

LINA MARCELA SEVILLA IBÁÑEZ

**CRITERIOS DE REPARACIÓN CON LOS QUE DEBERÍA VALORARSE EL
DAÑO OCASIONADO POR EL TRATAMIENTO INADECUADO DE DATOS
PERSONALES**

**(Maestría en Derecho con énfasis en Responsabilidad Contractual y
Extracontractual, Civil y del Estado 2016-2017)**

Bogotá D.C., Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN RESPONSABILIDAD
CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, CIVIL Y DEL ESTADO

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinstrosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento

Derecho Civil: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Director de Tesis: **Dr. Carlos Iván Moreno M.**

Presidente de Tesis: **Dr. Felipe Navia Arroyo**

Examinadores: **Dr. Luis Gonzalo Baena**
Dra. Margarita Useche

TABLA DE CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO PRIMERO. DAÑOS GENERADOS POR EL TRATAMIENTO INADECUADO DE DATOS PERSONALES	1
1. SURGIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES.....	1
1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES O HABEAS DATA.....	4
1.2 FACULTADES CONTENIDAS EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES O <i>HABEAS DATA</i>	11
1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES	13
1.4 PRINCIPIOS QUE REGULAN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES, COMO LIMITANTES AL ABUSO DEL PODER INFORMÁTICO.....	18
1.5 MARCO LEGAL DEL DERECHO DE <i>HABEAS DATA</i>	19
2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO COMPARADO.....	20
2.1 EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN ESTADOS UNIDOS.	22
2.1.1 El marco normativo americano que regula la facultad del individuo de controlar su información personal.....	26
2.2 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA.....	28
2.2.1 Aparición de las primeras leyes encaminadas a proteger los datos personales frente al uso ilegítimo de la informática	29
2.2.2 El Convenio Europeo de Derechos Humanos	31

2.2.3 El marco normativo comunitario frente a los abusos en el tratamiento de información personal.....	32
2.2.3.1 La Convención 108 del 28 de enero de 1981:	32
2.2.3.2 Directiva 95/46/CE del 24 de octubre de 1995.....	32
2.2.3.3 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.....	33
2.2.3.4 La reciente reforma de la normatividad comunitaria, como respuesta al procesamiento ilegítimo de información personal	33
2.2.4 Algunos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el tratamiento abusivo de información personal.	38
2.2.4.1 La sentencia proferida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 15 de diciembre de 1983.....	38
2.2.4.2 Algunas decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	41
3. EL OBJETO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES	46
3.1 CONCEPTO DE DATO PERSONAL	46
4. EL USO ABUSIVO DE INFORMACIÓN PERSONAL Y EL DAÑO	49
4.1 EL USO ABUSIVO DE INFORMACIÓN PERSONAL COMO HECHO GENERADOR DE DAÑO	49
4.2 LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL TRATAMIENTO ILEGÍTIMO DE INFORMACIÓN PERSONAL O ABUSO DEL PODER INFORMÁTICO.....	51
CAPÍTULO SEGUNDO. CRITERIOS QUE SE HAN UTILIZADOS PARA REPARAR EL DAÑO A LA PERSONA	58
1. LA <i>INIURIA</i> EN EL DERECHO ROMANO.....	60
2. REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA EN COLOMBIA.....	62
2.1 TIPOLOGÍAS DE PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL ESTABLECIDAS POR LA JURISDICCIÓN CIVIL, Y CRITERIOS	

APLICADOS PARA CUANTIFICAR EL VALOR DE LA REPARACIÓN	63
2.1.1 El daño moral	65
2.1.2 El daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional.....	68
2.1.3 El daño a la vida de relación.	71
2.2 TIPOLOGÍAS DE PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL ESTABLECIDAS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Y CRITERIOS APLICADOS PARA DETERMINAR SU REPARACIÓN.....	73
2.2.1 El perjuicio moral.....	74
2.2.2 Daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.....	77
2.2.3 El daño a la vida de relación	81
3. REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA EN LOS ESTADOS UNIDOS	82
3.1 LÍMITES A LA REPARACIÓN DE DAÑOS NO PECUNIARIOS EN CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON VIOLACIONES A LA <i>PRIVACY</i>	84
3.2 CRITERIOS APLICADOS PARA CUANTIFICAR LOS DAÑOS NO PECUNIARIOS EN CONTROVERSIAS DERIVADAS DE VIOLACIONES A LA <i>PRIVACY</i>	87
4. REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA POR PARTE DE TRIBUNALES EUROPEOS	93
CAPÍTULO TERCERO. CRITERIOS QUE DEBERÍAN APLICARSE PARA REPARAR EL DAÑO OCASIONADO POR EL TRATAMIENTO ABUSIVO DE DATOS PERSONALES.....	98
1. LA EQUIDAD: EL CRITERIO GENERALMENTE APLICADO PARA REPARAR LOS DAÑOS A LA PERSONA	99
2. PROPUESTA: LA VALORACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA BASADA EN TOPES INDEMNIZATORIOS Y EQUIDAD	105

2.1 FACTORES COMUNES EN EL TRATAMIENTO ABUSIVO DE DATOS PERSONALES, QUE EL JUEZ DEBERÍA CONSIDERAR EN APLICACIÓN DE LA EQUIDAD	109
2.1.1 El grado de difusión de la información personal.....	110
2.1.2 El beneficio obtenido por el causante del daño.....	110
2.1.3 La naturaleza de los datos o el contexto en el que se utilicen.....	112
2.1.4 El buen nombre o la reputación que ostente el titular de la información	113
2.2 FACTORES QUE EL JUEZ NO DEBE CONSIDERAR PARA VALORAR EL DAÑO A LA PERSONA	114
2.2.1 Situación social y económica de las partes	114
2.2.2 La gravedad del hecho.....	115
CONCLUSIONES	117
BIBLIOGRAFÍA.....	122

INTRODUCCIÓN

Las modernas creaciones tecnológicas facilitan en el mundo contemporáneo el acceso, la distribución e intercambio de todo tipo de información. Se habla por ello de una sociedad absolutamente informatizada, en la cual las personas enfrentan el riesgo de que sus datos circulen y se expongan de manera indiscriminada, indefinida e incontrolada.

Ésa circunstancia podrá generar un detrimento en el patrimonio de la víctima, pero sin duda, el mayor impacto recaerá en su ámbito moral y espiritual, en sus sentimientos, sus afectos, sus relaciones con el mundo externo, menguándose en consecuencia, un conjunto de bienes intrínsecos e inmateriales de difícil percepción para quién debe valorar esa pérdida y cuantificarla.

En ese orden de ideas, el fin de este trabajo es determinar qué criterio permite valorar con mayor objetividad y precisión los daños a la persona, generados frecuentemente con el tratamiento inadecuado de datos personales.

Para dicho propósito, se analizará la regulación legal colombiana y la jurisprudencia más relevante en la materia, y se contrastará con las normas y las jurisprudencias producidas en Estados Unidos y la Comunidad Europea, con el objeto verificar a qué criterio de valoración de daños se acude en el derecho comparado.

En esa medida, se observará como la Comunidad Europea se ha esforzado por construir una normatividad sobre protección de datos personales bien estructurada y coherente con las necesidades de un mundo globalizado. Esa misma dirección se observa en los pronunciamientos de algunos tribunales del viejo continente.

