al concepto de hace dos años frente a Facebook. Hace dos años decíamos, o decía la Superintendencia, no puede investigar agentes que estén por fuera; hoy, en el concepto de marzo, como bien se ha descrito, decimos sí podemos, sí podemos. Nuestra posición en un momento dado se está convirtiendo en más una posición de lo que quisiéramos como autoridad de protección de datos, y, reitero, nuestra posición inicial frente al proyecto fue positiva. Sin embargo, las preocupaciones eran materiales.

Entonces frente a eso lo que hemos venido diciendo es la Superintendencia sí puede actuar; la Superintendencia sí tiene las facultades para que cualquier agente que tenga este tipo de tratamiento por fuera del país pues tenga que responder ante los colombianos. Sin embargo, es claro, como ya se ha mencionado también, que eso es bonito, pero ¿en la práctica como lo vamos a hacer? Y yo creo que el primer paso tiene que ser un paso de ley; ahí de pronto difiere un poco de lo que ahorita se planteaba, porque en últimas el concepto de la Superintendencia es un concepto de la Oficina Jurídica; ni siquiera la Delegatura de Protección de Datos puede expedir conceptos. Este es un concepto de la Oficina Jurídica, que seguramente

ha mandado un mensaje importante, pero no tenemos un respaldo legal que nos diga ustedes pueden actuar directamente en contra de este tipo de empresas.

Y esperamos y digamos que nuestra posición es claro que apoyamos esa iniciativa; sin embargo, esperamos que junto con esas iniciativa estén acompañados los instrumentos, porque sin instrumentos lo que puede ocurrir es el segundo gran miedo que teníamos al inicio y es la impunidad. De nada sirve tener la ley si no vamos a tener próximamente casos en donde podamos investigar y sancionar, y para eso necesitamos instrumentos relacionados con obviamente cooperación internacional, etc.

Por otro lado, uno de los puntos que también planteábamos en las reuniones del grupo del proyecto de ley es que seguramente este es un tema muy importante a nivel internacional y a nivel técnico en materia de protección de datos, pero estamos dejando por fuera temas más terrenales y más realistas de lo que está pasando o de lo que ha venido viviendo la Superintendencia en materia de protección de datos.

Dos temas particulares, uno ya lo mencionaron y es que las entidades públicas en este país no tienen la misma cobertura en materia de protección de datos que las entidades privadas o que las empresas del sector privado y eso nos lleva a que somos muy exigentes con las empresas del sector privado, seguramente hemos hecho investigaciones importantes, vienen eventualmente sanciones importantes pero eso de nada va a servir si los datos personales, privados, de los ciudadanos pues están siendo manejados por las entidades públicas de una manera menos responsable digámoslo así.

Y creemos que las entidades públicas tienen que entrar en toda su extensión como parte del esquema de supervisión de la Superintendencia, eso por un lado, y creo que eso es un problema de hoy, hemos tenido recientemente quiero contarles que tuvimos que en una apelación de un caso de protección de datos tuvimos que revocar la decisión de primera instancia porque se trataba de una empresa de economía mixta y uno de los argumentos de la defensa era que era una empresa de economía mixta y, por supuesto, o la posición de la superintendencia es que en estos casos pues no entra dentro de la completa cobertura de la Superintendencia, tuvimos que revocar esa decisión a pesar de que había una infracción al régimen de protección de datos y eso nos parece grave, muy grave.

Por otro lado, otro gran problema en la práctica que estamos viviendo es la posición de la Rama Judicial en donde ya nos han enviado varios mensajes, incluso además escritos a través de sus memoriales donde nos dicen que ellos no están cubiertos por la ley de protección de datos y eso para efectos por ejemplo del tema al derecho del olvido, es un tema muy complejo en la realidad actual en la protección de datos del país...

...Ellos dicen que no les cubre, esto es, la Relatoría de la Sala Penal, si no estoy mal, ellos dicen que no les cubre la ley de protección de datos, que a ellos sus decisiones frente a los datos personales las toman al interior de la Rama pero que la autoridad administrativa de protección de datos no los cubre y eso pues para nuestra realidad de supervisión es muy grave, es muy grave y seguramente va a traer muchos más problemas

a futuro en la vida práctica real y actual de la protección de datos en Colombia.

Eso es simplemente para cerrar los puntos por parte de la Superintendencia, por una parte estamos de acuerdo con la propuesta realizada siempre y cuando esté apoyada o respaldada con instrumentos suficientes para la Superintendencia.

Segundo, pues ponemos sobre la mesa el mensaje claro de que es un tema muy interesante que tenemos que empezar a trabajarlo muy fuerte en Colombia como está pasando en el mundo, pero que también tenemos problemas actuales terrenales de la protección de datos en los cuales tenemos que intervenir y son realmente urgentes para la autoridad de protección de datos, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Nelson Remolina Angarita, Director del Grupo de Estudios en Internet Universidad de los Andes:

Muchas gracias Senador Amín, buenos días a todas y a todos por su amable invitación, nuevamente les agradezco para expresarles algunas ideas sobre el tema y como ustedes han observado aquí hay muchas interpretaciones sobre cómo se protegen de manera real y efectiva los derechos de las personas en internet y yo creo que este tema no hay que dejarlo en manos de las interpretaciones, porque a veces eso de las interpretaciones generan incertidumbre jurídica.

Aquí hemos visto cómo 2 entidades una dice sí, otra dice no, cómo la sociedad civil también dice no, no se requiere y son interpretaciones y todas respetables y valiosas, pero yo creo que lo de protección de los derechos de las personas no hay que dejarlo a luz de las interpretaciones, es mejor ser prácticos y expedir una ley que no deje duda sobre el tema.

Yo tengo una presentación que después ustedes pueden revisar, nosotros en la Universidad de los Andes tenemos un grupo de estudio hace 15 años y uno de los temas que trabajamos es pues protección de datos, pero también todo lo que tiene que ver con derecho y tecnología, a su vez tenemos un observatorio de protección de datos, hago la cuña del observatorio porque ahí está lo del proyecto y publicamos básicamente un libro sobre el tema, donde por qué planteamos que sí es necesario, pero que el proyecto y de eso somos muy conscientes no es la gran solución, es una parte de la solución.

Uno de los grandes retos del siglo XXI es la protección efectiva de los derechos en internet, internet no puede convertirse en un escenario de impunidad, internet no puede convertirse en quien que llegue primero a internet hace lo que quiera y somete a los demás a sus reglas.

El tema con internet es que surgió internet y primero llegan las empresas, sacan sus políticas y cualquier persona y luego se empiezan a mirar el tema de derechos humanos, quisiera mostrarles esas cifras para que ustedes tengan presentes de que estamos hablando, estamos hablando de 3.3 billones de personas, actualmente son datos de esta mañana con acceso a internet, muy bien y esto está creciendo, esto es, 42, 43 por ciento de la población mundial.

Colombia estamos cerca de 28 millones y medio de internautas colombianos y colombianas, es decir, casi un 60 por ciento de la población, ese sería dos cosas de esa cifra, primero fíjense lo enorme que es el reto para cualquier autoridad de proteger los derechos de las personas en internet, porque entonces estaríamos como sujetos potencialmente recolectores internacionales, hablando más de 3.3 billones de datos, internet ha cambiado el mundo y los retos que tienen las autoridades frente a estos son de otra magnitud, esto hay que tenerlo presente.

Pero de otra parte fíjese también cómo está creciendo la tasa de acceso a internet y cómo muy bien lo planteaba la señora Viceprocuradora esto a medida que aumenta la tasa de internet de los colombianos y las colombianas, pues va a aumentar el número de colombianas y colombianos que se ven expuestos a la recolección internacional de datos.

Ahí ustedes ven una gráfica de qué son datos, ya creo que todos muy bien lo saben, pero fíjese lo que planteaba el doctor Amín, el dato no solo comercial y financiero, es el que más se ha generado digamos pudo en Colombia, que más ha tocado a las colombianas y colombianos, pero hay otra serie de datos hay como los sensibles, nuestras fotos, videos, que están generando en algunos casos violaciones o vulneraciones o amenazas a los derechos de las personas en internet.

Miren, yo quisiera simplemente y está en la exposición de motivos plantearles algunas encuestas de qué opinan los ciudadanos sobre este tema, directamente qué opinan, la primera pregunta que está ahí, era bueno ¿usted cree que la autoridad colombiana puede hacer algo frente a la violación de sus derechos cuando sus datos son recolectados desde otro país? La percepción ciudadana, 84 por ciento que ustedes ven ahí es no.

Otro tema si se le pregunta ¿usted considera ciudadano si la autorización que usted da para que recolecten sus datos es importante? Pues piensan que sí, eso piensan los ciudadanos, el siguiente tiene que ver con formas de recolección de datos en internet, ¿usted está de acuerdo con que quien tenga una página web utilice cookies para mirar cuál es su comportamiento, qué hace y, en fin, seguirlo en las páginas por internet? No, ¿está de acuerdo que cuando usted utiliza un motor de búsqueda, el motor de búsqueda básicamente lo siga qué es lo que hace usted en internet? Tampoco.

O sea, a los colombianos y las colombianas eso no les gusta, lo que pasa es que lo aceptan o lo aceptamos porque somos pragmáticos, porque necesitamos el servicio, pero además de eso, por favor la siguiente, la siguiente por favor, encuentra uno cómo varias formas de recolectar datos, la primera, pues a través de una página web, en las cifras también que están publicadas actualmente hay más de 1 billón cero treinta seis mil páginas web en el mundo, cualquiera de esas puede ser ya un escenario para recolectar datos, los principales recolectores de datos también como ejemplo son los motores de búsqueda, sin duda cada vez que usted hace una búsqueda en internet ya están recolectando datos, lo que pasa es que uno como ciudadano no se da cuenta.

Bien, las páginas web también y las redes sociales digitales, yo aquí colocaba ustedes después lo ven,

pero no sé si les llegó este año con ocasión de una celebración de un cumpleaños de Facebook un video personal a cada uno de 1 minuto, a mí me llegó, no sé si fue una atención especial a mí, pero en ese video uno veía por favor, enter, enter, enter, según ese video creaban un video de Nelson Remolina y ahí sabían quiénes son sus amigos, qué es lo que más me gusta, cuáles son los momentos más especiales de mi vida, bueno, eso simplemente es una prueba de que sí a usted lo están vigilando en internet, pues si tenía alguna duda, no lo dude.

¿Pero, qué pasa con eso?, tercera recolección y tratamiento de datos no es ilegal, el tema es cuando esto se haga indebidamente y se afecta y ponga en riesgo los derechos de las personas, pero aquí quiero que tengan presente algo, muy importante, aquí también estamos hablando de la economía digital y mucho dinero, hay empresas que no quieren que les toque en internet con regulaciones porque les cambian las reglas de juego, acuden a la neutralidad tecnológica, a muchos argumentos, conversemos, conversemos, ojo, en esto se lleva conversando más de 40 años internacionalmente.

Entonces no puede quedar esto básicamente en un conversadero sino hay que tomar acciones, miren nada más las cifras de Facebook, el año pasado, 18 millones de dólares, aquí insisto hay mucho dinero, hay muchos intereses, todos legítimos, por favor que no quede la sensación que yo estoy en contra de ninguna empresa, no, esa es la vida esa es la economía digital, lo que pasa es que no se puede aquí hablar de derechos versus innovación, internet versus derechos humanos, etc. No, todo puede confluír, lo que se quiere es que haya un internet y unos usuarios de internet que sean responsables y respetuoso de los Derechos Humanos.

Aquí hay un estudio que participó la Superintendencia de Industria y Comercio, el año pasado sobre uso de APP de niños y ustedes ven ahí que ¿qué pasa? Que básicamente esas 1.500 casi APP, la mayoría fuera del país lo que hacen es recolectar datos de niños, fuera del país.

Otro tema ¿qué datos? Pues datos desde contacto hasta datos de su familia y fotos de niños, también se detectó en ese estudio que poco hay sobre el tema de la autorización, o sea, esto es, cosas que dan los niños sin que sepan su padres y sin que se tengan en cuenta los riesgos.

¿Qué es la recolección internacional? Pues es precisamente como en esa gráfica cuando, no cuando desde Colombia se envían datos fuera del país, esas son transferencias internacionales, es cuando alguien desde fuera del país a través de una página web sencillamente obtiene datos.

Miren el caso de los niños, nosotros ahí en la universidad presentábamos un estudio que hizo un estudiante de investigación de 5 páginas web, todas para niños y miro las políticas y esas políticas no cumplen nada en cuanto aspectos que sí exige la regulación colombiana, aquí quiero ser muy claro con el tema, internet cambió el mundo, internet preside es transfronterizo, si seguimos regulando el mundo como era antes de internet, no estamos haciendo nada.

Eso es algo que hay que quedar importante, porque venimos de un mundo físicamente delimitado territorialmente y tenemos un internet que lo que hace es convertir el mundo transfronterizo y entonces hay que buscar también respuestas en ese escenario, ahí coloco una pregunta y ¿normalmente cuál es la posición del recolector?, pues el recolector cuando coge datos dice: “quiero tus datos, quiero usar tus datos, pero no quiero respetar tus leyes, ni ser investigado por tus autoridades”, pues esa es una visión muy facilista del tema, por favor, aquí esta ley lo que hace es simplemente dar facultades a la Superintendencia que en el caso que se presente una posible infracción de derechos personales con ocasión de tratamiento de datos, por ejemplo de niños, la Superintendencia pueda iniciar la investigación y hasta donde le dé su competencia hacer algo.

No va a poder hacer todo, porque esto también va a depender de cooperación internacional, pero ¿por qué es importante el proyecto de ley? Ustedes saben ¿cuál es el argumento principal de las entidades internacionales cuando las investiga una autoridad local? Usted no es competente y ahí se da el desdiche, yo ya he comentado esta anécdota de hace 1 año, hace 1 año yo fui al Día Internacional de la Protección de Datos en México, la gran noticia era que INAI abrió una apertura contra Google y era la gran noticia, la gran noticia, un año después, este año fui ¿y qué ha pasado? Nada, ¿por qué? Tema de competencia.

Las empresas internacionales normalmente cuando llegan al frente de las autoridades le dicen ustedes no son competentes, con este proyecto de ley lo que se quiere es que ese debate no se dé, vamos a los temas de fondo, pero no nos quedemos en ese debate, porque ahí con ese debate lo que hace es diluir y en últimas no proteger los derechos de las personas, pero por favor, aquí hay cosas también importantes para no perder de vista, esto es solo una forma dentro de ese gran rompecabezas de proteger los derechos las personas, que las autoridades puedan hacer algo, ¿qué es la gran solución? No, pero algo que suma y contribuye me parece a mí a la problemática.

Pasamos, ya les he comentado sobre esto, pero quisiera simplemente destacar por favor lo que ya les he planteado después ustedes ya ven las citas, pero básicamente si tener presente que internet cambia el mundo, pero el mundo no ha cambiado frente a internet, si seguimos haciendo más de lo mismo en regulación, pues no vamos a avanzar, así de sencillo.

Por favor la siguiente, aquí hay una cita ya de hace 15 años de la Corte Constitucional la C-1147 de 2001 ¿qué dijo la Corte en ese entonces? Y se habló del ciberespacio y de internet, dijo: aunque internet es virtual la protección de los derechos en internet no debe ser virtual, sino real y efectiva, este proyecto de ley va en consonancia con eso, para contribuir a que se logre esa protección real y efectiva desde luego desde la perspectiva de lo que puede hacer una autoridad colombiana.

