

**DIGNIDAD Y PROTECCIÓN
DE DATOS,
ENTRE LAS PARADOJAS
DE LA HISTORIA**

Luis Fernando Cote Peña

2023



Luis Fernando Cote Peña

Abogado, Especialista en Derecho Comercial de la U. Externado de Colombia, Especialista en Instituciones Jurídico Políticas y Derecho Público de la U. Nacional, Magister en Planes de Desarrollo Urbano Regional de la Pontificia Universidad de Valparaíso de Chile, Magister en Derecho de la U. Santo Tomás, Premio Internacional de Datos Personales 2015 de la Agencia Española de Protección de Datos Personales Versión XIX, Auditor Certificado en ISO 27001, Ex Alcalde de Bucaramanga, Ex Conjuez del Tribunal Administrativo de Santander, con experiencia docente universitaria en pregrado y posgrado por más de 11 años, autor de publicaciones especializadas en Protección de Datos, colaborador de Tribuna, publicación virtual de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, y actual gerente de FERSACO S.A.S., empresa especializada en protección de datos personales, reconocido en el Ranking Nacional de Innovación de la Revista Dinero y Nominado al Premio de Innovación Tecnológica por Fenalco Santander 2018, por el desarrollo de la plataforma SaaS para cumplimiento de protección de datos 1581 – SPD.

Contacto: luisfernandocotep@fersaco.com

(Derechos Reservados)



DIGNIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS, ENTRE PARADOJAS DE LA HISTORIA

Contenido

1. *La Dignidad Nacida De La Indignidad 5*
2. *Intimidad Y Privacidad, Génesis De La Protección De Datos. 8*
3. *Incorporación Colombiana De La Receta Humanista. 11*
4. *Divulgar o No Divulgar, Es El Dilema 12*

Trabajos citados 15



DIGNIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS, ENTRE LAS PARADOJAS DE LA HISTORIA

RESUMEN:

Con el presente artículo se referenciar *grosso modo* como el proceso de surgimiento del habeas data como instrumento de protección de la dignidad nace esencialmente en el lugar donde la historia dejó registrados los aconteceres de mayor afectación de la misma, para luego hacer un repaso ligero sobre el desarrollo tenido en Colombia, previa referencia de su génesis en los derechos de la intimidad y la privacidad. Finalmente se deja presentado el dilema que surge entre derecho de habeas data y derecho de acceso a la información y los retos que el mundo moderno impone a la seguridad de la información y la protección de los datos.

PALABRAS CLAVES: Protección de Datos Personales, Dignidad.



DIGNIDAD Y PROTECCIÓN DE DATOS, ENTRE LAS PARADOJAS DE LA HISTORIA

1. La Dignidad Nacida De La Indignidad

Tras finalizar la segunda guerra mundial, con ocasión de los juicios de Núremberg que descorrieron los velos sobre lo acontecido bajo el régimen nazi, se advirtió la necesidad de limitarle a los Estados y a los individuos las acciones que pudieran poner en riesgo la dignidad humana. El intento de extinción del pueblo judío, la persecución a la población rom, el acoso cuando no la violencia contra personas con orientación sexual diversa y, de igual forma, a quienes resultaran críticos o al menos disidentes del pensamiento político institucional, lo mismo que la utilización de niños y enfermos como material de experimentación científica o la práctica de la asfixia con anhídrido carbónico como método de muerte para aquellos pacientes *“sin valor para vivir”*, con el propósito de “abrir disponibilidades” de camas hospitalarias (Riquelme U, 2004, págs. 25 - 27), fueron solo algunos de los aterradoros ejemplos que justificaron las decisiones.



Ilustración 1 Campo de exterminio nazi de Auschwitz - Polonia



Ilustración 2 “Se calcula que 6 millones de judíos perdieron su vida en los campos de exterminio nazi” (Imagen tomada de <https://www.infobae.com/america/historia-america/2019/01/27/el-holocausto-el-mayor-y-mas-horrendo-crimen-de-la-historia-de-la-humanidad/>)

Estas dolorosas realidades que golpearon profundamente el alma, produjeron que los defensores de los ideales democráticos, inspiradores de un nuevo pensamiento jurídico, comprendieran claramente la necesidad de incorporar en sus agendas temáticas el reclamo por el reconocimiento del valor superior de la dignidad humana y, de contera, también buscaran la creación de ciertos derechos subjetivos instrumentales que le permitieran a los individuos la protección efectiva de su propia dignidad. Este sentir que no se circunscribió a los escenarios académicos y de los cerrados círculos del pensamiento humanista, pronto arribó a los más importantes foros internacionales que se consolidaban en ese momento como a la postre resultó siéndolo la Organización de Estados Americanos y la Organización de las Naciones Unidas.