Resultará interesante revisar la visión de una tradición jurídica distinta a la nuestra, consultando como ha operado en Norteamérica el “*common law*” en torno a la reparación de daños no pecuniarios, generados por el uso inadecuado de información personal.

Con ese panorama, en el último capítulo del trabajo se establecerá si el derecho comparado ofrece un criterio de valoración de daños más adecuado que el aplicado por los jueces colombianos; qué criterios de reparación ofrece nuestro ordenamiento jurídico y cuál de ellos garantiza una menor subjetividad judicial.

De igual modo, se evaluará la pertinencia y necesidad de fijar al juez tarifas fijas, baremos o topes indemnizatorios para valorar y cuantificar los daños inmateriales, y si éste sistema pugna o no con la equidad.

Finalmente, se enuncian algunos factores que son comunes en los daños ocasionados por el tratamiento abusivo de datos personales, y que podrán ser de utilidad al juez para establecer en esos eventos, reparaciones más simétricas.

CAPÍTULO PRIMERO. DAÑOS GENERADOS POR EL TRATAMIENTO INADECUADO DE DATOS PERSONALES

1. SURGIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

En nuestro país, tanto el cumplimiento de actividades de interés público como el ejercicio de libertades individuales¹ y económicas² constitucionalmente amparadas, legitiman tanto a las entidades estatales como a los particulares para recolectar, almacenar, usar, y en general, tratar³ información personal. Los unos y los otros, se apoyan en las nuevas tecnologías para desarrollar esas actividades y libertades.

Hoy día, herramientas como la internet, facilitan la recolección, sistematización, intercambio y uso de todo tipo de datos, de modo que quién accede a un entorno digital, puede ser identificado, por ejemplo, por sus preferencias y hábitos de consumo, ya que existen muchos recursos para conocer los pasos que da un usuario en la red.⁴

Adicionalmente, no son pocas las ocasiones en que es el mismo usuario quien suministra a través de internet sus datos voluntariamente, desconociendo que luego estos pueden ser usados por terceros para diferentes finalidades,⁵ muchas de ellas ilegales.

¹ Constitución Política de 1991, artículos 13,16, 2.

² Constitución Política de 1991, artículo 333

³ Ley 1581 de 2012, artículo 3 literal g)

⁴ PEÑA, Daniel (dir), *Responsabilidad civil en la era digital*, Bogotá, 2007, p.34, 35.

⁵ *Ibidem*.

Todos estos fenómenos tecnológicos⁶, en gran medida propiciaron que a finales de los años 80 en Colombia, se multiplicaran ante los estrados judiciales las controversias derivadas del manejo indebido de información personal. Así por ejemplo, a partir de reportes negativos sobre comportamiento financiero y comercial de una persona ante centrales de riesgo, de la inclusión en listas negras, de la publicación de información relativa al estado salud de alguien, a sus obligaciones económicas, a sus creencias políticas o religiosas, entre otros, se estructuraron no solo lesiones a bienes patrimoniales, sino también a derechos de la personalidad.

Frente a la proliferación de daños provenientes del abuso de la informática, surge la necesidad de regular las actividades que se realizan con la información personal, así como los sujetos que en ella intervienen, estructurándose a partir del artículo 15 de la Constitución Política de 1991 el régimen de protección de datos personales en Colombia.

Ubicada dicha norma en el capítulo correspondiente a los derechos fundamentales, su texto literal es el siguiente:

“Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

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

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

⁶ REMOLINA hace referencia a la big data, entendida como “el proceso de examinar enormes cantidades de datos de diversa variedad o naturaleza, para extraer de ellos, patrones, correlaciones o conclusiones que pueden ser útiles para realizar predicciones o adoptar decisiones.” Además advierte sobre “las grandes cosas que se pueden hacer con incalculables cantidades de información.” REMOLINA, Nelson. *Tratamiento de Datos Personales: Aproximación Internacional y Comentarios a la Ley 1581 de 2012*, Bogotá: Legis, 2013, p.4.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley” (Negrilla fuera del texto original)

A partir de esa consagración, la Corte Constitucional denominó a la facultad de conocer, actualizar y rectificar las informaciones personales que reposen en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas como derecho de *habeas data*⁷ o autodeterminación informática.⁸

Pero la incorporación en el texto constitucional no bastó para lograr su reconocimiento y aplicación práctica, pues en gran medida la consolidación del *habeas data* en el ordenamiento jurídico colombiano, así como la determinación de su naturaleza

⁷ “El concepto de *habeas data* aparece por primera vez en la jurisprudencia en la sentencia T-412 de 1992 de manera totalmente marginal. En aquella oportunidad se debatía la constitucionalidad de la práctica de cobro, adelantada por particulares diputados para el pago, vestidos de manera singular, que eran conocidos en el medio como “chepitos”. La Corte consideró que dicha práctica constituía una forma de presión social que atentaba contra los derechos a la honra, al buen nombre y a la intimidad, esos dos últimos contenidos en el artículo 15 constitucional. La mención del *habeas data* ocurre cuando la Corte, al describir el propósito que perseguía el constituyente con la constitucionalización de los derechos contenidos en el artículo 15, sustituye el derecho a conocer, actualizar y rectificar informaciones personales contenidas en bases de datos, por el menos extenso de *habeas data*. Una simple sustitución de nombres como si de sinónimos se tratara. Además de la nada despreciable sustitución de nombres, su texto contiene otra clave para entender la irrupción de la expresión “*habeas data*” en el lenguaje de la jurisprudencia. El conflicto que entonces resolvía la Corte (el de un deudor agraviado contra su acreedor) era un típico conflicto entre particulares, lo que la obligaba a examinar las causales de procedibilidad de la acción de tutela en tales eventos señaladas en el artículo 42, del Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela. Es muy probable que la Corte haya considerado que el derecho del artículo 15 de la Constitución, relacionado con las informaciones personales que constaran en bases de datos, fuera el mismo que el Legislador especial había considerado en el numeral 6 del artículo 42 del mencionado decreto. Esta referencia, forzada por los hechos del caso, pudo inducir a la Corte a reconocer el derecho a conocer, actualizar y rectificar información personal como el derecho de *habeas data*. Esta conjetura nos permite destacar, además, que la expresión *habeas data* no llega a la jurisprudencia a partir de la imaginación de los miembros de la Corte, sino que llega por la vía de las disposiciones del derecho positivo (...)” UPEGUI, Juan Carlos, *Habeas Data. Fundamentos, Naturaleza, Régimen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 156 y sgts.

⁸ “La expresión autodeterminación informática llegó al lenguaje de la Corte a partir de una alusión a las decisiones del Tribunal Constitucional Alemán relacionadas con la protección de datos personales (...)” *Ibidem*, p.259. REMOLINA considera que debe hacerse referencia al “derecho fundamental al debido tratamiento de datos personales”, entre otras razones porque ese término parte del supuesto de que la recolección y el uso de los datos no son algo que solo le interesa al titular del dato. Reconoce que los datos son necesario para para realizar muchas actividades lícitas, legítimas y de interés general o particular, según sea el caso. Por eso no es un derecho para oponerse al tratamiento, sino para exigir un correcto tratamiento de la información sobre las personas. Así, no se opone al uso informático, sino al abuso informático.” REMOLINA, Op. Cit, p. 40 y 41.

jurídica, alcance y contenido son producto del trabajo jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional desde el año de 1992.