Por favor la siguiente, queda básicamente ya ir cerrando con el tema por lo siguiente y ya lo han mencionado varias de las personas que me han antecedido, este tema desde luego tiene un enfoque internacional y uno esperaría que las respuestas sean

internacionales, pero lo que pasa es que no se están dando, Colombia no puede quedarse cruzada de brazos esperando que reaccione la comunidad internacional, Colombia ya ha sido pionera en estos temas, el literal j) del Artículo XXI de la ley es novedoso en el mundo incorporó la figura de la recolección internacional de datos personales.

Con este proyecto se quiere dar digamos seguimiento al tema, ustedes ven que hay varios tipos de respuestas frente al aspecto de la recolección internacional de datos y en última la protección efectiva de los derechos en internet; ya mencionaron esto tiene que ver con temas de educación, totalmente de acuerdo, con normas internacionales también, con temas de autoridades que tengan en las herramientas poder actuar, sin duda.

Y un tema que también contribuye ahí es la regulación local, aquí como ustedes lo ven se está contribuyendo con ese puntico, pero no va a ser suficiente, yo quisiera dejar planteada mi opinión sobre lo que se ha planteado sobre el ámbito de aplicación de la Ley 1581 del 2002, porque si efectivamente dice que esta ley se aplicará a responsables o encargados no domiciliados en Colombia que se les aplique la ley colombiana en virtud de normas y Tratados Internacionales, precisamente por favor, es que no existen normas y Tratados Internacionales sobre el tema.

Por lo tanto, ese artículo en la práctica es inane, no tiene ningún efecto, ese es el punto al que yo quiero llamar la atención sobre el tema, entonces yo lo que quisiera dejar es: hay interpretaciones muy válidas como tal, pero diversas y creo que el tema de los Derechos Humanos debe ir más allá de las interpretaciones o lecturas de que se le dé a un artículo, creo que si la ley a un artículo, creo que si la ley de una vez por todas cierra ese debate, pues sería algo provechoso.

No quiero decir que es la solución mágica, ¿los conceptos de la Superintendencia de Industria y Comercio son obligatorios? ¿Un concepto a una autoridad obliga? ¿Cómo una ley de la república? Yo obviamente, ustedes saben que no; y así como en 2014 se dio un concepto diciendo que no era competente y ahora y sí, pues lo mismo insisto son interpretaciones muy respetuosas, pero la protección de los derechos no debe quedarse digamos al garete, perdóneme la expresión de esas eventualidades.

No sé doctor Bacca si después viene otra persona y, por ejemplo, se pronuncia en un sentido al del 2014, no sé, pero básicamente esto es un primer paso para dejar cerrada esa brecha y avanzar, es decir, que los debates reales de investigaciones por tratamiento de datos o colacionados por la recolección internacional de datos no se queden ni mueran, simplemente en un debate de competencia, ¿qué se lo van a dar? Se lo van dar.

La sanción de España contra Google ¿cuál fue el debate? ¿Y en qué se demoró la agencia española 9 meses? En el tema de competencia, de eso después llegó al Tribunal de Justicia Europeo y entonces dijo sí es competente también, pero ojo, esas son las cosas que están pasando en la práctica, los debates de competencia, esta ley modestamente pero de manera

muy importante contribuye a que no se quede el tema ahí y avancemos realmente al fondo que es la protección efectiva de las personas en internet.

Por último y excúsenme que me estoy pasando del tiempo, es... para mí internet es todo, creo que es muy importante, ese es el ciberespacio, esa es la realidad sociotecnológica del siglo XXI, pero internet no puede convertirse en un escenario de impunidad, internet no puede convertirse en un paraíso informático y hay que tener presente también lo siguiente, porque ¿cómo opera y como se regula internet? La mayoría de las cosas con contratos, Facebook tiene más de 1.6 billones de usuarios en el mundo ¿cuál ley le aplica a Facebook?, pues básicamente la nota legal que ellos hacen.

La pregunta que le hago al Estado colombiano es ¿será que el Estado colombiano debe someterse a la política de Facebook? ¿O Facebook debe someterse a la regulación colombiana? Porque aquí creo que están cambiando el poder en el mundo después de internet y son más potentes, más poderosas, con mucho más dinero, pues las empresas y fijense hoy cómo las empresas no le interesa que se toque el tema ¿por qué? Porque las empresas están regulando internet y eso pues no es malo, pero cuando hay temas tan fundamentales como la protección de los Derechos Humanos creo que el Estado debería ponerle límites a las empresas.

Y finalmente yo quiero dejar acá una frase de un colega que siempre me ha gustado en materia, la defensa, los Derechos Humanos siempre vale la pena y nunca es tarde; ¿por qué digo eso? Porque internet está ahí rodando y cada día está girando más y más y más, pero el tema de los Derechos Humanos, la protección efectiva en ese contexto transfronterizo está hasta ahora naciendo, con mucha deposición, esto no es fácil señoras y señores porque aquí pues hay enormes intereses, pero ustedes por favor no pierdan de vista que el principal interés que debemos tener es la reivindicación de los Derechos Humanos, el trato digno de una persona como tal y la protección efectiva de sus derechos.

Eso era básicamente lo que quería comentar y yo pues desde luego siempre he apoyado este proyecto de ley, porque estoy convencido que va a sumar, no es la solución final, pero es algo que va a contribuir en el debate internacional sin duda, insisto, no podemos quedarnos cruzados de brazos esperando que la comunidad internacional reaccione, ¿Colombia por qué no puede reaccionar y ser pionera en estos temas? Muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Angélica Antalia Guerra Caicedo, Telefónica Movistar:

Muchas gracias Senador, muy buenos días para usted y para el señor Secretario y los demás asistentes a este importante foro, nosotros desde Movistar queremos manifestar digamos el reconocimiento a este proyecto de ley, porque realmente visto desde otra perspectiva aparte de la que se ha planteado aquí, pues digamos que es lo fundamental y que son los derechos de los usuarios y de los ciudadanos en materia de protección de datos, porque digamos para nosotros se ha vuelto una bandera tratar de promover en las diferentes autoridades la

necesidad de que se reconozcan unas mismas reglas o unos mismos servicios.

Y el caso de la protección de datos es una de las aristas que tiene que ver con esto y es uno de los desafíos que tiene digamos el Estado y todas sus autoridades qué resolver cuando estamos en un nuevo ecosistema digital, en un nuevo marco de competencia, ya no solo de los servicios tradicionales de telecomunicaciones, sino también de todos los servicios digitales y lo planteo porque digamos si este proyecto de ley termina siendo una ley de la República, consideramos que esto va a ser una forma de promover e incentivar el desarrollo de las aplicaciones y contenidos locales.

Porque es una forma de equilibrar las cargas, es una forma de eliminar asimetrías entre los grandes operadores globales y los operadores digamos a nivel local y pues digamos los generadores de contenidos y aplicaciones.

Hoy en Colombia nosotros tenemos como operadores establecidos y también quienes desarrollen contenidos y aplicaciones tienen la obligación de respetar las leyes de protección de datos y es necesario que el país exija que quienes estén ubicados en el extranjero y hagan uso de los datos capturados en Colombia, pues también lo respeten.

Este es un debate que se está llevando a cabo en otros países y pues incluso la Comisión Europea abrió el espacio para hacer una discusión sobre el marco normativo de los servicios digitales en Europa y pues casi que o digamos, se reconoce como un principio de aplicación de los derechos del país en donde se toman los datos personales y que sea obligatorio para empresas ubicadas en el extranjero es fundamental para que se garantice un desarrollo adecuado de la competencia.

Digamos, nosotros aquí en Colombia según el último informe del Ministerio tenemos aproximadamente 13 millones de usuarios móviles de Movistar, de 57 millones que hay, tenemos más o menos 1 millón de usuarios de banda ancha de más o menos unos 5 millones y medio de usuarios de banda ancha que hay en el país, se estima más o menos que hay de usuarios de acceso a internet móviles ya cerca de 8 millones de usuarios y otros 5 millones de usuarios fijos de acceso a internet y el país espera tener más o menos unos 27 millones de usuarios en el 2018, pues de acceso, no de internet-nautas sino los que tienen terminales móviles o los que tienen una fibra o una red que le conecta en su hogar.

Y desafortunadamente el mayor consumo de internet que se hace no es a contenidos locales sino a contenidos en el extranjero, a redes sociales, que no son redes sociales desarrolladas en Colombia, es decir, de cada 100 sitios visitados, son aproximadamente 26 locales, digamos locales a nivel regional, con lo cual digamos el reto y el desafío de asegurar la protección de datos frente a empresas ubicadas en el extranjero, pues es enorme y pues ya lo han manifestado.

Y digamos el desbalance en términos de competencia y en términos de lo que se aporta en el ecosistema, pues en el desarrollo de los negocios en el ecosistema digital es evidente y es necesario que Colombia promueva los contenidos y las aplicaciones locales, hay un estudio que hizo el profesor Raúl Katz de la Universidad de

Columbia para la región en América Latina en donde encuentra cuáles son las asimetrías en el ecosistema digital desde los diferentes agentes de la cadena de valor, ellos pues en este estudio se logra determinar digamos en términos de aporte a las economías, aportes directos e indirectos ¿qué tanto se está haciendo por la región? Y ¿qué tanto se está aprovechando los beneficios de la economía digital?

Y digamos en términos por ejemplo de empleos, operadores como Google o como Facebook digamos los OTT están aportando más o menos para el año 2013 unos 9 mil 700 empleos que si se comparan con operadores de telecomunicaciones como es Telefónica o Movistar o como Tigo, Claro, etc., son más o menos 589 mil empleos directos en la región, en términos de tasa de contribución de impuestos hay una tasa de contribución de más o menos el 12 por ciento en impuestos de estos operadores globales que no están ubicados en la región, que es más o menos de un 12 por ciento contra un aporte en impuestos de operadores que están apostando digamos en cada país de la región latinoamericana de un 33 por ciento.

Entonces frente a esta situación y la necesidad de que los beneficios de la economía digital se reviertan a los diferentes países con pago de impuestos, con ingresos, con generación de empleo, pues es fundamental plantear leyes como estas que lo que hacen es incentivar las aplicaciones y los contenidos locales y por eso al promover digamos una aplicación uniforme de las reglas en materia de protección de datos para todos los que estamos compitiendo en este mercado digital, pues creemos que se apunta claramente hacia ese objetivo, nos parece que si Colombia es pionero en esta declaración y señalando que se deben aplicar las normas sin importar donde esté ubicado es absolutamente fundamental, va en línea con lo que se está debatiendo a nivel mundial.

Es fundamental garantizar un equilibrio en el mercado, recientemente pues esta semana el mismo Director de Planeación Nacional en un foro organizado con la Universidad Externado en relación con el tema de la convergencia y de internet y del impacto que tienen estas OTT sobre el mercado de televisión también presentó un estudio en donde evidencia otra cantidad de asimetrías, digamos en términos de lo que se aporta en contribuciones, impuestos y pues no sé, por ejemplo una OTT como Netflix que se supone que tiene 600 mil usuarios en el país, pues no hay datos públicos porque no hay forma de pedirles un dato público, pero más o menos Consultores ha dicho que para este año tienen más o menos 600 mil usuarios, está totalmente por fuera del control del Estado y digamos hay unas reglas que se están quedando cortas, que se están quedando en el mundo tradicional que deben ser revisadas, deben ser renovadas y pues se debe garantizar un marco competitivo.

Entonces pues de nuevo concluyo señalando pues el apoyo nuestro y pues sí solicitamos que se haga el trámite de este importante proyecto de ley, muchas gracias.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Abelardo de la Espriella, Abogado Penalista:

Gracias, señor Presidente, doctor Jaime Amín, doctora Martha Castañeda, Viceprocuradora General,

señor Secretario de la Comisión, señora Defensora Delegada, doctor Germán Bacca, Superintendente Delegado para la Protección de Datos, doctor Nelson Remolina, invitados, todos; la sociedad, el mundo avanza Senador Amín y el derecho evoluciona para bien o para mal, en Francia hasta hace 40 años el aborto estaba penalizado, hoy lo paga el sistema de seguridad social de ese país.

Óscar Wilde uno de los grandes escritores de la humanidad fue procesado por el cargo de sodomía, es decir, por homosexualismo, hoy el delito consiste en no reconocerle esos derechos a las parejas del mismo sexo.

Esta ley me parece que es importante porque el mundo ha cambiado como bien lo señaló el doctor Remolina, el acceso masivo de las personas a internet, sin lugar a dudas ha representado un cambio en la forma en que se lleva a la práctica el derecho a la libertad de expresión, la revolución informática ha alterado los medios a través de los cuales el mundo se comunica, pues ha hecho viable la transmisión de datos en tiempo real a través de múltiples formatos contemplados en las técnicas de la información y las comunicaciones.

Internet no solo ha generado grandes ventajas para sus usuarios, sino también ha creado retos muy importantes como repito lo anotó acertadamente el profesor Remolina, retos que se plantean al gobierno, puesto que su facultad regulatoria, por ejemplo en el caso de Colombia, la Ley 1273 del 2009, modificatoria del Código Penal, a través del cual se crea un nuevo bien jurídico tutelado, denominado de la protección de la información y de los datos.

Ley 1341 de 2009, por la cual se definen principios y conceptos sobre la sociedad de la información y la organización de las tecnologías de la información y de las comunicaciones y se crea la Agencia Nacional del Espectro y se dictan otras disposiciones; también la Ley Estatutaria 1581 del 2002, reglamentada parcialmente por el Decreto número 1377 del año 2013, por el cual se dictan también disposiciones generales en la protección de datos, es por ello que hay que seguir unas pautas estrictas a la hora de intervenir la red por parte del Estado, por parte del gobierno, como bien también lo anotaba el señor Superintendente Delegado.

Lo que definitivamente limita la capacidad del Estado para poder hacer un control efectivo sobre la protección de los distintos datos que se encuentran en la web, online, o en internet; por su parte la Ley Estatutaria 1581 del año 2012, cuyo objeto es desarrollar el derecho constitucional que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas, con base en datos o archivos en relación con el tratamiento de datos por parte de medios de comunicación señala que el régimen de protección de datos personales que se establece en esa ley no será de aplicación con base en datos y archivos de información y periodísticos y otros contenidos editoriales significando ello que no se descarte que los medios de comunicación con sus publicaciones puedan afectar el derecho de terceras personas al *habeas data*.

Derecho este que sin embargo posee rango constitucional y no requiere ser desarrollado

legalmente para que pueda hacerse valer, de donde se desprende que si bien para este tipo de información la ley estatutaria precitada no es finalmente la fuente jurídica para proteger el derecho al *habeas data*, la protección de este derecho necesariamente, doctor Amín tendrá que darse con base en la disposición de rangos constitucionales que regulan en forma genérica esta garantía.

No obstante, en cuanto a la posibilidad de actualizar y rectificar el individuo tiene derecho a que lo publicado por los medios sea veraz e imparcial o, en su defecto, a que se rectifique la información suministrada en condiciones de equidad; aunado a lo anterior en tratándose de la información que los medios de comunicación arrojan sobre asuntos relacionados con procesos judiciales es dable insistir en que no es facultad de los medios afirmar la responsabilidad penal de una persona hasta que no exista una sentencia judicial condenatoria que así lo declare.