El 2 de mayo de 1948 en Bogotá - Colombia, en el seno de la Novena Asamblea Internacional de los Estados Americanos (Úbeda de Torres, 2006, pág. 212), fue aprobada la



Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre - DADDHH e incorporada en su proclama el más alto valor normativo hasta hoy establecido: el valor fundamental de la dignidad humana.

Como nota paradójica de la historia, cabe reseñar que, mientras se cumplía los preparativos de tan trascendental reunión que anticipaba desde América para el mundo un canto a la vida, el 9 de abril, en la capital colombiana, caía asesinado del líder político liberal colombiano Jorge Eliecer Gaitán, según algunos historiadores, por orden del régimen político de la época y al parecer con el respaldo de la Agencia Norteamericana de Inteligencia - CIA. (Samper, 2000). Jorge Eliecer Gaitán, al momento de su muerte, constituía la cabeza visible de la oposición política al gobierno de la época, con claras opciones de sucesión presidencial (Cote Uribe, 1981, págs. 71 - 101). Parte de estos conflictos fueron superados a raíz de los “Pactos de Sitges y Benidorm” que dieron origen al Frente Nacional, un periodo de 16 años de alternación de poder entre los partidos Liberal y Conservador que permitieron apaciguar la violencia partidista, pero no obstante, exacerbaron una nueva violencia ideologizada, entre otras razones, por el cierre de los espacios de participación a fuerzas políticas diferentes a las tradicionales suscriptoras de los pactos, conflicto aún hoy vigente, con más de 70 años, resuelto en parte por las negociación en La Habana – Cuba que permitieron la desmovilización e incorporación a la actividad civil democrática como partido político a la Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC, aun manteniéndose aún algunos de sus actores y otros grupos al margen de la ley alzados en armas y con vínculos estrechos con el narcotráfico que dificulta aún más su desmovilización.



La DADDHH (artículos 5º, 9º y 10º respectivamente) de mayo del 48, y posteriormente la Declaración Universal de los Derechos Humanos – DUDDHH (artículo 1º, 12º y 18º) del 10 de diciembre del mismo año, reconocieron por vez primera, con dimensión universal, el valor superior de la Dignidad y con ella, nuevos derechos dirigidos a hacer efectiva la proclama, como el derecho a la intimidad, la inviolabilidad del domicilio y la correspondencia, bases fundamentales sobre las cuales años después se edificaría el instituto jurídico moderno de la protección de datos personales.

2. Intimidad Y Privacidad, Génesis De La Protección De Datos.

Tanto en el ámbito Americano, como en el seno de las Naciones Unidas, se buscó reconocer una esfera de la existencia humana considerada como esencial para el integral desarrollo del individuo. Un ámbito del ser humano que pudiera mantenerse fuera tanto de las injerencias inadecuadas de los particulares como de las infiltraciones peligrosas de los Estados. Esta concepción jurídica recogió la dimensión de la privacidad, tan claramente referida en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que en sus palabras se describe como el *“Ámbito de la vida privada que se tiene derecho a proteger de cualquier intromisión”* (Real Academia Española, 2012). El domicilio, las correspondencias, la vida privada de los individuos, constituyeron en principio los objetos de cubrimiento de estas nuevas disposiciones que, posteriormente, se expandieron hasta la particularidad ya no de la órbita general de protección sino de los elementos contenidos o asociados a ellos, esto es por ejemplo, la dirección del domicilio, los números telefónicos, los contenidos de los mensajes o de la correspondencia, las actividades desarrolladas al interior de la vida familiar (gustos, orientaciones sexuales, creencias religiosas o ideológicas, etc.) aspectos constitutivos de



singularidades del individuo que caracterizándole lo hacen diferentes de los demás, todos ellos a la postre reconocidos como datos personales objeto de protección jurídica.

Así fue como, de la mano entonces de las nuevas realidades globales que reconocían y protegían la Dignidad Humana, años más tarde, fueron apareciendo las normativas específicas dirigidas a la protección de los datos personales y, como otra más de las muchas paradojas de la historia, justo en la misma geografía donde los hechos lamentables motivaron las declaraciones humanistas, surgió el que ha constituido sin lugar a dudas el hito jurídico sobre el tema, la ley del Estado de Hesse en Alemania *“mediante la cual se pretendía brindar protección a las personas naturales ante la amenaza que representaba el tratamiento informatizado de datos nominativos por las autoridades y administraciones públicas del Estado, los municipios y entidades locales rurales, así como las demás personas jurídicas de derecho público y agrupaciones sujetas a la tutela estatal.”* (Cerdeira Silva, 2003).