1.1 NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES O HABEAS DATA

En un primer momento la Corte Constitucional interpretó el derecho al *habeas data* como una garantía del derecho a la intimidad, de allí que se hablara de la protección de los datos que pertenecen a la vida privada y familiar, entendida como la esfera individual impenetrable en la que cada cual puede realizar su proyecto de vida y en la que ni el Estado ni otros particulares pueden interferir.⁹

Pese a lo anterior, en este periodo es destacable la sentencia T-414 de 1992,¹⁰ pues con ella la alta Corporación por primera vez, profundizó en el concepto de dato personal y evidenció con mayor contundencia los potenciales daños que enfrenta el individuo con el tratamiento masivo e indiscriminado de su información, en consecuencia, reconoció la existencia del poder informático e introdujo como mecanismo para contrarrestar sus efectos el concepto de libertad informática:

“(…) la posibilidad de acumular informaciones en cantidad ilimitada, de confrontarlas y agregarlas entre sí, de hacerle seguimiento en una memoria indefectible, de objetivizarlas y transmitir las como mercancía en forma de cintas, rollos o discos magnéticos, por ejemplo, permite un nuevo poder de dominio social sobre el individuo, el denominado poder informático. Como necesario contrapeso, este nuevo poder ha engendrado la libertad informática. Consiste ella en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o

⁹ Cfr. sentencias de la Corte Constitucional T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón; T-161 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell; C-913 de 2010, M.P. Nelson Pinilla Pinilla y C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Los supuestos facticos del fallo dan cuenta que el actor figura como deudor moroso en el banco de datos de la Asociación Bancaria, pese a que cuatro años antes se había proferido una sentencia que declaró extinguida su obligación.

rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás (...)

Descendiendo al caso concreto la Corte admite:

“(...) en el presente caso no solo no existe otro medio de defensa judicial, por las razones expuestas en su oportunidad, sino que además se ha vulnerado la intimidad, la libertad personal y la dignidad del petente mediante el abuso de la tecnología y del derecho a la información.”

De este precedente jurisprudencial es factible para nosotros identificar en el uso abusivo del poder informático, o su sinónimo, tratamiento indebido de datos personales, el hecho ilícito que desencadena en un daño patrimonial¹¹ y un daño a bienes y derechos de la personalidad como la intimidad, la dignidad humana y la libertad personal.

Debemos ahora indicar que paralelamente a la posición jurisprudencial antes mencionada, surgió al interior de la Corte una segunda línea interpretativa que consideraba el *habeas data* una manifestación del libre desarrollo de la personalidad. Según esta línea, el *habeas data* tiene su fundamento último “(...) en el ámbito de autodeterminación y libertad que el ordenamiento jurídico reconoce al sujeto como condición indispensable para el libre desarrollo de la personalidad y en homenaje justiciero a su dignidad”¹².

Esta segunda línea, edificada en la sentencia T-022 de 1993¹³, cuyos supuestos fácticos aluden a un reporte financiero negativo que el actor estimó como perjudicial, la

¹¹ El numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia condena a la Asociación Bancaria de Colombia a la indemnización del daño emergente causado al peticionario, en el monto que se pruebe ante las autoridades competentes.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-022 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón, citado en Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-022 de 1993. M.P. Ciro Angarita Barón. Los hechos que dieron lugar a la solicitud de tutela dan cuenta que, al actor le habían sido negados varios servicios financieros solicitados ante entidades bancarias, en razón a un reporte negativo que reposaba en la base de datos de

ausencia de consentimiento previo de este para tratar su información, constituyó el hecho ilícito que determinó la vulneración a la intimidad y al debido proceso.

Ahora bien, a partir de 1995 surge una tercera línea interpretativa que encaminó al *habeas data* como un derecho autónomo y que es la que ha prevalecido desde entonces.

En ese orden de ideas cabe resaltar que una delimitación importante entre los conceptos de dato personal e intimidad se realizó en la sentencia SU-082 de 1995.¹⁴ En dicho fallo se cuestionó si en efecto, la manera como una persona atendía sus obligaciones crediticias pertenecía al ámbito de su intimidad, interrogante frente al cual la Corte Constitucional respondió negativamente considerando que ese tipo de obligaciones por tener un contenido económico, no podían equipararse con lo que pertenece a planos superiores como la vida, la libertad y la dignidad, por tanto, la forma como un deudor cumpla sus obligaciones no pertenece a su intimidad.

De este providencia también son destacables los siguientes aspectos: **(i)** se reconoce el *habeas data* como una de las cuatro facultades incorporadas en el artículo 15 constitucional; **(ii)** se determina su contenido, expresado en las facultades de conocer,

la Asociación Bancaria. La Corte, teniendo en cuenta que en ese asunto no apareció probada la obtención del consentimiento expreso y escrito del actor “para el reporte, procesamiento y consulta de la información almacenada en la Central de la Asociación Bancaria- tal como lo establece el literal a) del artículo octavo de su reglamento-“, consideró vulnerada su intimidad y el debido proceso en el ámbito de las relaciones entre particulares y entidades financieras. En ese orden de ideas concedió el amparo y ordenó el bloqueo inmediato de toda la información concerniente a la obligación del actor y sus codeudores almacenada en el banco de datos de la Central de Información de la Asociación Bancaria de Colombia.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia SU-082 de 1995. M.P. Jorge Arango Mejía. Los hechos de esta sentencia dan cuenta que una obligación adquirida por el accionante había sido reportada en la central Datacredito como “cartera recuperada”, pese a que la misma ya se encontraba cancelada. La Corte en este caso no encontró vulneración alguna a los derechos fundamentales del actor dado que, la información que se estaba suministrando era actualizada, pues en ella se especifica que el actor ya había cancelado su crédito. Sin embargo, no era completa, pues no se incluía la fecha en que el actor empezó a estar en mora, como tampoco en que momento dejó de estarlo. “Dato éste de gran importancia, pues a partir de él se puede establecer con certeza cuál ha sido la línea de comportamiento comercial del actor.” En ese orden de ideas, ordenó en la parte resolutoria del fallo al operador de la base de datos que, agregara los datos que poseía sobre el comportamiento comercial del actor, la fecha en que el actor dejó de estar en mora con Invercrédito S.A., y que dicho crédito en la actualidad estaba totalmente cancelado.

actualizar, rectificar información personal¹⁵; **(iii)** la actualización o rectificación de los datos contrarios a la verdad se establece como una obligación exigible a las entidades que los administran; **(iv)** se precisa que la actualización de la información “*no implica borrar o suprimir el pasado*”, sino registrar o agregar el hecho nuevo¹⁶ **(v)** se establece por primera vez un límite temporal de la información, o términos de caducidad de los datos¹⁷; **(vi)** se establece la obligación de que las administradoras de datos personales obtengan el consentimiento del sujeto concernido para el manejo de sus datos personales.¹⁸