Pues ello implicaría desconocer la presunción de inocencia, de ahí los límites constitucionales de la libertad de prensa, especialmente cuando entre pugna con los derechos a la honra y el buen nombre de las personas afectadas.

Yo estoy aquí Senador Amín por una amable invitación que usted me hiciera y no es cuya y no es cuya lo que voy a decir, pero es tan importante este asunto, doctor Remolina que la firma que presido y dirijo hemos implementado un nuevo servicio que precisamente está encaminado al logro del reconocimiento y protección a través de herramientas legales y, por supuesto, de herramientas tecnológicas de los derechos fundamentales al buen nombre y a la honra de la que somos titulares todos los colombianos...

...decía qué es tan importante este asunto que en nuestra firma hemos decidido abrir hace 2 meses un departamento que precisamente se encarga de este tema buscando el reconocimiento y la protección a través de esas herramientas legales y técnicas que les señalaba de los derechos fundamentales a la honra, al buen nombre y, por supuesto, del derecho al olvido, porque a nuestro juicio Senador Amín el activo más importante que tiene una persona natural o jurídica es su reputación.

Y en ese sentido nuestro nuevo servicio propende por aclarar esa información que se encuentra en la web por corregirla y en algunos casos cuando es difamatoria, por supuesto, buscar eliminarla a través de esos mecanismos técnicos y legales y para eso hicimos una capacitación del equipo jurídico y una capacitación del equipo técnico y fíjense ustedes cómo al inicio de mi intervención señalaba que el mundo avanza y el derecho evoluciona.

Hoy estamos frente a una posibilidad inagotable desde el punto de vista jurídico que también tiene una razón de ser interesante y es precisamente proteger el buen nombre de las personas, propender por la defensa de su reputación que repito a mi juicio es el mayor activo que puede tener no solamente una persona natural, sino también las personas jurídicas.

Quiero resaltar para concluir mi intervención, señor Presidente un señalamiento y una afirmación muy importante que hizo aquí el señor Superintendente

Delegado para la Protección de Datos y es para que usted con su buen juicio lo tenga en cuenta al momento de darle las últimas puntadas a la confección de este proyecto de ley que en buena hora Senador llega a ser parte del universo jurídico colombiano porque como lo ha señalado el doctor Remolina no es la solución total, pero es parte de la solución y en esa medida me parece que es absolutamente necesario.

El señor Superintendente ha dicho que hay que ampliar el rango de acción de la Superintendencia en lo que tiene que ver con las entidades públicas, eso es supremamente fundamental, porque en un Estado de Derecho, señor Senador, ni las empresas multinacionales, ni las entidades públicas, ni el ciudadano de a pie, pueden estar por encima de la ley, a todos y cada uno debe medírseles con el mismo rasero y, por lo tanto, celebro esa postura de la Superintendencia porque no tiene sentido que habiendo hecho un esfuerzo legislativo como el que se ha hecho desde el año 2008 y además jurisprudencial, porque esto ha sido desarrollado por la Corte Suprema y por la Corte Constitucional no tiene sentido que se presente un nuevo proyecto dejando por fuera esa posibilidad para que la Superintendencia pueda tener control y pueda sancionar efectivamente a entidades del orden público que violenten la disposición legal.

Otro aspecto importante que quiero resaltar es lo dicho por el profesor Remolina y es que no hay que dejar la ley abierta a interpretaciones, yo he sido un defensor toda mi vida en el ejercicio profesional de lo nefasto que resulta dejar abierta la ley a interpretaciones, la ley debe ser clara, expresa y precisa, porque en las interpretaciones, doctor Amín están las arbitrariedades, están los atropellos y están las injusticias.

Y para redondear la idea de que nadie puede estar por fuera de este asunto, recojo las palabras también del doctor Remolina cuando señala que internet no puede ser un escenario en el que campee la impunidad, en aras del derecho a la expresión, en aras a la participación en este tipo de foros abiertos que las posibilidades que nos entrega la web, no se pueden permitir que se atropellen derechos fundamentales tan importantes como el derecho al buen nombre, a la dignidad del ser humano, Senador.

De tal manera que recogiendo todas esas posturas le pido a usted que en su buen juicio pueda incorporarlas a este nuevo proyecto que de seguro va a ser muy importante para proteger los datos y para sin duda Senador lo más importante al final del día y es salvaguardar la reputación de las personas que al final en muchos casos es la única herencia que un hombre le deja a su familia, el buen nombre, Senador Amín muchas gracias por su invitación.

La Presidencia interviene para un punto de orden:

A usted doctor De La Espriella, quiero para cerrar con la venia del señor Presidente que ya toma asiento de sus responsabilidades, seguidamente habrá otra audiencia de otro proyecto de ley, quiero hacer unas breves expresiones, lo primero un profundo agradecimiento a cada uno de ustedes, en lo que tiene que ver con las personas y las entidades que la Comisión Primera le cursó a las invitaciones aquí estuvieron muy bien representadas.

Destacar el ánimo garantista y protector del Ministerio Público, señora Viceprocuradora, también de la Delegada de la Defensoría del Pueblo, lo mismo que el doctor Bacca delegado para la protección de datos personales, creo que si uno hilvana sus intervenciones, desde la óptica de lo público, van encaminadas precisamente a que la realidad de la protección y la garantía al buen nombre de los colombianos, cada vez se perfile, cada vez se mejore, cada vez se proteja y se garantice la libertad de los ciudadanos colombianos preservando el buen nombre de acuerdo a la Constitución Nacional.

Así mismo, quienes también acogieron esta invitación desde la órbita de lo privado bien como representantes de organizaciones y entidades, fundaciones, ONG, gremios y asociaciones de usuarios; lo mismo que compañías privadas que ofertan estos servicios en las plataformas tecnológicas y juristas que en ejercicio legítimo de las libertades públicas y las profesiones liberales defienden los derechos de los ciudadanos como el doctor Abelardo De La Espriella que se han hecho presentes en la mañana de hoy.

Creo que este foro señor Presidente va a servirnos a nosotros desde la órbita del legislativo para poder entregarle una herramienta muy útil a los colombianos que preserve sus derechos, que los mejore, que los acompañe con las garantías ciudadanas que no debe ser solamente un saludo a la bandera, como lo veíamos ayer en la discusión del acto legislativo que eleva a la categoría de derecho fundamental el agua como acceso prioritario para todos los colombianos.

Yo me declaro un entusiasta de este proyecto como su autor, agradezco inmensamente excusando su presencia, su ausencia mejor del doctor Carlos Fernando Motoa, con quien hemos venido trabajando, aquí está el doctor Manuel un mexicano ya radicado en Colombia que conoce mucho los detalles, hace parte de la Unidad de Trabajo del doctor Motoa y estoy seguro que también ha recogido como yo las expresiones.

Y cómo no cerrar este evento sin en lo personal agradecerle a mi amigo y tratadista, quizá la autoridad número uno en Colombia y uno de los más expertos en Latinoamérica, el doctor Nelson Remolina, que siempre lo he visto y no es una lisonja usted lo sabe, siempre lo he visto sin cartas marcadas en el manejo de estos asuntos, se lo comentaba ahorita aquí al oído a la señora Viceprocuradora, usted defiende estos temas es con el conocimiento y la buena fe de que le sirvan como instrumentos al ciudadano de a pie, al colombiano de a pie.

Lo de internet es realmente transnacional, las cifras que usted muestra no dan dudas en un mercado cada vez más omnipresente en la vida de los ciudadanos de aquí y del mundo y por eso nosotros tenemos como Congreso Senador Enríquez la necesidad de afinar las competencias y entregarle un marco de funcionalidad, de prevención y control a las autoridades en Colombia.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al señor Marco Fidel Rojas Torres:

Senador Amín muchas gracias, a ustedes ciudadanos y ciudadanas asistentes a este magno evento, mi nombre es Marco Fidel Rojas Torres, nací en un pequeño municipio del Huila que se llama

Tarqui, más adelante van a conocer a través de los medios de comunicación la importancia de vocablo Tarqui dentro de la geografía suramericana, dentro de la historia suramericana.

Senador Amín y asistentes, los felicito, he asistido a un magno evento, yo soy un ciudadano común y corriente atropellado por el Estado de Derecho, pero no vengo hablar mal del Estado de Derecho, porque confió en el Estado de Derecho, doctor De La Espriella qué sabiduría, qué conocimientos tan vastos para utilizar una palabra común, tan enormes que ustedes han expuesto aquí en este recinto de la democracia colombiana.

En el año 2005 por descuido de un falso médico de una entidad promotora de salud que no me detectó que yo estaba infartado cerebralmente tuve que ser llevado a la Clínica Shaio donde me salvaron la vida de un durísimo, durísimo infarto cerebral, los neurólogos de la Shaio decían: “este señor cómo se pudo salvar de ese infarto”, y me salvé y aquí estoy.

Producto de ese diagnóstico de un falso médico quedé con párkinson y durante 5 años sufrí los avatares de una enfermedad tan dura, tan terrible que solo nombrar la palabra párkinson produce pánico a cualquiera.

...Me salvé del párkinson por una acción del Todopoderoso y ahí comenzó mi tragedia que es la que quiero que ustedes entiendan aquí, durante los 5 años de percance médico estaba reportado a las agencias de riesgo, a las entidades de riesgo porque yo no podía pagar, una vez sané por acción del Todopoderoso según lo relata el diario *El Tiempo* y medios internacionales que vinieron a entrevistarme porque el suceso fue algo, como dicen los muchachos fenomenal.

Fui reportado, pero me llegó un platica de la pensión, de la reliquidación y fui y pagé, jubiloso porque había pagado me acerque a Data Crédito y me dice la niña al otro lado de la ventanilla señor usted está reportado por 8 años, espere que pasen los 8 años, pero si yo he pagado aquí están los paz y salvo, señor hay más gente para atender su turno se venció, tuve que salir de la Oficina de Data Crédito.

Fui a la Cifin, allá me trataron mejor, un empleado me atendió muy decentemente, no como aquella yo digo mujerzuela en Data Crédito y señor esto y esto debe hacer, a los meses entablé la famosa acción de tutela nombrada aquí, pero el juez me negó la protección, el juez de la República, el juez de este Estado de Derecho.

Ya que no es tema de ahora, porque no es tema de la información, mi EPS me había negado todos los servicios, yo tuve que pagar todos los costos de mi enfermedad, doctor Amín y honorables Senadores, señor Presidente de esta célula Legislativa, les ruego el favor en nombre de muchos colombianos que hemos pagado y que estamos sufriendo la inclemencia legal de un Estado de Derecho.

Que cuando hemos pagado y mostramos el paz y salvo, por favor que ese paz y salvo valga y no sea un papelucho que tiran a la cesta de la basura y que quede bien consignado en ese proyecto de ley que quienes hemos pagado tenemos derecho al buen nombre como el doctor De La Espriella lo ha repetido y ustedes

también, el derecho al buen nombre, que podamos ir a una entidad y sobre todo si hemos...

...Fui a pedir crédito para comprar el apartamento y el empleado al otro lado de la ventanilla me dice señor muy posiblemente después de que usted fallezca se le conceda el crédito, le dije señor parece que usted fuera ciudadano venezolano, no colombiano.

Qué infamia, qué desgracia llegar uno a una entidad y que le contesten a uno así, que ni siquiera le respeten que están frente a un mayor de edad que merece respeto, el mínimo respeto, señor no se le puede prestar de buen modo, no tiene que esperar que fallezca para hacerle el crédito.

Doctor Amín, señor Presidente de la Comisión Primera, la invitación es por este proyecto de ley, el tema se ha centrado sobre...

La Presidencia ejercida por el honorable Senador Manuel Enríquez Rosero, interviene para un punto de orden:

No Senador Jaime Amín, muy complacido de que se haya dado la oportunidad de esta importante audiencia, agradecerle a todos quienes han participado, a la señora Viceprocuradora, nuestro saludo y nuestra gratitud porque siempre que la invitamos está presente, obviamente a todos los que han intervenido, al doctor Abelardo, sus conceptos, sus opiniones muy importantes, esperamos que cuando ya tengamos el primer debate de este proyecto, seguramente todas estas opiniones nos van a servir para sacar adelante una importante iniciativa; usted Senador Jaime Amín muchas gracias por su presencia y su asistencia en el día de hoy.

Secretario:

Señor Presidente, continuamos esta audiencia pública con la intervención de los ciudadanos respecto al **Proyecto de ley número 114 del 2015 Senado**, por medio de la cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales en cargos de elección popular y se dictan otras disposiciones.

La Presidencia ejercida por el honorable Senador Manuel Enríquez Rosero se dirige a la audiencia en los siguientes términos:

Sí señor Secretario, muchas gracias, esta es una nueva audiencia para un proyecto igualmente importante que está a consideración de esta célula congresional, "por medio del cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales en cargos de elección popular y se dictan otras disposiciones", quienes hemos participado de estos debates electorales sabemos todas las implicaciones que ha tenido el tema de la realización y divulgación de encuestas, unas sin mayor control y de lo que se trata es con este proyecto que ha sido presentado a consideración de la Comisión Primera del Senado de la República entre otros por el Senador Jorge Hernando Pedraza, Efraín Cepeda, Nohora García y otros Senadores, entonces vamos a llevar a cabo esta audiencia.

Infortunadamente no tuvimos la inscripción que hubiésemos deseado, pero aquí vamos a iniciar y a quienes quieran intervenir, pues aquí les vamos a

escuchar, señor Secretario entonces sírvase llamar al estrado a la persona que está inscrita para participar en esta audiencia.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra al doctor Jorge Ricardo Palomares, Grupo de Investigación en Derecho Constitucional Comparado de la Universidad Libre:

Estimado Senador Manuel Enríquez Rosero, estimada mesa directiva, todos los presentes en esta audiencia, en nombre del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional dirigida por el doctor Jorge Kener Urbano Villamarín y quienes elaboramos el concepto que somos el doctor Kener Urbano, el estudiante July Katherin Alvarado y quien les habla, quisiéramos hacer algunas observaciones respecto al **Proyecto de ley número 114 de 2015**, por medio de la cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales en cargos de elección popular y se dictan otras disposiciones.

Sobre este proyecto nosotros quisiéramos hacer dos observaciones, una primera observación que es un tanto general y una observación ya sobre aspectos particulares del proyecto de ley, en términos generales la Corte Constitucional ya en el año 1993 y en el año 1994 había planteado la importancia de las encuestas electorales en el sistema democrático colombiano.

Pero al mismo tiempo había esgrimido lo que nosotros llamamos un problema hipotético, este problema hipotético consistía en lo siguiente: la Corte decía que las encuestas electorales consistían básicamente en un ejercicio democrático pero implicaban el riesgo de manipular la elección y el voto, bien sea por problemas en los diseños metodológicos o bien sea por la forma en que se presenta la información de las encuestas electorales.

Dicho problema que se planteó en el 1993 y en el 1994, se convierte ya no en un hipotético, sino se convierte en una realidad manifiesta en los últimos años en Colombia, ello pudo verse por ejemplo en las encuestas que se realizaron el año pasado para elección de alcaldes y gobernadores, así como miembros de asambleas departamentales y concejos municipales donde se podían observar encuestas bastantes diferentes con márgenes también muy altos, por ejemplo, encuestas que tenían una favorabilidad sobre un candidato de aproximadamente el 32 por ciento, pero una segunda encuesta donde ese mismo candidato presentaba una popularidad inferior al 20 por ciento.