Años más tarde, y luego de algunos desarrollos normativos insulares de las naciones europeas, ya más como respuesta a la realidad económico-tecnológica que aumentó los intercambios comerciales de los países miembros de la Unión Europea y con ellos el flujo transfronterizos de datos personales soportados en tecnologías de la información y las comunicaciones, surgió la Directiva 95/46, teniendo en consideración, como razón para su surgimiento, entre otras que *“Los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre; que deben, cualquiera que sea la nacionalidad o la residencia de las personas físicas, respetar –contribuir al progreso económico y social, al desarrollo de los intercambios, así como al bienestar de los individuos”* (Unión Europea, 1995).



De esta forma, y debido al rol protagónico de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico – OCDE, quien había marcado las directrices de la referida Directiva, se fue orientando en los países de la Unión Europea la adopción de leyes que, como en España con la Ley Orgánica 15 de 1999 – LOPD, pusieron a tono las dinámicas dogmáticas que gestaron, desde el derecho a la intimidad y la privacidad, el nacimiento del hoy considerado derecho autónomo a la protección de datos personales, con desarrollos cada vez más acordes a las realidades del mundo cibertecnológico como ha ocurrido por ejemplo con el Reglamento General de Protección de Datos – RGPD de la Unión Europea que publicado el 26 de abril de 2016, entró en plena vigencia en mayo de 2018, del que resulta por lo más atractivo traer a referencia la consideración No. 2 que a su tenor señala:

“Los principios y normas relativos a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos de carácter personal deben, cualquiera que sea



su nacionalidad o residencia, respetar sus libertades y derechos fundamentales, en particular el derecho a la protección de los datos de carácter personal. El presente

Reglamento pretende contribuir a la plena realización de un espacio de libertad, seguridad y justicia y de una unión económica, al progreso económico y social, al



refuerzo y la convergencia de las economías dentro del mercado interior, así como al bienestar de las personas físicas.”

3. Incorporación Colombiana De La Receta Humanista.

Colombia, entre otras naciones de América Latina, como aplicado alumno de las clases impartidas por OCDE en el propósito de cumplir con las calificaciones que le permitirán su ingreso en el año 2016 al selecto grupo que constituyen los miembros del organismo, luego de reiterados pronunciamientos de la Corte Constitucional en desarrollo del mandato superior contenido en el artículo 15 de la Constitución Política , a través del Congreso de la República, expidió la Ley 1266 de 2012 por medio de la cual se reglamentó el Hábeas Data para las personas naturales y jurídicas en relación con los datos económicos y financieros, y posteriormente la Ley 1581 de 2013 y sus Decretos 1377 de 2013 y 886 de 2014, estos dos últimos ahora incorporados literalmente en el Decreto 1074 del 26 de mayo de 2015, todos ellos que, sumado a la Circular Externa No. 2 del 3 de Diciembre de 2015 sobre Registro Nacional de Bases de Datos – RNBD, concretaron el marco regulatorio de la protección de los datos personales nacional en términos generales.

Sin perjuicio de las normas positivas en referencia, lo que también ha sido cierto es que el desarrollo en Colombia de este nuevo derecho ha estado impulsado fundamentalmente desde la Corte Constitucional (órgano de cierre de la jurisdicción constitucional desde 1991), resaltándose dentro de sus pronunciamientos la Sentencia SU – 082 de 1995, que quizá constituye precedente tanto para el desarrollo ulterior de la jurisprudencia como para la línea legislativa que se refirió. No obstante, hay que advertir que el tema no ha sido tampoco



pacífico al interior de la jurisprudencia nacional. En un principio, por ejemplo, la Corte Constitucional reconoció el Hábeas Data como mecanismo de “*protección reforzada de la Intimidad*” (vr. gr. Sentencia T – 437 de 2004) es decir, como una manifestación del derecho a la intimidad, posteriormente lo consideró como expresión del libre desarrollo de la personalidad asociado a la autodeterminación y libertad del individuo (vr. gr. C – 748 de 2011) y solo en los últimos años ha llegado a considerarlo como derecho autónomo y fundamental (vr. gr. SU – 458 de 2012), sin perjuicio de su relación con los otros derechos instrumentales garantistas de las Dignidad como la intimidad y el buen nombre, entre otros.

4. Divulgar o No Divulgar, Es El Dilema

Como puede observarse en el recuento abusivamente corto realizado en este artículo, el Derecho a la Protección de Datos Personales, en menos de 60 años pasó de ser mera práctica social y empresarial, ligada al aseguramiento de la información considerada un activo de las organizaciones, a tener una entidad jurídica propia y cada vez más compleja.

El desarrollo del derecho fundamental de habeas data, ligado a los avances tecnológicos y de las comunicaciones, se encuentra vinculado hoy día a todos los escenarios de la vida cotidiana,



generando una tensión permanente entre privacidad y derecho de acceso a la información.



Qué se debe divulgar y qué se debe mantener en reserva salvo autorización legal o del titular, es justamente la línea que no siempre es lo suficientemente clara para definir el alcance de cada uno de estos derechos.