¹⁵ “El contenido del habeas data se manifiesta por tres facultades concretas que el citado artículo 15 reconoce a la persona a la cual se refieren los datos recogidos o almacenados: a) El derecho a conocer las informaciones que a ella se refieren; b) El derecho a actualizar tales informaciones, es decir, a ponerlas al día, agregándoles los hechos nuevos; c) El derecho a rectificar las informaciones que no correspondan a la verdad. Existe, además, el derecho a la caducidad del dato negativo, no consagrado expresamente en el artículo 15 de la Constitución, pero que se deduce de la misma autodeterminación informática, y también de la libertad (...)” Corte Constitucional, sentencia SU-085 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁶ “(...) Pero, se dice, el deudor tiene derecho a que la información se actualice, y si ya la obligación desapareció, solamente debe expresarse que nada debe. Hay aquí un equívoco, pues el actualizar una información, es decir, el ponerla al día, no implica el borrar, el suprimir, el pasado. Significa solamente registrar, agregar, el hecho nuevo. En el caso del deudor moroso que finalmente paga, voluntaria o forzosamente, la información completa sobre su conducta como deudor debe incluir todas estas circunstancias. Y el derecho que quien fue deudor moroso tiene a que se ponga al día la información, exige que se registre no sólo el pago, voluntario o forzado, sino la fecha del mismo, como hechos nuevos. No que se borre todo lo anterior, como si no hubiera existido. Sostener lo contrario llevaría al absurdo de afirmar que actualizar una historia, es consignar únicamente el último episodio, eliminando todo lo anterior.” Corte Constitucional, sentencia SU-085 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁷ “Como se ha visto, el deudor tiene derecho a que la información se actualice, a que ella contenga los hechos nuevos que le beneficien. Y, por lo mismo, también hacia el pasado debe fijarse un límite razonable, pues no sería lógico ni justo que el buen comportamiento de los últimos años no borrara, por así decirlo, la mala conducta pasada. ¿Qué ocurre en este caso?. Que el deudor, después de pagar sus deudas, con su buen comportamiento por un lapso determinado y razonable ha creado un buen nombre, una buena fama, que en tiempos pasados no tuvo. Corresponde al legislador, al reglamentar el habeas data, determinar el límite temporal y las demás condiciones de las informaciones. Igualmente corresponderá a esta Corporación, al ejercer el control de constitucionalidad sobre la ley que reglamente este derecho, establecer si el término que se fije es razonable y si las condiciones en que se puede suministrar la información se ajustan a la Constitución. Es claro, pues, que el término para la caducidad del dato lo debe fijar, razonablemente, el legislador. Pero, mientras no lo haya fijado, hay que considerar que es razonable el término que evite el abuso del poder informático y preserve las sanas prácticas crediticias, defendiendo así el interés general (...)” Corte Constitucional, sentencia SU-085 de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁸ “Lo expuesto en esta providencia, en relación con el derecho a la información y la legitimidad de la conducta de las entidades que solicitan información de sus eventuales clientes, a las centrales de información que para el efecto se han creado, así como la facultad de reportar a quienes incumplan las obligaciones con ellos contraídas, tiene como base fundamental y punto de equilibrio, la autorización que el interesado les otorgue para disponer de esa información, pues al fin y al cabo, los datos que se

En esta misma dirección, en la sentencia T-176 de 1995¹⁹, la Corte indicó que el derecho al *hábeas data* es violado cuando se desconoce alguna de las prerrogativas enunciadas en la sentencia SU-082 de 1995, es decir, cuando la información contenida en el archivo o base de datos es “(...) *recogida de manera ilegal, sin el consentimiento del titular del dato*”, es errónea o recae “(...) *sobre aspectos íntimos de la vida de su titular no susceptibles de ser conocidos públicamente*”.

Así las cosas, la comprobación de cualquiera de esos supuestos, constituirán un comportamiento abusivo en el tratamiento de información personal, del cual derivará una lesión al *hábeas data* y a otros bienes materiales e inmateriales.

En nuestra opinión, con el reconocimiento del *hábeas data* como un derecho autónomo e independiente, se amplía la gama de bienes de la personalidad sobre los que puede recaer el daño.

Posteriormente, en la sentencia T-729 de 2002²⁰, la Corte explicó que es importante diferenciar y delimitar el *hábeas data* respecto de otros derechos como el buen nombre

van a suministrar conciernen a él, y por tanto, le asiste el derecho, no sólo a autorizar su circulación, sino a rectificarlos o actualizarlos, cuando a ello hubiere lugar. Autorización que debe ser expresa y voluntaria por parte del interesado, para que sea realmente eficaz, pues de lo contrario no podría hablarse de que el titular de la información hizo uso efectivo de su derecho. Esto significa que las cláusulas que en este sentido están siendo usadas por las distintas entidades, deben tener una forma y un contenido que le permitan al interesado saber cuáles son las consecuencias de su aceptación.” Corte Constitucional, sentencia SU-085 del 1 de marzo de 1995 M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T- 176 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela dan cuenta que, el actor adquirió una deuda con una entidad financiera, la cual canceló en virtud de un acuerdo de pago. Posteriormente se le expidió el correspondiente paz y salvo y se reportó el pago a Datacredito, no obstante, en dicho reporte el estado de la obligación figura como “cartera recuperada”, expresión que a juicio del demandante denota mora en el pago del crédito, situación que vulnera su intimidad y buen nombre. Para resolver la controversia la Corte considera que, “el actor incurrió en una mora de seis meses y el pago se produjo el 10 de julio de 1994. Por lo tanto, para la fecha de la interposición de acción de tutela - 25 de octubre de 1994 -, no se había cumplido el término de caducidad del dato, razón por la cual no puede afirmarse la existencia de un uso abusivo del poder informativo.”

²⁰ Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett, citada en sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Los hechos que motivaron la interposición de la

y la intimidad, por lo menos por tres razones: “(...) (i) por la posibilidad de obtener su protección judicial por vía de tutela de manera independiente; (ii) por la delimitación de los contextos materiales que comprenden sus ámbitos jurídicos de protección; y (iii) por las particularidades del régimen jurídico aplicable y las diferentes reglas para resolver la eventual colisión con el derecho a la información”. A continuación, la Corte definió el derecho de la siguiente forma:

“El derecho fundamental al habeas data, es aquel que otorga la facultad al titular de datos personales, de exigir a las administradoras de datos personales el acceso, inclusión, exclusión, corrección, adición, actualización, y certificación de los datos, así como la limitación en la posibilidades de divulgación, publicación o cesión de los mismos, conforme a los principios que informan el proceso de administración de bases de datos personales”.

En el caso concreto la Corte consideró que el derecho a la autodeterminación informática del actor había sufrido un daño, a causa en la publicación en internet de

acción de tutela dan cuenta que, el Departamento Administrativo de Catastro del Distrito Capital, así como la Superintendencia Nacional de Salud, tenían dispuesta en internet una base de datos, que con el ingreso de al menos cuatro de cinco datos relativos a un inmueble, en la base de datos de la primera entidad, o del número de identificación del actor, en la segunda, permitían acceder a información jurídica y económica de los predios registrados a nombre del actor, o conocer información relativa a la afiliación de éste al régimen de seguridad social en salud, lo que consideró vulneratorio de sus derechos a la intimidad personal, y familiar, a la integridad personal, a la vida, la propiedad y la libertad, solicitando la suspensión inmediata de la acción vulneradora de sus derechos. Para resolver el caso concreto la Corte estimó que “la recopilación y publicación de la información contenida en la base de datos de Catastro, está sometida a los principios de la administración de datos, precisamente porque la misma está conformada por datos personales mediante los cuales se asocia una realidad patrimonial con una persona determinada. La Sala, al examinar en el caso concreto el poder de irradiación de estos principios como manifestación del derecho a la autodeterminación informática”, encontró que si se presentó una vulneración al derecho de hábeas data del actor, puesto que la entidad al publicar la base de datos desconoció los principios de libertad, finalidad e individualidad. En consecuencia, ordenó a la respectiva entidad cesar la conducta vulneratoria del derecho, de tal forma que en adelante se abstenga de publicar, con posibilidad de acceso indiscriminado y sin el consentimiento previo y libre, información personal del actor. En lo que respecta a la base de datos publicada en internet por la Superintendencia Nacional de Salud, la Corte consideró que también vulneraba el derecho fundamental a la autodeterminación informática o habeas data del actor. “En efecto, toda vez que este tipo de datos personales está catalogado como información semi-privada, es decir que su acceso se encuentra restringido, la posibilidad de su conocimiento por parte de terceros totalmente ajenos al ámbito propio en el cual se obtuvo dicha información, a partir del sencillo requisito de digitar su número de identificación, desconoce los principios constitucionales de libertad, finalidad, circulación restringida e individualidad propios de la administración de datos personales.” En consecuencia, ordenó cesar la conducta vulneratoria de su derecho, en el sentido de permitir que cualquier persona tenga acceso indiscriminado a información personal sobre el actor.

información personal, con posibilidad de acceso indiscriminado y sin que mediara su consentimiento previo y libre.