Y esos problemas llevaban a una pregunta digamos fundamental y es cómo estas encuestas garantizan el derecho al voto y no solo el derecho al voto, sino un derecho fundamental de la ciudadanía que es el ser elegido, por una razón fundamental y es que aquella persona que se vea afectada en su campaña por encuestas electorales puede ser excluida.

Un ejemplo interesante lo tuvimos aquí en Bogotá, por ejemplo cuando los medios de comunicación guiados por esas encuestas electorales excluyeron a candidatos en los debates públicos, por eso la importancia de establecer una reglamentación clara

sobre las encuestas electorales, digamos esa es la importancia.

Cuando nosotros revisamos la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional, ella plantea tres aspectos fundamentales: el primero aspecto fundamental es en torno a los derechos fundamentales que garantiza una encuesta en el derecho contemporáneo, una segunda línea es lo que se entiende como las reglas particulares de realización de las encuestas electorales y una tercera línea es a la publicación y comunicación de las encuestas electorales.

Respecto a la primera regla la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente: las encuestas electorales no solo son una cuestión de opinión pública que permiten sondear cuál es el ambiente electoral, sino que garantizan dos derechos fundamentales: el primer derecho fundamental es el derecho a participar políticamente en el Estado y el segundo derecho es el derecho a expresar la opinión, siempre que se realiza una encuesta electoral no es simplemente una cuestión de cómo se percibe a una candidato, sino que es el ejercicio mismo de la ciudadanía que manifiesta su opinión sobre la percepción de las campañas políticas, el segundo tema son los aspectos técnicos en cuanto a la elaboración de encuestas, la Corte Constitucional sostiene que las encuestas electorales hacen parte de la función electoral y al ser parte de ellas el Estado está facultado mediante el concepto de reserva legal a reglamentar las condiciones mediante las cuales se realizan.

Y para ello establece tres lineamientos: el primer lineamiento tiene que ver con los elementos propios de metodologías, el segundo es un tema propio de construcción de resultados y el tercero es respecto a la elaboración de preguntas; respecto a las metodologías la Corte Constitucional estableció que las encuestas deben hacerse a través de los mecanismos idóneos para llegar a toda la ciudadanía y que el legislador solo puede establecer condiciones aptas para que ellas se realicen.

Por tanto, es la compañía que realiza las encuestas o la persona que realiza las encuestas quien determina cuál es el mecanismo más idóneo, respecto al segundo tema, la Corte Constitucional establece la regla básica de transparencia, mediante la cual siempre que se realiza una encuesta, la compañía o agencia, la persona que realiza está obligada a explicar detalle por detalle cómo se realizó ella y cuáles son los resultados que se obtuvieron.

Y el tercer lineamiento que es muy interesante consiste en cómo deben publicarse y aquí la Corte Constitucional dijo dos cosas muy importantes, la publicación de encuestas electorales no solo hacen parte de la compañía, sino también de los medios de comunicación a los cuales les recae también la responsabilidad social, en otras palabras, no solo le corresponde a las personas o compañías que realizan las encuestas hacer una presentación adecuada de los resultados, sino que los medios de comunicación deben hacer interpretaciones idóneas, es decir, que no tergiversen, ni alteren la opinión pública de forma malintencionada.

Y el tercer lineamiento que es concreto es sobre la elaboración de las preguntas, la Corte

Constitucional estableció que el Estado colombiano puede reglamentar todos los temas relacionados con el diseño de preguntas, pero con un límite esencial y es que estas preguntas no pueden ser impuestas por el mismo, en otras palabras, el Congreso de la República y el Consejo Nacional Electoral como autoridades competentes pueden establecer si hay preguntas que inducen a respuestas, si hay preguntas que alteran la opinión pública, pero no le pueden decir a la compañía o a la persona que realiza las encuestas cómo debe hacer una pregunta en concreto, ni qué sentido debe tener una pregunta en concreto, digamos esos son los lineamientos generales.

Y el segundo punto ya son las observaciones particulares sobre el proyecto de ley, en el proyecto de ley nosotros percibimos que hay una enorme sintonía entre la exposición de motivos, el articulado y la línea jurisprudencial planteada por la Corte Constitucional.

En ese sentido nosotros logramos ver en las primeras páginas en la exposición de motivos que el Congreso de la República es consciente de los peligros que puede tener una encuesta electoral mal elaborada y, por ello, también se hacen necesarias las reglamentaciones y también se establecen esas reglamentaciones en los artículos siguientes de forma tal que se sigue paso a paso los lineamientos de la Corte, por ejemplo la idoneidad de las personas, la capacidad de injerencia en la formulación de preguntas y las prohibiciones en tiempo.

Sin embargo y el objetivo del objetivo del observatorio del observatorio de intervención ciudadana constitucional es el de plantear algunas inquietudes que nos dejó el proyecto de ley, ellas son las siguientes:

1. El Congreso de la República y la Comisión Primera del Senado, establecen que existe reserva legal en materia de reglamentación de las encuestas electorales, sin embargo, no sigue como tal una regla establecida por la Corte Constitucional en el año 1994, mediante la cual se exige que esa reserva legal es estatutaria, ello lo percibimos porque ni en el título del proyecto, ni en las exposiciones de motivos se hace una mención expresa.

Ello nos puede llevar a dos situaciones, la primera es que sencillamente si es una ley estatutaria, pero no se hace mención expresa y esto no tendría mayor problema, la segunda es que se esté tramitando por mecanismo de ley ordinaria y aquí se presenta un peligro, la Corte Constitucional dijo que es posible llevar asuntos de funciones electorales a través de leyes ordinarias como asignación de presupuesto, pero todo lo que tiene que ver con encuestas electorales es obligatoriamente de realización de ley estatutaria.

Por ello es recomendable que se hagan las aclaraciones en las futuras *Gacetas del Congreso* para evitar a futuro posibles inexecutableidades, la segunda es una prohibición que plantea el proyecto de ley, respecto a internet, en el año 2005, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-1153 sostuvo que internet es un mecanismo idóneo para la realización de encuestas, mas no el único y planteaba lo siguiente: Internet cuando las encuestas se realizan mediante internet no es en sí mismo una

metodología propia para medir sondeo, sino que es una metodología para permitir que ciudadanos que no tienen acceso a las metodologías tradicionales de la encuesta puedan manifestar su opinión, por tanto cuando el proyecto de ley prohíbe el uso de internet como metodología, lo que puede implicar, no es una alteración, una reglamentación misma sobre la encuesta, sino implica es un peligro de participación ciudadana.

Ponemos en el concepto que entregamos a la Comisión Primera el ejemplo de las personas que viven fuera del país, cuando hay personas que desean manifestar su opinión respecto a una campaña presidencial y una campaña de elección popular y no se encuentra en el país, no podría hacerlo por la sencilla razón de que la ley a futuro prohibiría una encuesta de ese tipo, en ese sentido si uno realiza un examen de proporcionalidad la recomendación sería, no como tal prohibir el uso e internet como mecanismo, sino establecer condiciones especiales, por ejemplo, un mayor grado de transparencia a la hora de publicar los resultados.

Y la última inquietud que nosotros tenemos es respecto a los límites temporales, el Artículo IX literales b) y d), establecen dos límites temporales interesantes, el literal p), prohíbe realizar encuestas, sondeos o proyecciones electorales durante 7 días antes o durante la semana anterior a la realización de las elecciones, mientras que el literal d) establece una prohibición general de realizar proyecciones, encuestas y divulgación de las mismas dentro de los 10 días antes de la celebración de los comicios.

Y aquí se presenta una confusión que es necesario resolver y consiste en lo siguiente ¿cuál de las dos reglas aplica? Porque en principio pareciese que hay una relación ley general, ley especial en la cual se dice que cualquier tipo de elección no permite una realización de encuestas durante los 10 días antes de los comicios, mientras que cuando hablemos de elecciones populares la restricción será de 7 días, eso también implicaría una modificación tácita a las leyes de mecanismos de participación ciudadana a través de la cual también se establecerá una prohibición de establecer sondeos electorales en temas por ejemplo de referendos, plebiscitos y consultas populares.

La recomendación que hace el observatorio es simplemente o hacer una precisión respecto al literal d) o para evitar confusiones eliminarlo, porque existe también una cuestión bastante delicada y es el término de 10 días, la Corte Constitucional estableció que los 7 días antes o la semana anterior a la celebración de los comicios es un término proporcional, pero cuando se excede ese término proporcional no solo hay una afectación digamos al derecho a estar informado, sino que también se podría caer en ejercicios de censura y quizás cuando esto pase a la Corte Constitucional ella pueda ser análisis sobre si los 10 días son proporcionales en estricto sentido o no.

Para concluir el Observatorio de Intervención Ciudadana, considera que el proyecto de reglamentación de encuestas electorales es un instrumento idóneo que se ciñe en general a los lineamientos establecidos por la jurisprudencia constitucional, sin embargo es necesario revisar

algunos aspectos tales como: la naturaleza de la ley, la prohibición de encuestas por internet y los límites temporales de las encuestas, agradezco la atención brindada y el Observatorio se pone como siempre a su disposición en caso de cualquier colaboración, les deseo un feliz día a todos.

La Presidencia ofrece el uso de la palabra a la doctora Nohora Sanín Posada, Directora de la Asociación de Periódicos de Colombia (Andiarios):

Buenos días y muchas gracias por darme el uso de la palabra a pesar de no haberme registrado, estoy de acuerdo básicamente con los argumentos expuestos por quien me precedió en el uso de la palabra, salvo en el tema de la limitación temporal para divulgación de encuestas, si bien la Corte Constitucional al analizar la ley de cuando se establecieron garantías especiales en procesos electorales para la Presidencia de la República, especialmente cuando hay reelección, estableció la constitucionalidad de la limitación una semana antes de elecciones, lo hizo solamente para ese tipo de elecciones muy particulares especialmente atendiendo a las circunstancias especiales de un proceso de reelección y sin mayor análisis ni argumentación.

Mientras que en las Sentencias 488 de 1993 y 089 de 1994 hay una muy profunda argumentación y análisis sobre que la limitación en el tiempo salvo el día de elecciones que se invita a callar todas las voces sería una modalidad de censura, la divulgación de encuestas es un mecanismo muy importante de expresión tanto de quienes aspiran a ser elegidos como un derecho de todos los ciudadanos que van a participar en un proceso electoral a tener la máxima información posible, más aun ha dicho la Corte en momentos en que la gente necesita tener toda la información posible para tomar su decisión y da un argumento adicional y es que es un mecanismo también de control ciudadano para alertar sobre posibles situaciones que se puedan presentar de fraudes y de situaciones anómalas en los procesos electorales.

De otra parte la posibilidad que existe hoy de divulgar resultados de encuestas por medios que son difíciles de controlar como son internet y celulares, hace que se pueda generar un desequilibrio entre la libertad de expresión de los medios de comunicación y la libertad de expresión de otras modalidades, otros medios, otros canales, otros conductos y eso pues no iría también acorde con la Constitución.

Entonces la petición de Andiarios es de mantener la prohibición únicamente el día de las elecciones y eliminar la prohibición de una semana antes, así lo hemos conversado inclusive frente a la norma vigente para las elecciones presidenciales convendría también analizar esta limitación que nos parece muy muy amplia y esa es nuestra solicitud y le reitero nuestro agradecimiento y a la orden también cualquier información adicional, gracias.

De conformidad con la Ley 5ª de 1992, se publican los documentos radicados en la Secretaría de la Comisión Primera del honorable Senado de la República y se envía copia a los ponentes.

Las ponencias radicadas son las siguientes:

– **Proyecto de ley número 106 de 2015 Senado**

• Alberto Samuel Yohai – Presidente CCIT

CCIT Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones

Bogotá D.C., 16 de Diciembre de 2015

Honorable
CARLOS FERNANDO MOTOA
Senador
COMISION PRIMERA DE SENADO
La Ciudad

Asunto: Comentarios al proyecto de ley No. 106 de 2015 "Por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales"

Honorable Senador:

Desde la Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT, reconocemos la importante labor que han venido realizando desde el Senado para lograr un ordenado crecimiento del país. En virtud de lo anterior, y revisando el proyecto de ley No. 106 de 2015 "Por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales" respetuosamente nos permitimos exponer las siguientes preocupaciones que surgen desde la industria en relación con el mencionado proyecto.

I. Comentarios específicos al proyecto

Comentarios a los artículos 1º y 2º del proyecto

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

CCIT Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones

La Ley 1581 de 2012 "Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales" contempla y dispone el criterio de aplicación extraterritorial de la ley colombiana, de manera razonable, en su artículo 2º cunando dispone que "... La presente ley aplicará el tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando el 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...". Este criterio se encuentra ya amparado por los parámetros establecidos en múltiples documentos internacionales, especialmente en el Marco de Privacidad de la OECD¹. Por el contrario, el criterio de extraterritorialidad de la ley, propuesto en el presente proyecto excede y va en contravía con lo establecido en dicho documento, que es considerado como el principal referente internacional en materia de protección de datos personales. Por ello, consideramos que lo dispuesto en el presente artículo, excedería el ejercicio de la soberanía de Colombia e iría en contravía con lo dispuesto y establecido a nivel internacional en la materia.

Teniendo en cuenta lo anterior amablemente solicitamos que el presente artículo sea eliminado del proyecto en mención.

Comentarios al artículo 2º del proyecto

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

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

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

La Corte Constitucional, en sus sentencias T-277 de 2015 y en la T-040 de 2013, ha determinado los parámetros de responsabilidad de los intermediarios de internet en relación con el tratamiento de datos personales. En ninguno de estos pronunciamientos la Corte determinó como parámetro el establecido en este artículo; razón por la cual amablemente solicitamos que el presente artículo sea eliminado del proyecto de ley.

¹ http://www.oecd.org/da/laeconomi/oced_privacy_framework.pdf

CCIT Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones

Comentarios al artículo 3º del proyecto

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

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

Consideramos que lo dispuesto en el presente artículo, violaría al ordenamiento legal nacional e internacional, toda vez que el mismo pretende, no sólo, extender la aplicación de la ley colombiana a casos o sucesos ocurridos fuera del país, sino también el ámbito territorial de la competencia de la autoridad de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin contar con el hecho de que haría prácticamente imposible que Colombia imponga sus sanciones a entidades que se encuentran fuera del territorio Nacional, pues estaría violando los principios internacionales de territorialidad de la ley así como también el de soberanía. La aproximación a esta problemática de todos los organismos internacionales, y de la gran mayoría de los países del mundo, es hacia la creación de mecanismos de cooperación internacional para estos asuntos, como corresponde a un caso de derecho internacional privado, y no a la creación de mecanismos internos y unilaterales de los países.

Teniendo en cuenta lo anterior amablemente solicitamos que el presente artículo sea eliminado del proyecto.