Recuérdese que, en una sociedad donde el incremento en la defraudación del fisco se ha generalizado, la profundización de la democracia se torna en un imperativo para contrarrestar la corrupción a fin de evitar Estados fallidos. Y es justamente la accesibilidad ciudadana a la información, por sobre todo pública, la que facilita el ejercicio de la vigilancia orientada a luchar contra tan funesto flagelo. En Colombia, por ejemplo, se expidió la Ley 1712 de 2014 o Ley Transparencia y Acceso a la Información Pública, y basada en el principio de máxima publicidad para el titular universal, se buscó asegurar el acceso a la información en el propósito de motivar y facilitar el control ciudadano.

Sin embargo, en la práctica resolver el dilema de divulgar o no, a veces no resulta tan sencillo. El tema de la seguridad de la información y los de contera la protección de los datos personales ha tomado tal nivel de trascendencia que el ciberespacio ha sido elevado a rango de ámbito estratégico por los Estados, como lo han sido el aire, el mar, la tierra y la órbita geoestacionaria.

Basta solo recordar la primera manifestación bélica cibernética ocurrida en el año 2007 en el conflicto de Rusia contra Estonia, las operaciones del denominado “*ejército electrónico sirio*” en el marco de la denominada “*primavera árabe*” en el 2014 , donde un grupo de hackers, tomó control sobre redes como Twitter y Facebook, además de cuentas oficiales de Skype, o más recientemente en el conflicto Ruso – Ucraniano, donde el uso de *wipers*, o ataques de malware destructivo, como el denominado *Wishpergate*, o las campañas de *phishing* y *malspam* se han vuelto la cotidianidad.



Por ello, preguntarnos qué tanto deben los Estado proteger y garantizar los datos de las personas para salvaguardar su dignidad y que tanto los Estados mismos deben conocer y divulgar de las privacidad de las personas para la seguridad social y estatal, es sin duda el *to be, or not to be, del siglo XXI*. Lo cierto es que el nuevo ecosistema jurídico que ha surgido en torno a la protección de datos es tan grande y complejo, como inmensas e intrincadas son las relaciones sociales y económicas que esta era de las redes virtuales e hiperconectividad está generando. Por ello, el reto que queda ahora, es gestionar con acierto la administración de la tensión que siempre estará detrás del tema de la protección de datos personales: la necesidad de garantizar la libre empresa y la seguridad de la sociedad, hoy un requerimiento de mayor exigencia en la nueva fase del capitalismo global, y la necesidad de la protección del ser humano en su dignidad y la seguridad de los Estados, en esta nueva era del constitucionalismo basado en la protección de los derechos fundamentales pero a su vez en la era de la inteligencia artificial, las cadenas de bloques, las criptomonedas, etc.

Por ello puede afirmarse, una vez más como paradoja de la historia, que habiendo surgido la Dignidad y con ella el Derecho a la Protección de Datos Personales como instrumentos para asegurar la no repetición de las circunstancias violentas e inhumanas que le gestaron, ahora, justamente, la necesidad de combatir hechos violentos e inhumanos pareciera estar convirtiéndose en la justificación que cava la fosa de sus hondas y graves restricciones, cuando no del peligroso camino a su desaparición de la protección de estos.



Trabajos citados

- Riquelme U, H. (2004). La medicina bajo el nazismo: una aproximación histórica cultural. Segunda Parte. (U. P. Bolivariana, Ed.) *Medicina UPB*, 23(1), 25-27.
- Espinoza Maestre, F. (2005). Agosto de 1936. Terror y propaganda. Los orígenes de la Causa General. (U. d. contemporánea, Ed.) *Pasado y Memoria. Revista de Historia Contemporánea*, 4, 15 - 26.
- Cote Uribe, G. (1981). *López Michelsen presidente 1982: la respuesta del liberalismo al chantaje de las derechas*. Bucaramanga: Nueva Jornada.
- Úbeda de Torres, A. (2006). *Democracia y derechos humanos en Europa y en América. Estudio comparado de los sistemas europeo e interamericano de protección de los derechos humanos*. (S. Talleres Editoriales COMETA, Ed.) Madrid: Editorial Reus, S.A.
- Samper, D. (13 de 11 de 2000). *Revista Semana*. Obtenido de www.semana.com: <http://www.semana.com/nacion/articulo/quien-mato-gaitan/44012-3>
- Cerda Silva, A. (2003). *Revista Chilena de Derecho Informático*. Recuperado el 16 de Febrero de 2015, de <http://web.uchile.cl>: http://web.uchile.cl/vignette/derechoinformatico/CDA/der_informatico_complex/0,1491,SCID%253D14331%2526ISID%253D507,00.html
- Unión Europea. (24 de Octubre de 1995). *Euro-lex*. Recuperado el 2 de Febrero de 2014, de eur-lex.europa.eu: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:es:HTML>