Posteriormente, en la sentencia C-1011 de 2008, la Corte nuevamente reconoció la autonomía del derecho al *hábeas data* y lo conceptualizó así:²¹

“El *hábeas data* confiere, (...), un grupo de facultades al individuo para que, en ejercicio de la cláusula general de libertad, pueda controlar la información que de sí mismo ha sido recopilada por una central de información. En ese sentido, este derecho fundamental está dirigido a preservar los intereses del titular de la información ante el potencial abuso del poder informático”.

Asimismo, la Corte en la sentencia C-748 de 2011²², reconoce el derecho al *hábeas data* “como un derecho fundamental autónomo que persigue la protección de los datos personales en un mundo globalizado en el que el poder informático es creciente. Esta protección responde a la importancia que tales datos revisten para la garantía de otros derechos como la intimidad, el buen nombre y el libre desarrollo de la personalidad. Sin embargo, el que exista una estrecha relación con tales derechos, no significa que no sea un derecho diferente, en tanto comprende una serie de garantías diferenciables y cuya protección es directamente reclamable por medio de la acción de tutela, sin perjuicio del principio de subsidiariedad que rige la procedencia de la acción.”

Estimamos que la incorporación del derecho de *hábeas data*, o a la protección de datos personales en el capítulo primero de la Constitución Política impide reducir su naturaleza jurídica a la de un simple instrumento, medio o procedimiento para la realización o efectividad de otros derechos. En ese orden de ideas, se trata ante todo de un derecho fundamental autónomo, que confiere al individuo en ejercicio de su libertad,

²¹ Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008. M.P. Jaime Córdoba Triviño, citada en sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²² Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

un conjunto de facultades enderezadas a controlar todas las operaciones que terceros puedan realizar con la información de la que aquel sea titular.

De otra parte puede afirmarse que, la autodeterminación informática surge en Colombia como respuesta al daño, su contenido y alcance han tratado de evolucionar a medida que se amplía la gama de riesgos a los que se exponen los bienes y derechos de los individuos con el uso indebido del poder informático.

1.2 FACULTADES CONTENIDAS EN EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES O *HABEAS DATA*.

Del artículo 15 del texto constitucional se desprende que el derecho de *habeas data* comprende las facultades de conocer, actualizar y rectificar las informaciones personales que reposen en bancos de datos o archivos de entidades públicas y privadas.

Sin embargo, por vía jurisprudencial esas facultades han sido ampliadas, de forma que dentro de las prerrogativas o contenidos mínimos del *habeas data* se encuentran los siguientes: “(i) el derecho de las personas a conocer –acceso- la información que sobre ellas está recogida en bases de datos, lo que conlleva el acceso a las bases de datos donde se encuentra dicha información; (ii) el derecho a incluir nuevos datos con el fin de que se provea una imagen completa del titular; (iii) el derecho a actualizar la información, es decir, a poner al día el contenido de dichas bases de datos; (iv) el derecho a que la información contenida en bases de datos sea rectificadas o corregidas, de tal manera que concuerde con la realidad; (v) el derecho a excluir información de una base de datos, bien porque se está haciendo un uso indebido de ella, o por simple voluntad del titular –salvo las excepciones previstas en la normativa.”²³

²³ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por su parte, en la sentencia T-987 de 2012²⁴ se afirma que “el habeas data ha sido comprendido por la jurisprudencia constitucional como un complejo de facultades que pueden agruparse en dos contenidos definidos. El primero, refiere a que el tratamiento de los datos personales es una expresión de la libertad del sujeto de autorizar que la información sobre sí mismo sea sometida a recopilación, circulación y uso por terceros. Esto quiere decir, de acuerdo con ese precedente, que la autorización para el tratamiento de la información personal constituye una decisión propia del ejercicio de la cláusula general de libertad, por lo que está sometida a condiciones particulares, las cuales garantizan que esa decisión es reflejo de la autonomía y la conciencia del sujeto.

El segundo contenido surge luego que se expresa esa autorización. Una vez incorporada la información personal en el registro y base de datos, la Constitución y la ley confiere al titular del dato un grupo de derechos, facultades y garantías, que metodológicamente han sido comprendidos por la jurisprudencia como principios, que tienen como principal objetivo garantizar la eficacia de las facultades de conocimiento, actualización y rectificación del dato personal por parte del sujeto concernido, de manera tal que el tratamiento no se torne abusivo, desproporcionado o contrario a derecho. Sobre este particular, la Corte ha indicado que “... *el tratamiento de datos, si bien es imprescindible para el normal desarrollo de múltiples ámbitos de la vida social, puede lesionar derechos fundamentales. En consecuencia, tanto en la jurisprudencia como en el ámbito internacional se han fijado una serie de principios para la administración de datos personales, que como mandatos de optimización, tiendan a facilitar la labor de ponderación entre las prerrogativas constitucionales en tensión.*”²⁵

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-987 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. “La jurisprudencia constitucional sobre el contenido y alcance del derecho al hábeas data ha sido sistematizado por la Corte en las sentencias C-1011/08 y C-748/11, las cuales han adelantado el control de constitucionalidad de las dos leyes estatutarias que han sido expedidas sobre la materia, que regulan tanto el hábeas data respecto de información personal de contenido comercial y crediticio, así como la aplicación general de ese derecho a los distintos procesos de tratamiento de datos personales. En ese sentido, en el presente apartado se hará uso de las reglas fijadas en dichas decisiones.”

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, citada en Corte Constitucional, sentencia T-987 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Ahora bien, conforme a lo dispuesto en las Leyes 1266 de 2008²⁶ y 1581 de 2012²⁷, puede afirmarse que para el legislador el contenido del derecho de *hábeas data* está determinado por las facultades del individuo para autorizar el uso y divulgación de sus datos personales, así como para conocerlos, actualizarlos, rectificarlos y suprimirlos.

Por nuestra parte consideramos factible afirmar que, la inobservancia o restricción injustificada de cualquiera de las facultades comprendidas en el contenido del derecho al *hábeas data*, lesiona bienes jurídicamente protegidos del titular de la información.

Así por ejemplo, obtener información referida a las inclinaciones sexuales de un individuo sin su autorización, la falta de actualización de un reporte financiero negativo cuando el deudor ya ha cancelado la obligación, la obtención de información relativa a los hábitos de consumo de una persona sin el establecimiento previo de una finalidad, etc., son comportamientos idóneos para generar discriminación, vulnerar la intimidad, el buen nombre, el *hábeas data* entre otros, incluso, para propiciar significativos detrimentos económicos en una persona.