II. Comentarios generales al proyecto

El proyecto de ley, dentro de su exposición de motivos deja entre ver que si bien la ley colombiana no es aplicable sobre aquellos datos personales obtenidos en el extranjero, los usuarios se encuentran desprotegidos. Al respecto consideramos que esta hipótesis se aleja completamente de la realidad, toda vez que si bien la autoridad de protección de datos colombiana encargada de investigar y sancionar dicho tratamiento de datos no es competente fuera del territorio colombiano, los usuarios, sean colombianos o no, reciben protección de sus datos personales según la legislación del país en donde se encuentran los mismos.

Teniendo en cuenta lo anterior, nos permitimos recordar que el internet es una red global abierta, y por ello es imposible que cualquier Estado pretenda imponer su legislación local en todo el entorno del Internet, pues ello implicaría aplicar de

CCIT CÁMARA COLOMBIANA DE INFORMÁTICA Y TELECOMUNICACIONES

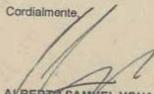
manera extraterritorial la ley colombiana sobre fenómenos y acciones que ocurren fuera del territorio de nuestro país. Igualmente, nos permitimos recordar que la legislación colombiana permite la aplicación de ley local de manera excepcional y limitada sobre ciertos casos específicos, como lo establece la constitución política, dentro de los cuales no se encuentra previsto el caso en mención.

Cuando los usuarios se encuentran localizados en Colombia y acceden a una página web que tiene su servidor ubicado en otro país, ello implica que el tratamiento de datos se está llevando a cabo en dicho país, razón por la cual el usuario será cobijado por la ley de protección de datos de dicho país.

Por éstas razones así como también por aquellas que se expusieron anteriormente al proyecto en mención, respetuosamente solicitamos al honorable senador el archivo del mismo.

Agradeciendo la atención prestada, me suscribo de usted con sentimientos de consideración y aprecio.

Cordialmente,



ALBERTO SAMUEL YOHAI
Presidente Ejecutivo
Cámara Colombiana de Informática y Telecomunicaciones – CCIT

• Antonio Medina Gómez – Presidente de ACUI


 Bogotá 4 de mayo de 2016.

Doctor
Jaime Amin Hernández
 Senador de la República
 Ciudad

Asunto: Aporte de la Asociación Colombiana de Usuarios de Internet ACUI, en Audiencia Pública sobre el Proyecto de Ley Estatutaria no. 106 de 2015 "Por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la ley estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la autoridad de protección de datos para que proteja los derechos de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales"

Respetado Senador.

Reciba un cordial y especial saludo a nombre de la Asociación Colombiana de Usuarios de Internet.

La Asociación Colombiana de Usuarios de Internet, ACUI, es una organización que busca promover la socialización, conocimiento, uso y aprovechamiento de las Tecnologías de Información y Comunicaciones y en particular de Internet en el país.

- Trabajamos por mantener a Internet como una red de comunicación, abierta y libre.
- Consideramos que Internet es el más portentoso instrumento al servicio del desarrollo económico y social.
- Trabajamos por fortalecer el modelo de Gobernanza de Internet, en el que el Gobierno, la Sociedad Civil, la Academia y el sector privado trabajan para construir, en escenarios de consenso, una Internet orientada a promover el desarrollo del país y de los colombianos.
- Consideramos que Internet por su propia naturaleza brinda oportunidades a los colombianos para reducir la pobreza, en un marco general en el que prevalecen la neutralidad de la red, la seguridad jurídica, la confianza y la libertad de expresión, basados en la normatividad y la ley.

Destacamos el liderazgo del HS Jaime Amin Hernández, al liderar y convocar la participación de autoridades gubernamentales, expertos del sector público y privado y representantes de la sociedad civil en la Audiencia Pública sobre el Proyecto de Ley Estatutaria no. 106 de 2015 "Por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la ley estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la autoridad de protección de datos para que proteja los derechos de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales".

En primera instancia es de fundamental importancia, mencionar que el vertiginoso avance de las Tecnologías de Información y Comunicaciones y en particular, de Internet, definen una nueva sociedad y los roles de un nuevo ciudadano, en el contexto de lo que se ha denominado como la "Economía Digital", en donde los datos personales de los ciudadanos son una "valiosa" mercancía para organizaciones, localizadas en Colombia y a nivel internacional, que con la excusa de contar con un modelo de negocio, podrían afectar los derechos de los ciudadanos en esta materia.

La Asociación Colombiana de Usuarios de Internet, ACUI, considera de fundamental importancia, que el Estado Colombiano y las Autoridades correspondientes, garanticen los derechos de los ciudadanos en el contexto de la sociedad de la información.

Por tal motivo, la Asociación Colombiana de Usuarios de Internet, ACUI, una organización de la sociedad civil, que trabaja por los ciudadanos colombianos, respalda la iniciativa del HS Jaime Amin Hernández orientada a fortalecer y facultar a las entidades encargadas de vigilar celosamente y con eficiencia, a los encargados de administrar y proteger adecuadamente tanto la custodia como la seguridad de los datos personales de los colombianos.

Dos tendencias importantes que vale la pena mencionar, son las relacionadas con lo que hoy se denomina como el Internet de las Cosas y el Big Data, elementos técnicos como una fase del desarrollo y uso de Internet, en el que se recopilan datos de los ciudadanos, muchas veces sin el consentimiento del mismo. En gran medida tenemos el compromiso y la responsabilidad de promover la adecuada educación, cultura y conocimiento en los colombianos para que se aseguren de entregar sus datos únicamente a través de procedimientos conocidos y en los que tengan la certeza del uso que le van a dar y del compromiso y responsabilidad de los administradores de la gestión y administración de esa información.

Y si las entidades que lo hacen, no tienen presencia en nuestro país, generar controles estrictos y eficaces para evitar que los datos de los colombianos estén en poder de estas organizaciones, que están utilizando esa información como moneda en una nueva economía digital.

Adicionalmente es importante que el regulador desarrolle acciones para revisar lo que se conoce como los "Términos y Condiciones" y la denominada "Política de Privacidad", que en la mayoría de las veces son contratos que definen una relación desigual entre prestadores de servicios y el ciudadano, quien podría ser huérfano de instrumentos legales para actuar con total autonomía.

Una verdadera sociedad democrática debe contemplar dentro de sus marcos normativos los mecanismos de salvaguarda para los datos personales y la privacidad de los ciudadanos.

Atentamente,

Presidente
 Asociación Colombiana de Usuarios de Internet ACUI
 Calle 89 A No 13A-09 Of 604.
 Teléfono: 5301459
 Celular 322316317
amedinagomez@gmail.com
presidencia@acui.co

• Andrea Liliana Romero López – Defensora Delegada de la Defensoría del Pueblo.


 Bogotá, 3 de mayo de 2016

Honorable Senador
Jaime Amin Hernández
 Senador de la República
 Carrera 7 No. 8-68
 Ciudad

Asunto: Concepto de la Defensoría del Pueblo al Proyecto de Ley Estatutaria No. 106 de 2015 - Senado "por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se faculta a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de los colombianos y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales"

Respetado Senador Amín:

Quiero empezar por agradecer la invitación hecha a la Defensoría del Pueblo para participar en esta Audiencia Pública, dada la importancia del tema que se discute. De antemano excuso al señor Defensor del Pueblo, doctor Alfonso Cajiao Cabrera, quien no pudo asistir en atención a una agenda previamente concertada.

La Defensoría del Pueblo destaca la preocupación que motiva la presentación del proyecto de ley estatutaria en curso, referida a la aparente ausencia de legislación que proteja a las colombianas y los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de sus datos personales, especialmente a través de Internet, por empresas y personas ubicadas fuera del territorio nacional. Sin lugar a dudas resulta necesario que el Congreso de la República debata estos temas y promueva su discusión amplia y experta.

Sin embargo, esta Entidad considera que la iniciativa busca dar una solución local a un problema global que, contrario a lo planteado, requiere una solución internacional. A juicio de la Defensoría, la legislación actual es amplia y suficiente para garantizar la protección de los datos personales de todos los residentes del país aunque su tratamiento ocurra fuera del territorio nacional, siendo esta una interpretación conforme a la Constitución que se desprende del artículo 2 de la Ley 1581 de 2012 y lo que frente a su contenido determinó la Corte Constitucional a través de la sentencia C-748 de 2011¹.

Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

www.defensoria.gov.co - E-mail: atencionciudadano@defensoria.gov.co
 PQRSOP: buzón.pqrsop@defensoria.gov.co - Calle 55 No. 10-32 Bogotá - Colombia - PBX: (571) 314 00 00 Ext. 2104
 Código de barras: 950000 02 - Versión 02 - Fecha de aprobación: 1/1/2014



Concretamente, el inciso segundo del artículo 2 de la Ley 1581 estableció que el ámbito de aplicación de dicha legislación correspondería al tratamiento de datos personales efectuado (i) en el territorio colombiano o (ii) fuera del territorio nacional cuando es llevado a cabo por un responsable o encargado del tratamiento al que le es aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

Durante el control efectuado al Proyecto de Ley Estatutaria No. 184 de 2010 Senado; 046 de 2010 Cámara², la Corte Constitucional declaró la exequatibilidad del inciso segundo y señaló que el ámbito de aplicación de la ley trascendía el factor territorial, ampliando así la protección a algunos tratamientos de datos personales que ocurren fuera del territorio nacional en virtud del factor subjetivo.

La Corte encontró indispensable la aplicación extraterritorial de los principios y estándares contenidos en la ley para garantizar la protección adecuada de los datos personales de las personas residentes en Colombia, en atención a la globalización y el avance de las nuevas tecnologías.

En esta misma línea argumentativa, recientemente, la Superintendencia de Industria y Comercio -SIC- modificó un concepto propio del año 2014 que señalaba la falta de competencia de esa entidad para investigar el tratamiento de datos personales en las redes sociales, específicamente con respecto al tratamiento de la información personal registrada en la red social de Facebook, debido a que dicha compañía no tenía domicilio en Colombia³.

En lugar de la equívoca postura anterior, la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales determinó que se encuentra completamente facultada para garantizar el tratamiento de los datos personales de los colombianos que compartan información personal, a través de las redes sociales en internet, de conformidad con los principios, derechos, garantías y procedimientos establecidos en la Ley 1581 de 2012⁴.

La SIC constató que no podía ser otra la Interpretación derivada del contenido del artículo 2 de la Ley 1581 y de lo señalado por la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-748 de 2011, al analizar la constitucionalidad del ámbito de aplicación de la ley estatutaria de protección de datos personales. Además, señaló que la ley le otorga todas las herramientas para desarrollar sus atribuciones de vigilancia y control en temas de garantía del derecho de *habeas data*, como la facultad de solicitar la colaboración de entidades internacionales para proteger el derecho de los titulares de la información, de conformidad con el literal j) del artículo 21 de la Ley 1581.

¹ Por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.
² Concepto publicado y disponible en el link: <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/Concepto-SIC-nov-2014-ley-1581-no-aplica-facebook.pdf>
³ Concepto publicado y disponible en el link: <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/CONCEPTO-FACEBOOK-20160303.pdf>
⁴ Concepto publicado y disponible en el link: <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/CONCEPTO-FACEBOOK-20160303.pdf>

www.defensoria.gov.co - E-mail: atencionciudadano@defensoria.gov.co
 PQRSOP: buzón.pqrsop@defensoria.gov.co - Calle 55 No. 10-32 Bogotá - Colombia - PBX: (571) 314 00 00 Ext. 2104
 Código de barras: 950000 02 - Versión 02 - Fecha de aprobación: 1/1/2014

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

Si bien esta postura se circunscribe al tratamiento de datos personales de nacionales por parte de la red social de Facebook pues ese fue el tema que suscitó la elaboración del concepto, la interpretación acogida por la SIC puede ser perfectamente ampliada y aplicada al análisis de casos relativos al tratamiento internacional de datos personales de residentes en Colombia.

En este orden de ideas, la Defensoría del Pueblo considera que la solución local a la problemática que plantea el proyecto de ley ya fue aclarada por la Autoridad Nacional de Protección de Datos Personales y, en cambio, las precisiones y ampliación de la competencia de la SIC que pretende el proyecto de ley estatutaria podrían generar confusiones para la debida aplicación de la ley. Por esta razón, la Defensoría estima más apropiado implementar estrategias alternativas a las reformas legislativas que podrían resultar más eficientes para asegurar la aplicación de la normatividad existente; por ejemplo, el impulso de la investigación de casos y la creación de mecanismos de colaboración entre las autoridades y el sector privado y entre las autoridades nacionales de protección de datos que permitan, por una parte, hacer responsables a los particulares por el tratamiento inadecuado y abusivo de datos personales y, por la otra, exigir el cumplimiento y la efectividad de sus decisiones. La promoción y participación en escenarios que contribuyan a la formulación de un marco regulatorio digital para América Latina estaría en esta misma dirección.

En todo caso, de insistirse en el trámite del actual proyecto de ley, la Defensoría recomienda:

- (i) Ampliar la medida de protección a todos los habitantes del territorio sean estos nacionales o extranjeros, pues está dirigida solamente a los colombianos.
- (ii) Impulsar el trámite de la iniciativa considerando el poco tiempo con el que cuenta para surtir los cuatro debates exigidos para convertirse en ley de la república, pues a pesar de haberse presentado el proyecto en octubre del año pasado, a la fecha no cuenta con su primer informe de ponencia ni debate y por tratarse de una ley estatutaria debe tramitarse en una sola legislatura.
- (iii) Estudiar la posibilidad de proponer en una sola iniciativa las modificaciones y adiciones a la Ley 1581 de 2012 que sean necesarias, con base en los distintos problemas y vacíos que desde la academia, la sociedad civil y las propias instituciones del Estado han sido identificados, teniendo en cuenta el esfuerzo legislativo que implica tramitar un proyecto de ley estatutaria que exige la conclusión de su trámite en una sola legislatura así como su aprobación por mayorías absolutas. Algunas de estas problemáticas fueron planteadas en el debate académico sobre el proyecto del asunto que tuvo lugar en el marco de las XIII Jornadas GECTI - "Protección de datos personales", realizadas el pasado 24 de febrero del año en curso, como lo es el desconocimiento de la legislación por parte de entidades y autoridades nacionales, la

www.defensoria.gov.co - E-mail: atencionciudadano@defensoria.gov.co
PQRSDP: buzón.pqrspd@defensoria.gov.co - Calle 55 No. 10-32 Bogotá - Colombia - PBC: (571) 314 00 00 Ext. 2104
Código AD-P66-F-20 - VERSIÓN 02 - Fecha de emisión: 31/03/2016

Defensoría del Pueblo
COLOMBIA

recopilación desmedida de datos personales sin autorización del titular y el desarrollo de productos digitales más seguros, entre otros".

Muchas gracias,

Andrea Cromeida
Andrea Liliana Romero López
Defensora Delegada Asuntos Constitucionales y Legales

Proyectó: Andrea Carolina Hernández
Revisó: Andrea Liliana Romero
Archivado en: Proyectos de Ley
Conectividad Dependencia 4070 - 210

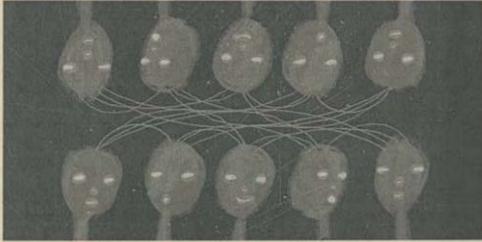
Video completo disponible en el siguiente link: <http://www.unilandes.edu.co/noticias-transmisiones-canal-youtube/93-4-transmisiones/24598-proteccion-de-datos-personales>

www.defensoria.gov.co - E-mail: atencionciudadano@defensoria.gov.co
PQRSDP: buzón.pqrspd@defensoria.gov.co - Calle 55 No. 10-32 Bogotá - Colombia - PBC: (571) 314 00 00 Ext. 2104
Código AD-P66-F-20 - VERSIÓN 02 - Fecha de emisión: 31/03/2016

• Carolina Botero Cabrera – Directora Fundación Karisma

¿Necesita la Superintendencia de Industria y Comercio más competencia para vigilar sitios de Internet?