1.3 CLASIFICACIÓN DE LOS DATOS PERSONALES

Para la doctrina²⁸, los datos personales han sido agrupados en diversas tipologías, según su naturaleza o sensibilidad, considerando en este último caso los efectos que pueda ocasionar.

De esa manera, la clasificación del dato según su naturaleza jurídica, determina los parámetros que deben observarse en su tratamiento por parte de terceros.

²⁶ Ley 1266 de 2008, artículo 6

²⁷ Ley 1581 de 2012, artículo 8

²⁸ REMOLINA, Op. Cit, p.135.

Entre tanto, la clasificación del dato de acuerdo a su sensibilidad, dependerá de los riesgos que represente para su titular en el momento o la situación en la cual se utilizan.

Esta última clasificación de la información que hace la doctrina, se sustenta en las mayores o menores posibilidades de que el daño se concrete, dependiendo del contexto en que se use. Así por ejemplo, un Estado que en el contexto de una dictadura acopia sin una finalidad previamente establecida información referida a la orientación política de un individuo, coloca a este en riesgo de discriminación, cautiverio o muerte.

Por su parte la jurisprudencia ha señalado que, uno de los elementos que resulta esencial a la hora de reconocer el derecho a la autodeterminación informática, se encuentra en el tipo de información a la que se hace referencia, pues dependiendo de su contenido, distintas serán las prerrogativas, derechos y obligaciones que genere²⁹.

La primera clasificación relevante de información personal se hizo en el año 2002 por parte de la Corte Constitucional, al resolver una acción de tutela en la que debía definir si la posibilidad de que cualquier persona pudiera acceder a datos personales del actor, digitado su número de identificación, y gracias a la manipulación de bases de datos publicadas en páginas de la Internet por parte del Departamento Administrativo de Catastro del Distrito de Bogotá y de la Superintendencia Nacional de Salud, desconocía los derechos fundamentales de aquel a la autodeterminación informática o a la intimidad³⁰.

Con ocasión de esa controversia, la Corporación estructura una clasificación de información personal “desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma.” Así, la Corte habla de cuatro grandes tipos de información personal: la información pública o de dominio público,

²⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-334 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

³⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta. Ésta última podríamos equipararla a la información sensible.

Para la Corte, esta clasificación es útil porque *“contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al habeas data.”*

También, porque *“contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información.”*

La anterior clasificación, ha sido reiterada por la Corte Constitucional entre otras, en las sentencias C-692 de 2003³¹, C-336 de 2007³², C-1011 de 2008³³, C-334 de 2010³⁴ y C-748 de 2011³⁵.

³¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-692 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Por medio de la cual se estudia la constitucionalidad de los artículos 1, 2 (parcial), 3,4, y primero y segundos transitorios de la Ley 746 de 2002, por la cual se regula la tenencia y registro de perros potencialmente peligrosos. La Corte consideró que se trataba de información semi-privada “por la naturaleza del hecho que debe ser puesto en conocimiento de las alcaldías y por su familiaridad con los datos relativos al comportamiento financiero de las personas – información utilizada por la jurisprudencia para ejemplificar dicha tipología-, ya que, como en estos, el registro de animales potencialmente peligrosos está orientado a prevenir un riesgo social. Los datos vinculados con la posesión de animales peligrosos permiten a las autoridades adoptar medidas de precaución para evitar la propagación del riesgo implícito al ejercicio de dicha tenencia, pero también la identificación de la responsabilidad en caso de daño, tal como sucede con los datos relativos al comportamiento financiero de las personas, que buscan proteger al sistema financiero de deudores incumplidos. La tenencia de perros peligrosos deriva un riesgo social y el legislador está autorizado para obligar al particular a ceder dicha información en beneficio de la seguridad pública, sin que por ese hecho se deduzca una intromisión ilegítima en su círculo íntimo.”

³² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-336 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Mediante la cual se revisa la constitucionalidad de los artículos 14 (parcial), 244 (parcial) y 246 (parcial) de la Ley 906 de 2004, relacionados con la posibilidad de que la Policía Judicial realice búsquedas selectivas en bases de datos personales, ya sean estas computarizadas, mecánicas o de cualquier índole, así como el análisis cruzado de las mismas, en procura de información personal (privada) que no sea de libre acceso, e información confidencial referida al indiciado o imputado. Después de hacer referencia a la clasificación de información decantada por la jurisprudencia, la Corte considera que las expresiones información que no sea de libre acceso (Art.14), e información confidencial referida al indiciado o imputado (Art. 244), describen supuestos que corresponden al rango de información “privada”, lo que implica que solamente puede ser obtenida mediante orden previa del juez que ejerza funciones de control de garantías, quien deberá tener en cuenta en lo pertinente, las directrices que la jurisprudencia constitucional ha establecido para armonizar la práctica de medidas de investigación, con el respeto de los derechos fundamentales.

³³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño. Mediante la citada sentencia se revisó la constitucionalidad del “Proyecto de Ley Estatutaria N° 27/06 Senado – 221/07 Cámara (Acum. 05/06 Senado) “por la cual se dictan las disposiciones generales del hábeas data y se regula el manejo de información contenida en bases de datos personales, en especial la financiera, crediticia, comercial, de servicios y proveniente de terceros países y se dictan otras disposiciones.” La Corporación se remite a la clasificación de información ya decantada por la jurisprudencia, pero precisa que la información reservada o sensible no es susceptible de acceso por parte de terceros, salvo en una situación excepcional, en la que el dato reservado constituya un elemento probatorio pertinente y conducente dentro de una investigación penal y que, a su vez, esté directamente relacionado con el objeto de la investigación. En ese evento, “la información deberá estar sometida a la reserva propia del proceso penal.”

³⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-334 de 2010 M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Mediante la citada sentencia se revisó la constitucionalidad del artículo 16 de la Ley 1142 de 2017 (por medio de la cual se reforma parcialmente las Leyes 906 de 2004, 599 de 2000 y 600 de 2000), así como del artículo 245 de la Ley 906 de 2004. Las normas demandadas permiten realizar el control de legalidad posterior por parte del juez de garantías a la orden de “recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares”, así como realizar control de legalidad formal y material con posterioridad a la práctica de exámenes que permitan cotejar exámenes de ADN con información genética del indiciado o imputado, mediante el acceso a bancos de esperma y de sangre, muestras de laboratorios clínicos, consultorios médicos u odontológicos, entre otros. Se cuestionan si estas vulneran los artículos 15, 21,

Creemos que la clasificación de la información resulta importante, porque en algunos eventos, dependiendo de la clase de datos sobre los que recaiga la vulneración, podrá evaluarse la mayor o menor intensidad del daño.

Por ejemplo, si una entidad prestadora de servicios de salud, no cuenta con la debida autorización y divulga que un paciente determinado es portador de VIH (dato sensible), las dificultades que tendrá que afrontar este sujeto en sus relaciones sociales, la aflicción, frustración y vergüenza serán de una magnitud incomparable, a que si simplemente se hubiera revelado la empresa de salud a la cual se encontraba afiliado (dato semiprivado).

Así las cosas, la clasificación de los datos personales resulta útil al juez al momento de determinar la extensión del daño y cuantificar la reparación.