Por, Carolina Botero*.



En 2014, la Superintendencia de Industria y Comercio, en concreto la Delegatura de Protección de Datos, que es la autoridad protectora de los datos personales en Colombia, resolvió una consulta ciudadana donde afirmó no tener competencia para revisar las quejas sobre el manejo de datos de los usuarios de Facebook, el argumento central fue que esa red social no tiene domicilio en Colombia.

La decisión fue duramente criticada en el país porque dejaba a la ciudadanía en situación de indefensión. Poco después, el director de la Delegatura indicó que había sido un error de quien había quedado encargado durante sus vacaciones y que lo corregiría. El director dejó su cargo unos meses después y la corrección no se dio. Colombia quedó con esa opinión experta en firme.

Esta situación de indefensión para la ciudadanía llevó a que el Senador Jaime Amin Hernández propusiera como solución: un proyecto de ley (105/15) que amplía las competencias de la autoridad colombiana para indicar que puede ocuparse de casos en los que cualquier persona o empresa — incluso aquellas que no tengan ningún vínculo físico con Colombia— haga cualquier tratamiento de datos de personas residentes en Colombia.

La siguiente es la propuesta de modificación legal:

<p>Lev 1581 de 2012</p>	<p>Proyecto de Ley 105/15 Amplía esa competencia para agregar</p>
-------------------------	---

"al tratamiento de datos personales efectuado por Responsables o Encargados del Tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia"

La modificación es sustancial, pues se pasa de una norma que vincula la competencia a la territorialidad del tratamiento de datos a una que amplía competencia en relación con el vínculo de toda persona residente colombiana que haya sido sujeto de un tratamiento de datos. El cambio es, sin duda, interesante para enfatizar en la necesidad de flexibilidad sobre el carácter transfronterizo de esta competencia, pero su alcance es tan amplio que supondrá retos impresionantes tornándola en inocua.

Simpatizo con que debemos buscar una solución al problema generado en forma irresponsable por un funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio, sin embargo, la solución del senador Amin me parece que es la de desplegar un cañón para acabar con un zancudo. Mi opinión tiene al menos dos consideraciones:

1. ¿Acaso necesitamos una ley para modificar ese concepto?

No. La entidad puede corregir su concepto o la ciudadanía puede iniciar un proceso administrativo para que esa Superintendencia haga tal revisión. Intentar corregir los errores de los funcionarios públicos con leyes es, en principio, una exageración.

Sobre todo, no debería hacerse sin un amplio estudio que justifique tal cambio. El proyecto de ley en su motivación explica los retos y se ocupa de exponer la necesidad de no resignar la competencia local sobre empresas no domiciliadas ni residentes del país. No explica el análisis que el legislador hace para establecer que la solución es la de proponer competencia sobre cualquier tratamiento de datos realizado a residentes locales en cualquier lugar y por cualquier medio. No hay, por ejemplo, una evaluación de derecho comparativo que exponga la forma como esta situación se soluciona en

otros países, ni los pros y contras de tales opciones. En suma, no se justifica el cambio de la norma de competencia más allá del vacío que generó el error de la Superintendencia de Industria y Comercio.

En un análisis de 2002, que estudiaba cómo se aplicaban las normas comunitarias de la UE al tratamiento de datos personales en Internet por sitios web establecidos fuera de la comunidad, se reconoce que "los Estados tienden a utilizar varios criterios alternativos para determinar exhaustivamente el ámbito de aplicación del derecho nacional, cubrir el mayor número posible de casos y ofrecer la protección más amplia posible a los consumidores y a la industria nacionales. Esta tendencia conduce inevitablemente a aplicar varias leyes nacionales a una situación que implica un elemento transfronterizo. Por lo tanto, los instrumentos jurídicos internacionales intentan determinar los criterios pertinentes de manera neutra y no discriminatoria".

Colombia no ha sido la excepción. En este punto en concreto, la norma de competencia existente busca tener un alcance transfronterizo al establecer en el mencionado artículo 2 que está dada porque el tratamiento de datos se da en el país. Al ampliar esta opción con una en la que la competencia se da simplemente porque la persona sea residente en el país se puede generar otras incertidumbres. Si cualquier persona residente en el país puede pedir que la autoridad colombiana se ocupe de sus problemas de tratamientos de datos tanto en la Internet como fuera de ella, puede suceder que pida que lo haga sobre eventos que sucedieron fuera del país. Imagine que un venezolano residente en el país reclame competencia de la autoridad colombiana por el tratamiento que de sus datos se hizo en un hotel de Malta donde estuvo de vacaciones en diciembre. ¿Está nuestra autoridad preparada para esas posibilidades? ¿Tiene sentido generar la expectativa de que en el país podemos perseguir y hacer cumplir nuestras normas para situaciones que suceden fuera del país e incluso fuera de la Internet? ¿Cuánto costaría asumir realmente una competencia de este tipo? ¿Se ha calculado los riesgos que la amplitud de la norma puede generar para abusos?

Mirando el contexto internacional actual lo que vemos es que precisamente para tener ese efecto en materia de habeas data y protección de datos lo que se ha hecho es hablar de asumir competencia siempre que cualquier parte del "tratamiento de datos" se haga en el país. De esta manera, se cumple con el objetivo de tener competencia sobre "responsables o encargados del tratamiento" que no estén ni domiciliados ni residenciados en el país. El problema no es de la norma existente sino de la mala interpretación que de ella hizo un funcionario.

2. El artículo 2 de la Ley de Protección de Datos Personales fue mal aplicado pero es suficiente para asignar competencia en los casos problematizados por la motivación del proyecto de ley del senador Amin.

En el artículo 2 de la ley 1581 se indica que la competencia se "aplicará al Tratamiento de datos personales efectuado en el territorio colombiano". La Superintendencia consideró que esta disposición no cubre los datos que se generan y encuentran en Facebook, pues no estarían en el territorio nacional ya que la empresa no está domiciliada en Colombia.

En 2014, cuando Google informó que unificaba las decenas de políticas de privacidad que tenía para su diferentes servicios, las autoridades europeas analizaron lo que significaba ese anuncio bajo la premisa de que esta acción es un reconocimiento de que se procesaba información de las personas usuarias en forma más agresiva de lo que suponían. El resultado fue un proceso en el que las autoridades de la UE evaluaron el punto de la competencia a través del conocido como Grupo de Trabajo del Artículo 29. Sus conclusiones fueron recogidas en decisiones nacionales como la de la autoridad española, que se consignó en la [Resolución R/02862/2013](#).

En dicha resolución se estableció la existencia de una oficina de mercadeo de Google en España, y lo que supone para afirmar la presencia de la empresa extranjera en el país y en actividades relacionadas con el tratamiento de datos de sus nacionales. La autoridad indicó que, precisamente, la publicidad es elemento central en el negocio de Google. La autoridad española afirmó que "las actividades destinadas a la obtención de publicidad que lleva a cabo (Google Spain S.L.) tienen vinculación con los tratamientos de datos personales de personas residentes en España". Su análisis, además, llevó a la autoridad a pronunciarse sobre si el tratamiento se hace localmente (que es el otro elemento de competencia en España). En ese caso, estableció que "incluso en los supuestos en los que el servicio no se financia con la publicidad, la entidad Google Inc. recurre a medios situados en el territorio español con el fin de captar información en nuestro territorio (utilizando, entre otros, los equipos de los usuarios residentes en España para almacenar información de forma local a través de cookies y otros medios, así como ejecutando código en dichos dispositivos), sin que la utilización de tales equipos para la recogida de datos se realice exclusivamente con fines de tránsito por el territorio de la Unión Europea, es decir, no se trata de equipos de transmisión, sino que dichos equipos se emplean para la recogida y tratamiento de los datos".

Este tipo de aplicación transfronteriza en normas de protección de datos no es exclusivo de la UE. En el mencionado estudio de 2002 se indica también que "en los Estados Unidos de América, los tribunales y las leyes aplican razonamientos similares con el fin de que los sitios web extranjeros estén sujetos a las normas locales; la ley norteamericana, (continúa) Children's Online Privacy Protection Act (COPPA) de 1998 se aplica también a los sitios web extranjeros que recogen información personal de niños establecidos en el territorio de los Estados Unidos".

• Nelson Remolina Angarita – Director del Grupo de Estudios en Internet.

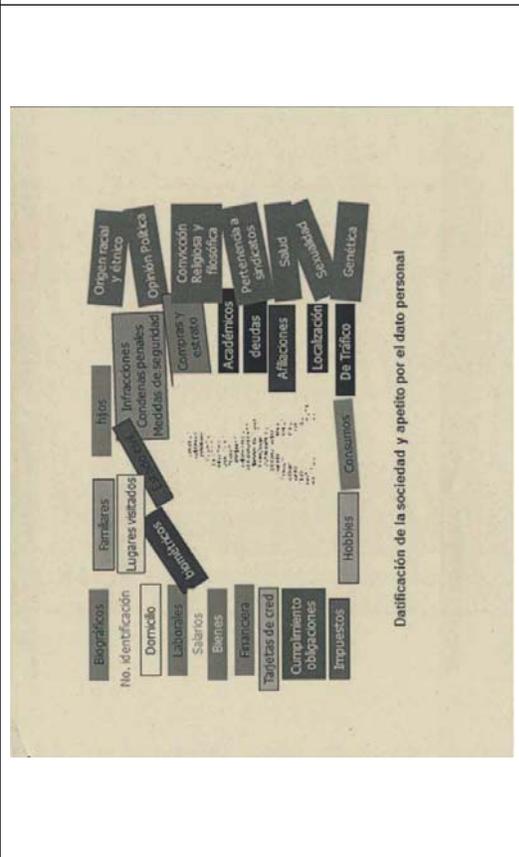
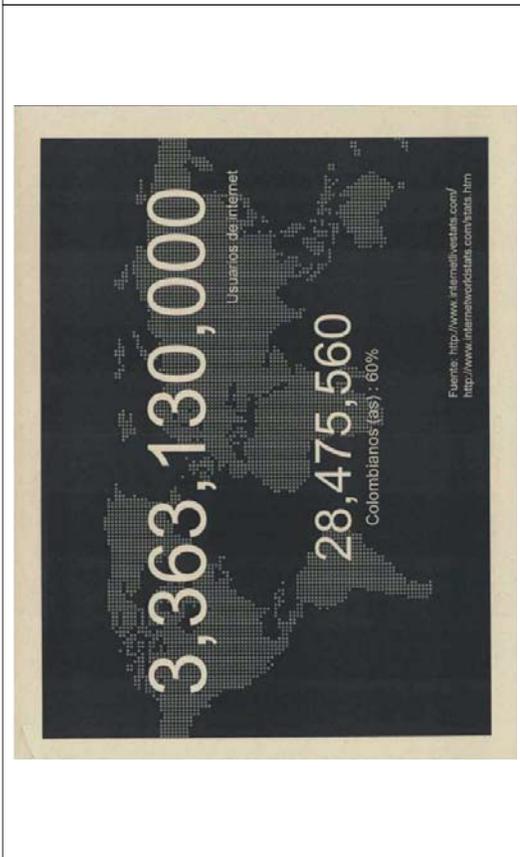
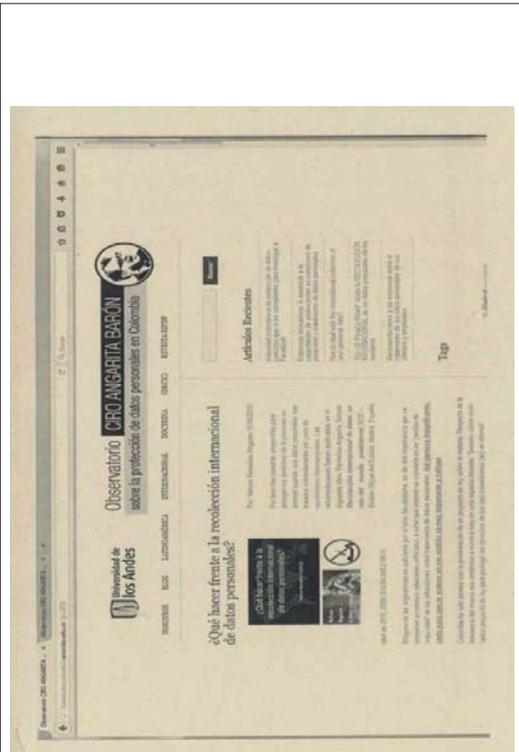
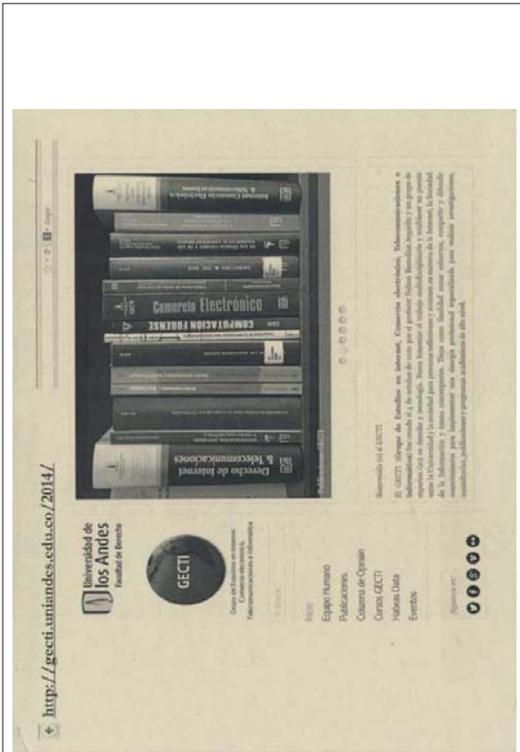
La cotidianidad del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones y, sobre todo, de Internet no significa la necesidad de crear nuevas normas. Lo que sí parece indispensable es que quienes deben aplicar las existentes deben entender la tecnología y apliquen esas normas en forma adecuada. Está claro que el reto no es menor, pues se trata de una tecnología transfronteriza que debe aplicarse a realidades legales llenas de fronteras, pero es necesario discutirlo.

Finalmente, la autoridad colombiana ha tenido casos en los que ha debido resolver temas transfronterizos como el [fallo sancionatorio contra "datajuridica.com"](#). En ese caso su análisis técnico concluyó que la autoridad era competente para investigar el sitio y este fallo confirma que es innecesario un proyecto de ley como el 105 de 2015.

=====

El próximo 24 de febrero de 2016 la directora de la Fundación Karisma, Carolina Botero Cabrera, fue invitada a debatir sobre el Proyecto de Ley 105 del Senado de 2015 dentro de la celebración de los [XIII Jornadas GECTI de la Universidad de los Andes](#), puede consultar la agenda del evento [aquí](#).

*Carolina Botero: Investigadora, abogada, conferencista, escritora y consultora en temas relacionados con el derecho y la tecnología. Columnista de El Espectador.



QUÉ OPINAN LAS COLOMBIANAS Y LOS COLOMBIANOS SOBRE TEMAS RELACIONADOS CON EL PROYECTO DE LEY?

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

SI	16%
NO	84%

6 37 114 291 388 485

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

SI	97%
NO	3%

0 111 222 333 444 555

573 respuestas
11/09/2015 - 24/02/16

QUÉ OPINAN LAS COLOMBIANAS Y LOS COLOMBIANOS SOBRE TEMAS TRATADOS CON LA TESIS?

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

SI	19%
NO	81%

0 32 104 176 248 320

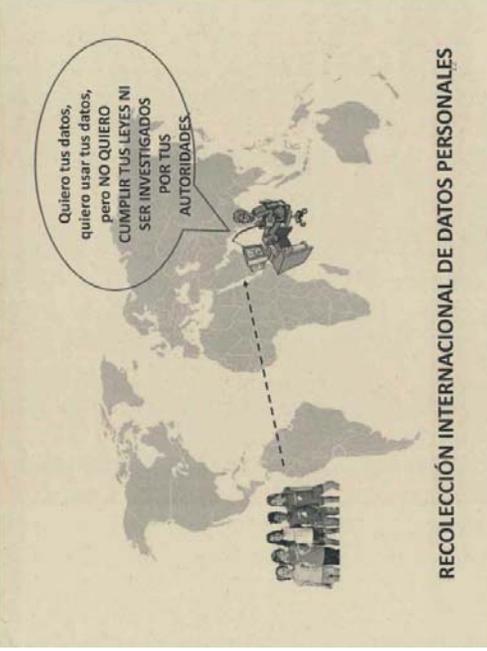
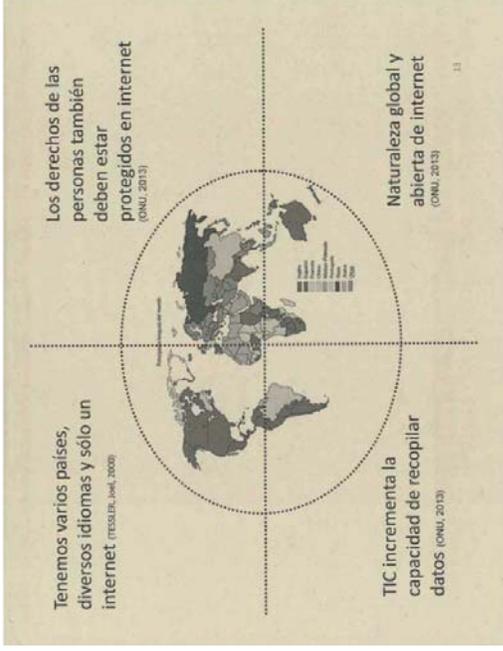
- Esta de acuerdo con que un buscador de internet recolecte sus datos personales cada vez que usa su motor de búsqueda o sus servicios ?

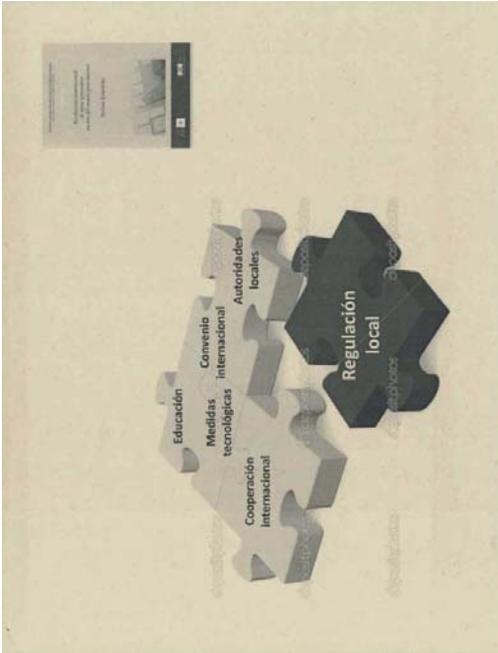
SI	13%
NO	87%

0 69 138 207 276 345

573 respuestas
11/09/2015 - 24/02/16

Los motores de búsqueda como principales recolectores de datos personales

 <p>FACEBOOK SALES REACH \$17.9 BILLION IN 2015 LIVE FROM LOS ANGELES CNN, 27-I-2016</p>	<p>"Superindustria se une por segundo año consecutivo a "barrido global de privacidad"</p> <ul style="list-style-type: none"> • Este año la actividad se orientó a examinar sitios web y aplicaciones móviles utilizadas por niños. • En Colombia, la Superintendencia de Industria y Comercio examinó 25 sitios web y aplicaciones móviles. <p>1.494 sitios web y aplicaciones populares entre los niños. 67% recopiló información de los niños. 50% comparte información con terceros</p> <p>41% de lo examinado generan inquietudes en torno a la cantidad de información privada que recolectan - día del cumpleaños, dirección, teléfono o incluso fotos- y la forma en que comparten los datos con terceros.</p> <p>31% tienen controles efectivos para limitar la recolección de información personal de niños. Otros sólo menciones en el <i>aviso de privacidad</i></p> <p>Fuente: Comunicado de Prensa SIC, Septiembre de 2015</p> 
 <p>Quiero tus datos, quiero usar tus datos, pero NO QUIERO CUMPLIR TUS LEYES NI SER INVESTIGADOS POR TUS AUTORIDADES.</p> <p>RECOLECCIÓN INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES</p>	 <p>Tenemos varios países, diversos idiomas y sólo un internet. (TRESSLER, 2004, 2009)</p> <p>Los derechos de las personas también deben estar protegidos en internet. (ONU, 2013)</p> <p>Naturaleza global y abierta de internet. (ONU, 2013)</p> <p>TIC incrementa la capacidad de recopilar datos. (ONU, 2013)</p> <p>11</p>

 <p>En internet "puede haber una realidad virtual pero ello no significa que los derechos, en dicho contexto, también lo sean. Por el contrario, no son virtuales: se trata de garantías expresas por cuyo goce efectivo en el llamado "cibespacio" también debe velar el juez constitucional" (C-1147 de 2003)"</p> <p>Una tecnología ha permitido crear, en tiempo y en lugar, en todo el mundo, problemas que en el futuro...</p> <p>Henry Ford</p> <p>Apoya o mejora constructivamente la propuesta de proyecto de ley 106 de 2015 SENADO III</p>	 <p>Cooperación Internacional</p> <p>Medidas tecnológicas</p> <p>Convenio Internacional</p> <p>Autoridades locales</p> <p>Regulación local</p>
 <p>Conclusiones</p> <ul style="list-style-type: none"> ✓ Internet ha cambiado el escenario inicial: mundo global e hiperconectado ✓ Internet no puede ser un paraíso informático ✓ Internet no debe ser un reino de impunidad ✓ La recolección internacional de datos requiere respuestas jurídicas diferentes: NO MAS DE LOS MISMO ✓ El PL 106/15 Senado es necesario y útil para las colombianas y los colombianos 	 <p><i>La defensa de los derechos humanos NUNCA es tarde y SIEMPRE vale la pena</i></p> <p>Federico Monteverde (Ciudad de México, enero 29 de 2015)</p>

 <p>Observatorio CIRO ANGARITA BARÓN sobre la protección de datos personales en Colombia</p> <p>Gracias</p> <p>nremolin@uniandes.edu.co http://gecti.uniandes.edu.co/ http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/</p> <p>Nelson Remolina Angarita https://twitter.com/GECTIXXI</p> <p>Universidad de los Andes</p> <p>GECTI in f</p>	<p align="center">– Proyecto de ley número 114 de 2015 Senado • Jorge Ricardo Palomares G. – Docente Derecho Público Universidad Libre</p> <p>Bogotá D.C. 4 de mayo de 2015.</p> <p>Señor presidente, Senador MANUEL ENRIQUEZ ROSERO Señor Secretario GUILLERMO LEÓN GIRALDO GIL Comisión Primera Senado de la República de Colombia.</p> <p>Ref: Resolución 09 de 2016. Intervención proyecto de ley 114 de 2015 Senado (por medio de la cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales, en cargos de elección popular, y se dictan otras disposiciones).</p> <p>Cordial saludo.</p> <p>Atendiendo la convocatoria de la referencia, JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá; JORGE RICARDO PALOMARES GARCÍA, docente del área de Derecho Público y miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Comparado de la Universidad Libre de Bogotá y JULY KATHERINE ALVARADO CAMACHO, estudiante de la Facultad de Derecho y miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre de Bogotá, nos dirigimos respetuosamente a Ustedes, a fin de presentar nuestra opinión sobre el proyecto de ley 114 de 2015 Senado¹, por medio del cual se crean disposiciones para la realización y divulgación de encuestas electorales, en cargos de elección popular, y se dictan otras disposiciones. Para ello, presentaremos unas consideraciones generales en torno al proyecto; posteriormente expondremos la línea jurisprudencial sobre encuestas electorales y, finalmente, plantaremos algunas observaciones puntuales sobre el proyecto de ley.</p> <p>I. Consideraciones generales</p> <p>En el proyecto de ley materia de estudio se definen las encuestas electorales² como un mecanismo para examinar las tendencias del electorado sobre los candidatos a cargos de elección popular a nivel nacional... ¿por qué es fundamental resaltar que estas constituyen una herramienta indispensable y poderosa para conocer la opinión y actitudes de la población ante varias opciones, que, en virtud de su capacidad de incidencia sobre la opinión del electorado, deben ser objeto de especial regulación por parte del Estado.</p> <p>De los resultados obtenidos fruto de su aplicación, tal como lo señaló la Corte Constitucional, se obtiene información que se utilizará para tomar decisiones que pueden afectar al conjunto de una población, por tanto, el riesgo de contar con predicciones equivocadas, elaboradas a partir de procedimientos anti técnicos o tendenciosos puede contribuir a la manipulación de los resultados de una campaña política y, eventualmente, a tergiversar las condiciones igualitarias en que debe desarrollarse la contienda³.</p> <p>Por tanto las encuestas electorales, son una fuente útil para suministrar información al votante, quien al ser un ciudadano racional y con capacidad de decidir, toma diferentes insumos para llegar a definir su voto según su buen juicio, según la realidad que lo rodea⁴.</p> <p>¹ GacCong 888/2015, pp. 1-4. ² GacCong 888/2015, p. 1. ³ CortConstC 1153/2005. ⁴ Soler, M. Campañas electorales y democracia en España. España: Universitat Jaume. 243 p., 2001.</p> <p align="right">1</p>
<p>El art. 265 inc. 6 Constitución Política (ConstPol) contempla expresamente la existencia de normas legales sobre publicidad y encuestas de opinión pública. Por otra parte la jurisprudencia ha señalado que "la divulgación de encuestas y proyecciones sobre el comportamiento electoral el día de las elecciones puede interferir el desarrollo normal y espontáneo del respectivo certamen y dar lugar a equívocos o informaciones que desorientan o desalientan a los votantes". Por ello, el art. 258 ConstPol estableció que el día de las elecciones en el que los ciudadanos ejercen secretamente su derecho al sufragio y se define el rumbo democrático del país, deberán acallarse todas las voces que no sean la voz del pueblo.</p> <p>No obstante, quienes defienden la restricción de publicación de encuestas argumentan proteger a terceros de los resultados de encuestas electorales para ahuyentar influencias externas y garantizar un voto libre, invocando de forma errada un objetivo legítimo, al cual no responde de ninguna forma a una necesidad social imperiosa, por lo que incumple con el mandato de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al no acoplarse al artículo 13 inciso 2-a de la Convención Americana de los Derechos Humanos.</p> <p>De ahí que, para analizar la presencia de los Derechos Humanos en las encuestas electorales, es pertinente que se consideren los siguientes aspectos en su elaboración: el establecimiento de criterios generales que deben seguir las encuestas, el levantamiento de la encuesta, la obtención de la información, la entrega de la información obtenida y finalmente, la difusión de la misma.</p> <p>El establecimiento de estos criterios metodológicos resulta de gran trascendencia, ya que su cumplimiento constituye un parámetro para determinar el grado de objetividad, puesto que "no es suficiente que la institución encargada de la organización de las elecciones emita criterios generales de carácter científico para estimar que con ello se realizarán de manera objetiva y científica". La emisión de los criterios no es suficiente, se requiere contrastar la información obtenida con los parámetros previamente establecidos, pues de no ser así dicha información carecerá de objetividad.</p> <p>Por ejemplo, en el caso de las pasadas elecciones a Alcaldía de Bogotá, se presentaron diferencias en los estudios sobre intención de voto⁵, por lo que se generó polémica entre los candidatos y se debatió la legitimidad de las encuestas electorales, como fuente objetiva.</p> <p>De ahí que esta Observatorio considere viable y apropiado, el objeto de este proyecto de ley, para contribuir a la adopción de una decisión relativa por parte del votante, ejercida "desde la plena y libre información, no desde el silencio y la incertidumbre, donde el votante actúa de esta manera y que se le permita materialmente hacerlo, fomentando el libre flujo de información", no hace más que consolidar la garantía reconocida por la Convención Americana de los Derechos Humanos, en su artículo 23, que reconoce plenamente el derecho a participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos.</p> <p>La realidad es que una encuesta es un instrumento científico que se usa en todas partes del mundo, pero es necesario insistir en que está de por medio el derecho fundamental a recibir información de interés público para, en este caso, poder ejercer acciones que permitan lograr otro derecho electoral fundamental, que es ser elegido o que la agrupación electoral pueda obtener cierto apoyo popular⁶.</p> <p>II. Reglas constitucionales en materia de encuestas</p> <p>⁵ CORZO SOSA, Edgar. Las encuestas electorales y los derechos fundamentales. Una primera reflexión. México. En: Cuestiones constitucionales. Num 16. Enero-junio 2007. Pg 3. ⁶ <i>Ibid.</i>, p. 4. ⁷ Artículo de opinión. Guerra de encuestas electorales. Revista Semana. Publicado 08 Septiembre 2015 Disponible en: http://www.semana.com/nacion/galeria/guerra-de-encuestas-electorales-437788-3 Consultado 04 de mayo de 2016. ⁸ <i>Ibid.</i>, p. 19. ⁹ CortConstC 488/1993.</p> <p align="right">2</p>	<p>La Corte Constitucional (CortConst) es consciente de los problemas que pueden presentar las encuestas electorales en la democracia colombiana y, por tanto, ha construido una línea jurisprudencial uniforme sobre cómo debe entenderse el concepto de encuesta electoral, así como las funciones y límites que ella tiene en el proceso de toma de decisiones populares. Dicha línea jurisprudencial, a su vez, si rige sobre dos ejes fundamentales. El primero de ellos es el ejercicio de los derechos fundamentales de participación política⁷ y de información⁸; mientras que el segundo es la garantía del Derecho fundamental a votar libremente, es decir, sin injerencia alguna⁹, así como del principio de transparencia en los procesos democráticos¹⁰.</p> <p>Para la CortConst las encuestas electorales son encuestas de opinión pública, no científica, cuya finalidad es definir tendencias públicas¹¹ para el caso concreto en materia electoral. Esta definición, en principio sencilla, contiene unos fines especiales, los cuales han sido reconocidos por la CortConst y agrupados por el primer eje definidor enunciados anteriormente.</p> <p>El primer conjunto es de carácter político. En él, la CortConst ha identificado tres fines concretos¹²: a) la promoción de participación política de los aspirantes, pues las encuestas permiten conocer el ambiente político del país, así como la posibilidad que tiene un candidato potencial de participar en contiendas electorales; b) establecer la imagen pública de un candidato, su programa de gobierno y su popularidad, así como promover la transformación de propuestas políticas y; c) informar e influir en la opinión del electorado.</p> <p>El segundo conjunto es la garantía de derechos fundamentales. La CortConst ha sostenido en especial, que las encuestas electorales son un mecanismo, mediante el cual, los ciudadanos ejercen su Derecho fundamental a expresar su opinión –derecho a dar a conocer la receptividad de los programas políticos¹³. Asimismo, las encuestas electorales son un mecanismo que informan sobre las decisiones de los candidatos a cargos públicos sobre dicha receptividad¹⁴.</p> <p>Estos fines indican que existe una obligación estatal de permitir la elaboración, implementación y difusión de encuestas electorales. Sin embargo, dichas acciones no son de libertad absoluta. De acuerdo a la línea jurisprudencial establecida por la CortConst, las encuestas electorales implican un riesgo y, por tanto deben respetar un límite intrínseco. El riesgo consiste en que la encuestas, bien por el diseño metodológico de las mismas¹⁵ o bien por la forma de presentar la información¹⁶, pueden constituirse en una herramienta de manipulación y no de desarrollo de los fines enunciados anteriormente. Por ello, la CortConst ha establecido que las encuestas electorales son un ámbito material de protección del Derecho fundamental a difundir información, el cual está limitado por el criterio de veracidad e imparcialidad¹⁷. Este límite, a su vez, se desarrolla mediante un conjunto de reglas y subreglas.</p> <p align="center">A. Reglas y subreglas en materia de reglamentación de encuestas electorales</p> <p>La reglamentación del Derecho a diseñar, implementar y difundir encuestas electorales, se rige por dos reglas esenciales diseñadas por la CortConst. La primera regla consiste en que las encuestas no pueden ser manejadas al arbitrio absoluto de personas o empresas que las realizan ni ser interpretadas tendenciosamente por los medios de</p> <p>¹⁰ CortConstSC 1153/2005. ¹¹ CortConstSC 488/1993. ¹² CortConstSC 089/1994. ¹³ CortConstSC 1153/2005. ¹⁴ CortConstSC 1153/2005. ¹⁵ CortConstSC 1153/2005. ¹⁶ CortConstSC 488/1993. ¹⁷ CortConstSC 488/1993. ¹⁸ CortConstSC 488/1993; C 089/1994. ¹⁹ CortConstSC 488/1993.</p> <p align="right">3</p>