29 y 250 de la Constitución Política, así como el artículo 17 numerales 1 y 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles Políticos. La Corte se remite a la sentencia C-131 de 2009 para declarar la constitucionalidad de la norma que permite realizar el control de legalidad posterior por parte del juez de garantías a la orden de “recuperación de información dejada al navegar por internet u otros medios similares” en cuanto encuentra que el Acto Legislativo 03 de 2002 permitió actuaciones que no demandan autorización previa del juez, encontrándose ese evento allí contemplado. De otra parte de la Corporación señala que uno de los elementos esenciales a la hora de reconocer el derecho al hábeas data se encuentra en el tipo de información al que se hace referencia, pues dependiendo de su contenido, distintas serán las prerrogativas y derechos, como los deberes y obligaciones que genere. Seguidamente advierte que “las muestras biológicas representan para el sujeto de quien se ha extraído, ante todo un objeto contentivo de información genética, reconocida como información reservada por contener datos personales de carácter genético, sometidos a un régimen de protección especial. (...) En consecuencia, que la policía judicial pueda acceder a la información genética del indiciado o del imputado que reposa en centros especializados, representa para el mismo una injerencia radical en su derecho fundamental al hábeas data o de autodeterminación informativa, pues implica una utilización de datos biológicos que contiene la muestra, distinta de aquella para la cual fue recogida y almacenada (...)”

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Mediante esta sentencia se revisa la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria N° 184 de 2010, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales.” La Corte acoge la clasificación de datos personales realizada en la sentencia T-729 de 2002 y C-1011 de 2008, es decir, datos públicos, semiprivados y privados o sensibles. Asimismo, afirma que la omisión de esa clasificación en el proyecto de Ley Estatutaria no constituye un vicio de constitucionalidad, “ya que estas definiciones no son un ingrediente indispensable para la aplicación de las garantías de la ley y, en todo caso, la ausencia de definiciones puede ser llenada acudiendo a la jurisprudencia constitucional y a otros preceptos legales.”

1.4 PRINCIPIOS QUE REGULAN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES, COMO LIMITANTES AL ABUSO DEL PODER INFORMÁTICO

Las facultades que se le confieren al individuo de conocer, actualizar, rectificar y suprimir su información personal, han sido también recogidas a manera de principios rectores de obligatoria observancia para quienes manejan, administran y en general, realizan cualquier tipo de operación respecto de bases de datos con información personal.

De ese modo, tanto las facultades como los principios comprenden el contenido del derecho a la autodeterminación informática y más que nada, son instrumentos a través de los cuales se limita, controla y previenen los daños causados por el abuso del poder informático.

Algunos principios fueron incorporados en la ley,³⁶ sin embargo la creación de la mayoría de ellos es atribuida a la jurisprudencia. Dentro de ellos se destacan: principio de libertad;³⁷ principio de necesidad;³⁸ principio de finalidad;³⁹ principio de utilidad;⁴⁰

³⁶ Ley 1581 de 2012, artículo 4.

³⁷ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁸ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-307 de 1999 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-119 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

principio de veracidad;⁴¹ principio de circulación restringida⁴²; principio de incorporación⁴³; principio de caducidad⁴⁴ y principio de individualidad.⁴⁵

1.5 MARCO LEGAL DEL DERECHO DE *HABEAS DATA*

Con el ánimo de no descontextualizar el objeto de este trabajo, consideramos pertinente limitarnos a indicar que en Colombia, el *habeas data* se encuentra regulado legalmente en una ley general y una ley sectorial.

La Ley 1266 de 2008 regula el manejo de la información contenida en bases de datos personales financieros crediticios y comerciales.

Por su parte la Ley 1581 de 2012 es una ley general destinada a regular datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada, con las excepciones allí contempladas.⁴⁶ Ésta Ley fue reglamentada por el Decreto 1377 de 2013.

Entre los aspectos más importantes de esa Ley general debemos destacar el consentimiento previo e informado que debe otorgar el titular de los datos para el tratamiento de información personal, salvo en las excepciones allí previstas.

⁴¹ Ley 1581 de 2012, artículo 4, literal a)

⁴² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁴⁴ Este principio tiene una estrecha relación con el concepto de “derecho al olvido”, incorporado por la Corte Constitucional en la sentencia T-414 de 1992. En esa medida, la información personal negativa no debe quedar registrada en las bases de datos de manera indefinida, ésta debe ser retirada dentro de los límites temporales establecidos por la ley.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁴⁵ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992. De conformidad con este principio se prohíbe cruzar datos personales provenientes de distantes bases de datos. Ello con el fin de prevenir la correlación de información a partir de la cual se puedan conformar perfiles virtuales.

⁴⁶ Ley 1581 de 2012, artículo 2.

De igual modo, dentro de los sujetos que intervienen en ese tratamiento, se especifica quién tiene la calidad de responsable y quien tiene la calidad de encargado, atribuyéndose obligaciones específicas a cada uno de ellos.

Vale la pena resaltar que a diferencia de lo que se hizo en Europa mediante el Reglamento General Sobre Protección de Datos (679/2016 – GDPR), y en Estados Unidos en algunas normas sectoriales, la Ley 1581 de 2012 en Colombia no consagra ninguna acción especial de responsabilidad civil por daños derivados del uso abusivo de información personal, en consecuencia, tampoco se previeron criterios específicos para determinar la extensión de los daños y cuantificar las reparaciones, pues los criterios que allí se incorporaron tiene como finalidad graduar las sanciones que impone la Superintendencia de Industria y Comercio por el incumplimiento de esa normatividad⁴⁷.

En ese orden de ideas, el fundamento normativo de la responsabilidad civil por daños derivados del tratamiento abusivo de datos personales lo encontramos en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano, conforme al cual: *“El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.”*

Así las cosas, para que surja responsabilidad civil en estos eventos, será preciso demostrar por parte del interesado, la configuración de un hecho dañoso, un daño y un nexo causal entre aquellos para poder realizar la imputación de ese daño a un patrimonio.

2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL DERECHO COMPARADO

⁴⁷ Ley 1581 de 2012, artículo 24.

Nos proponemos ahora revisar de manera sucinta, los antecedentes del derecho a la protección de datos personales en el ámbito internacional, su marco legal más importante y algunos pronunciamientos jurisprudenciales, con el propósito de determinar finalmente, cuáles han sido los daños generados por la vulneración de ese derecho.

2.1 EL DERECHO A LA PRIVACIDAD EN ESTADOS UNIDOS.

Podemos afirmar que el concepto de privacidad en el derecho americano, cobra vigencia a partir del célebre artículo “*The Right to Privacy*”. Data de 1890 y fue publicado en “*Harvard Law Review*”; su autoría es atribuida a Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis⁴⁸.

El artículo en cuestión surge como una reacción de los autores a los riesgos que aparejaba para la privacidad los avances tecnológicos de la época, situación que se refleja en el siguiente párrafo:⁴⁹

“Los recientes inventos y los nuevos métodos de hacer negocios fueron los focos de atención en el siguiente paso que hubo de darse para amparar a la persona, y garantizar al individuo lo que el juez Cooley denomina el derecho «a no ser molestado». Las instantáneas fotográficas y las empresas periodísticas han invadido los sagrados recintos de la vida privada y hogareña; y los numerosos ingenios mecánicos amenazan con hacer realidad la profecía que reza: «lo que se susurre en la intimidad, será proclamado a los cuatro vientos» [...] La intensidad y la complejidad de la vida, que acompañan a los avances de la civilización, han hecho necesario un cierto distanciamiento del mundo, y el hombre, bajo la refinada influencia de la cultura, se ha hecho más vulnerable a la publicidad, de modo que la soledad y la intimidad se han convertido en algo esencial para la persona; por ello, los nuevos modos e inventos, al invadir su intimidad, le producen un sufrimiento espiritual y una angustia mucho mayor que la que le pueden causar los meros daños personales”.