comunicación³³, pues ello implica una violación del límite –aunque la CortConset lo denomina núcleo esencial– de información veraz e imparcial, mientras que la segunda regla consiste en que la reglamentación de las encuestas electorales son de reserva legal, conforme al art. 152 lit. c en concor. con art. 265 num. 6 –anteriormente num. 5– ConstPc³⁴.

1. Subreglas competenciales

De acuerdo a la regla de reserva legal, la CortConset ha sostenido que la regulación de las encuestas electorales es una reserva de ley estatutaria³⁵. Esta subregla se debe a que, de acuerdo a la interpretación hecha por la CortConset, las encuestas electorales hacen parte de las funciones electorales, entendidas estas como todos aquellos aspectos permanentes para el ejercicio adecuado de las funciones democráticas por los ciudadanos³⁶ –derechos fundamentales democráticos, inclusive si estos aspectos sean considerados, en apariencia, como polestos menores o aspectos puramente técnicos, pero que tienen efectos determinantes en la dinámica electoral³⁷.

2. Subreglas materiales

En cuanto a la regla de limitación de las encuestas electorales, la CortConset ha sostenido, como subregla esencial, que la reglamentación debe enfocarse en desarrollar los derechos fundamentales –a diseñar, implementar y difundir encuestas electorales–, y no en suspender o desconocer los mismos³⁸. Como distinguir entre el desarrollo del Derecho fundamental y la suspensión y el desconocimiento, ha sido una tarea que la CortConset ha desarrollado en escenarios concretos.

El primer escenario consiste en la reglamentación del ámbito personal de aplicación. De acuerdo a la línea jurisprudencial de la CortConset, es legítimo establecer condiciones especiales sobre las personas o entidades encargadas de la realización de encuestas, pues ello garantiza, por una parte, la idoneidad técnica de las encuestas y, por otra parte, el manejo responsable, profesional, veraz y neutral que se requiere³⁹.

El segundo escenario consiste en la metodología empleada por las personas o entidades encargadas de la realización de encuestas. En este caso, la CortConset establece dos grupos subreglas. El primer grupo hace referencia a los medios que puede elegir la persona o entidad que realiza la encuesta. De acuerdo a la CortConset, la persona o entidad encuestadora no tiene prohibido elegir metodologías que permitan medir con mayor amplitud y en otros estratos sociales la intención electoral⁴⁰. Asimismo, la CortConset determinó que la realización de encuestas a través de internet no constituye una vulneración de derechos o principios fundamentales, sino que, por el contrario, ella garantiza el Derecho fundamental de otras personas, a expresar su opinión mediante las encuestas⁴¹. El segundo grupo hace referencia al modo de elaboración de preguntas. De acuerdo a la CortConset, las preguntas deben estar diseñadas de forma tal, que ellas no distorsionen la voluntad del electorado⁴². Asimismo, faculta al Consejo Nacional Electoral para hacer seguimiento de las preguntas, siempre y cuando su ejercicio sea de control y no de formulación⁴³.

³³ CortConset 488/1993.
³⁴ CortConset 089/1994.
³⁵ CortConset 145/1994.
³⁶ CortConset 145/1994.
³⁷ CortConset 145/1994.
³⁸ CortConset 488/1993.
³⁹ CortConset 1153/2005.
⁴⁰ CortConset 1153/2005.
⁴¹ CortConset 1153/2005.
⁴² CortConset 1153/2005.
⁴³ CortConset 1153/2005.

El tercer escenario hace referencia a la publicación de las encuestas. En este escenario, bajo el argumento de transparencia democrática y responsabilidad social de las personas y entidades encuestadoras, construye dos subreglas sobre la publicación y presentación de resultados de las encuestas. La primera consiste en que, para garantizar el conocimiento mínimo de la calidad de la encuesta, así como la identificación del responsable de la encuesta, se pueden establecer condiciones sobre la publicación y difusión de encuestas, especialmente, mediante la presentación de datos de identificación⁴⁴ –encargado de la elaboración, preguntas elaboradas, candidatos por los cuales se indagó, etc.–. La segunda consiste en que los medios de comunicación no pueden interpretar tendenciosamente los resultados obtenidos en las encuestas⁴⁵.

El cuarto escenario consiste en el tiempo de restricción de publicación de encuestas. La CortConset sostiene, como subregla, que el ciudadano debe tener un tiempo para poder reflexionar, sin influencia externa alguna, sobre la decisión que tomará en las urnas⁴⁶. En virtud de esta subregla, la CortConset ha establecido otras dos. La primera consiste en que el Estado está facultado para restringir la realización y publicación de encuestas en el día de las elecciones⁴⁷ y por un tiempo⁴⁸; la segunda regla –que podría considerarse un límite al límite–, consiste en que ese tiempo debe ser prudencial, es decir, de pocos días, pues, de lo contrario, se estaría ante un ejercicio de censura⁴⁹. En el caso más reciente –2005–, la CortConset estableció que un plazo prudencial podría entenderse como una semana.

B. Línea jurisprudencial aplicada al proyecto de ley

La siguiente pregunta consiste en si el proyecto de ley 114/2015 (Senado) se ajusta a estos criterios jurisprudenciales. Si se revisa con detenimiento, podría encontrarse una armonía generalizada entre los dos, así como la mayoría de las reglas del proyecto, con las reglas y subreglas establecidas por la línea jurisprudencial de la CortConset. Por ejemplo, si se revisa el problema planteado por la Comisión Primera del Senado –el desdoblamiento de las encuestas electorales, entendidas ahora como mecanismo de manipulación de la intención de voto ciudadano⁵⁰–, coincide con el problema hipotético planteado por la CortConset desde sus inicios. Asimismo, la Comisión Primera del Senado identifica correctamente el límite esencial del derecho a realizar encuestas en el concepto de información veraz⁵¹, reconocido también por la CortConset.

Por otra parte, si se revisa el articulado propuesto por la Comisión Primera, varias de las normas contenidas en ellos concuerdan con las reglas y subreglas establecidas en la línea jurisprudencial de la CortConset. Por ejemplo, el art. 4 respeta los aspectos competenciales de los distintos órganos estatales; el art. 5 recoge la tradición constitucional –especialmente algunos criterios de la sentencia C-1153/2005– y los arts. 6, 7 y 8 desarrollan las reglas establecidas para el diseño, realización y publicación de encuestas –aunque no cita expresamente a la CortConset, sus fundamentos son similares⁵².

Sin embargo, el proyecto de ley deja algunos interrogantes, que es necesario resolver en el trámite del mismo. Estos interrogantes son: a) naturaleza de la ley; b) aparente conflicto entre el art. 9 lit. b) y lit. d) y; c) la prohibición de realizar encuestas a través de la Internet.

⁴⁴ CortConset 1153/2005.
⁴⁵ CortConset 488/1993.
⁴⁶ CortConset 488/1993.
⁴⁷ CortConset 089/1994.
⁴⁸ CortConset 1153/2005.
⁴⁹ CortConset 488/1993.
⁵⁰ GacCong 888/2015, p. 3.
⁵¹ GacCong 888/2015, p. 2.
⁵² GacCong 888/2015, p. 3.

El proyecto de ley menciona en sus considerandos que existe reserva legal en materia de reglamentación de las encuestas electorales⁵³. Sin embargo, no hace un estudio sobre la necesidad de que la ley se tramite bajo las reglas de ley estatutaria, como lo estableció la línea jurisprudencial de la CortConset. Tampoco enuncia el título del proyecto, que este verse sobre una ley estatutaria. Esto podría llevar a la confusión de pensar que, o bien la ley se trabaja, actualmente, bajo las reglas de ley ordinaria, o bien que hubo una omisión tanto en la parte del título como en la parte motiva. Bajo el primer escenario, el proyecto, que es interesante y necesario, se vería viciado por cuestiones de procedimiento y, por tanto, pesaría sobre él una declaratoria de inexecutable. Bajo el segundo escenario, sólo se estaría ante una omisión, la cual puede ser corregida sin mayor complicación.

El segundo interrogante se encuentra en la redacción del art. 9 lit. b) y d). En el primer literal se tabloca la prohibición de realizar o publicar encuestas o sondeos la semana anterior a las elecciones de los cargos establecidos en el art. 3; mientras que el segundo literal hace referencia a la prohibición, en cualquier caso, de realizar y publicar encuestas, sondeos o proyecciones electorales diez días antes de los comicios. Si se revisa con detenimiento, podría encontrarse una aparente contradicción, pues podría pensarse que existen dos prohibiciones simultáneas sobre el mismo tema. Para ello, podrían plantearse tres alternativas.

La primera consistía en pensar que existe una relación *lex generalis-lex specialis* en materia de encuestas. La norma general implicaría que en cualquier elección –referendos, plebiscitos, consultas populares, etc.–, estaría prohibida la realización encuestas, sondeos y proyecciones electorales dentro de los diez días previos a los comicios; mientras que la norma especial establecería que sólo en los casos de elección de cargos de representación –Presidencia, Congreso, Gobernaciones, Asambleas, Alcaldías y Concejos–, la prohibición sería de siete días. Esta lectura presentaría algunos inconvenientes a futuro. El primero consistiría en establecer cuál es el criterio diferenciador para sostener que en unas elecciones la prohibición es de siete y en otra de diez días; la segunda es si se presentó una modificación técnica a la ley de mecanismos de participación ciudadana y, la tercera es si se puede entender proporcional el lapso de diez días.

La segunda alternativa consistiría en que el art. 9 lit. b) y d) rige únicamente para las encuestas electorales propias del proyecto de ley. Esta interpretación crearía más confusiones, pues tendría que determinarse cuándo es aplicable el literal b) y cuándo el literal d).

La tercera alternativa sería eliminar el art. 9 lit. d).

El tercer interrogante consiste en la prohibición de realizar encuestas electorales a través de la Internet. El motivo plasmado por la Comisión Primera es eliminar aquellas metodologías que no implican un acercamiento directo con la ciudadanía y, por tanto, que no permitan comprobar la capacidad de las personas o si éstas comprenden las preguntas y responden adecuadamente a ellas⁵⁴. Sin embargo, esta prohibición presenta algunos problemas. El primero de ellos consiste en una contradicción entre la intención del Legislador y la subregla metodológica de diseño. Como se enunció anteriormente, la CortConset sostiene que las personas o entidades que realizan encuestas gozan de un cierto margen de discrecionalidad para elegir el modelo y mecanismo, siempre y cuando este modelo garantice una participación de todos los actores sin importar su estrato social o ubicación geográfica. Junto a esta subregla, podría establecerse como segundo problema, la desprotección de personas que deseen intervenir en el proceso de opinión política. De acuerdo a la CortConset, las encuestas no sólo son un mecanismo de trato de tendencias, sino que también constituye el desarrollo de un Derecho fundamental, a saber, el derecho de la persona a opinar sobre un candidato o programa político⁵⁵. Si se excluyera el mecanismo de Internet, se excluirían a las personas que, a través del mecanismo, podrían expresar su opinión⁵⁶. Este sería el caso de aquellas personas que viven fuera del país y tienen, como alternativa, la manifestación de opiniones a través de internet.

⁵³ GacCong 888/2015, p. 2.
⁵⁴ GacCong 888/2015, p. 3.
⁵⁵ CortConset 1153/2005.
⁵⁶ CortConset 1153/2005.

III. Síntesis

El proyecto de ley de reglamentación de encuestas electorales es un instrumento idóneo, que se cñe a los lineamientos generales establecidos por la jurisprudencia constitucional. Sin embargo, es necesario revisar algunos aspectos, tales como la naturaleza de la ley, la prohibición de encuestas por Internet y los límites temporales de las encuestas.

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARÍN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá
Calle 8 -50 piso segundo. Tel. 3821046-48
www.unilivre.edu.co observacionciudadanoderecho@unilivre.edu.co
Cel. 3153465150. Bogotá, D.C. Colombia, Sur América.

JORGE RICARDO PALOMARES G.
C.C. 80852848 de Bogotá
Docente del área de Derecho Público y
Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Constitucional y Comparado
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 -50, Segundo Piso. Cel. 3183388664
Correo: jorger.palomaresg@unilivrebog.edu.co

YULY KATHERINE ALVARADO CAMACHO
C.C. 1030627956 de Bogotá
Miembro Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá
Correo: kalealvarado11@hotmail.com

Siendo las 12:04 p. m., y no habiendo más intervinientes, la Presidencia da por terminada la Audiencia Pública.

<i>Presidente,</i>	H.S. Manuel Enriquez Rosero
<i>Vicepresidente,</i>	H.S. Roberto Gerlein Echeverría
<i>Secretario General,</i>	Guillermo León Giraldo Gil