Los avances tecnológicos y de la industria periodística hacían factible por ejemplo, que quien poseyera una cámara fotográfica pudiera obtener la imagen de una persona

⁴⁸ WARREN, S.D; BRANDEIS, L: “*The Right to Privacy*”, Harvard Law Review, Vol IV, N° 5, 1890.

⁴⁹ SALDAÑA, María, “*The Right to Privacy*”. *La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis*, UNED, revista de derecho político N° 85, 2012, p. 195-240

sin su conocimiento. Se pretendía entonces encontrar una especie de freno al creciente poder de intromisión de la prensa estadounidense⁵⁰.

“La finalidad del derecho debe ser garantizar a aquellas personas cuyos asuntos no son causa de preocupación legítima para la comunidad que no se han de ver arrastradas a una publicidad indeseable e indeseada, como proteger a toda persona, sea quien sea por su status o por su posición, de ver divulgados, contra su voluntad, asuntos que pudiese preferir, en verdad, mantener reservados”⁵¹

Para Warren y Brandeis era necesario definir un principio que pudiera ser invocado para amparar la privacidad del individuo frente a la invasión de la prensa, los fotógrafos o el poseedor de cualquier otro moderno aparato de grabación o reproducción de imágenes o sonidos⁵².

En el artículo se examinan algunos remedios que el *common law* ofrece a fin de verificar a través de cuál de ellos una persona puede controlar información que le concierne, pero se descarta su aplicación por tener un objeto diferente⁵³.

“*The Right to Privacy*” encuentra la materialización del principio buscado en el derecho a la privacidad, que le otorga a toda persona plena disponibilidad para decidir en qué medida “*pueden ser comunicados a otros sus pensamientos, sentimientos y emociones*”.

La publicación en comento fundamenta el derecho a la privacidad en el derecho a disfrutar de la vida sin ser molestado, rechazando cualquier asociación con el derecho a la propiedad. Así, el derecho a la privacidad implica que el individuo tenga la

⁵⁰ GACITÚA, Alejandro, *El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y represión penal europea (En busca del equilibrio entre la libertad y la seguridad)*, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014, p.35.

⁵¹ Op. Cit.

⁵² Op. Cit, p. 211.

⁵³ Op. Cit, p. 33.

capacidad de decidir qué aspectos que le conciernen quiere mantener en privado y cuáles hacer públicos⁵⁴.

El principal argumento de Warren y Brandeis para defender el derecho a la privacidad es la exigencia espiritual o psicológica de toda persona de controlar su esfera privada y **su propia información personal**, por esto afirman que el principio que fundamenta su protección es el de la personalidad inviolable, “*el principio que ampara los escritos personales, y toda otra obra personal, no ya contra el robo o la apropiación física, sino contra cualquier forma de publicación, no es en realidad el principio de la propiedad privada, sino el de inviolabilidad de la persona.*”⁵⁵

Realmente Warren y Brandeis pretendieron introducir en el *common law* una nueva acción legal de indemnización por daños (*privacy tort*), que, a diferencia de la acción por difamación que solo garantizaba la reputación frente a la divulgación de hechos falsos, se fundamenta en los perjuicios ocasionados frente a la recopilación y publicación de aspectos reservados de la vida personal.⁵⁶

En cuanto a la recepción que tuvo “*The Right to Privacy*” en la jurisprudencia americana se ha señalado por la doctrina que, en el año 1905 el Tribunal Supremo de Georgia adoptó expresamente la teorización de Warren y Brandeis, reconociendo un «*right to privacy*» amparado por el *common law*. En efecto, en el caso *Pavesich v. New England Life Insurance Co.* se demandó a una compañía de seguros por publicar la imagen de un conocido artista sin su consentimiento, además de atribuírsele unas declaraciones sobre las ventajas de contratar el seguro anunciado. El Tribunal Supremo de Georgia citó el célebre artículo de Warren y Brandeis, nombró expresamente a sus autores y declaró la existencia de un derecho a la privacidad, afirmando que la

⁵⁴ Op. Cit, p.195.

⁵⁵ Op. Cit, p. 212.

⁵⁶ Op. Cit, p. 213.

publicación de la imagen de una persona sin su consentimiento constituía una invasión directa “*of a legal right*”.⁵⁷

Fue hasta 1939 cuando el *American Law Institute* codificó el “*right to privacy*” en el primer *Restatement of torts*, tipificando en el artículo 867 el supuesto de la publicación de asuntos de la vida privada o la utilización de la imagen personal. Años más tarde, la gran mayoría de los Tribunales norteamericanos habían reconocido el derecho a la privacidad en sus distintas manifestaciones.⁵⁸

Posteriormente en 1960, William Prosser, con sustento en precedentes jurisprudenciales, establece cuatro tipos de “*torts*” o agravios civiles a la privacidad: (i) invasión o intrusión en la soledad de otro; (ii) revelación o divulgación pública de la vida privada de otro; (iii) publicidad que ponga a la persona en una imagen pública falsa o errónea; (iv) apropiación del nombre o semejanza de una persona.⁵⁹

La doctrina ha sostenido que la privacidad es un derecho amplio y difícil de definir con precisión. Y quizá esa dificultad pueda atribuirse a que en ella confluyen múltiples intereses individuales de carácter esencial, como por ejemplo, aquellos que tienden a preservar la soledad, secreto, autonomía, individualidad, intimidad, desarrollo de la personalidad, libertad de elección en asuntos personales, control de la información personal, así como el sustrato de la inviolable dignidad humana⁶⁰.

Conforme a lo anterior, si la facultad que tiene todo individuo de controlar su información personal frente a intromisiones indeseadas de terceros constituye uno de

⁵⁷ Op. Cit, p. 222.

⁵⁸ Op. Cit, p. 223.

⁵⁹ “1. Intrusion upon the plaintiff's seclusion or solitude, or into his private affairs. 2. Public disclosure of embarrassing private facts about the plaintiff. 3. Publicity which places the plaintiff in a false light in the public eye. 4. Appropriation, for the defendant's advantage, of the plaintiff's name or likeness.” PROSSER, William L. “*Privacy*”, en *California Law Review*, Vol 48, N° 3, 1960.

⁶⁰ SALDAÑA, María. *El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego*, 2011, p. 279-312.

los ámbitos en los que se manifiesta la privacidad, las restricciones ilegítimas que vulneren esa facultad de control, se traducen en una vulneración del derecho a la privacidad, entonces, éste último es el derecho sobre el cual recaerá el daño.

En lo que podríamos llamar la tipología de daños que ocasiona dicha vulneración, es para nosotros bastante claro que el artículo en comentario previó con preocupación la causación de daños extrapatrimoniales, al afirmar que las invasiones no consentidas en la intimidad eran fuente de “sufrimiento espiritual y angustia” a la persona.

2.1.1 El marco normativo americano que regula la facultad del individuo de controlar su información personal

En los Estados Unidos la protección de la información personal, no ha tenido la misma rigurosidad jurídica que en Europa, como atrás se indicó, su regulación ha estado determinada por la privacidad y éste último derecho no tiene consagración constitucional.

Mientras que en Europa e incluso en nuestro país la protección de datos personales es un derecho fundamental, en Estados Unidos es concebido como un derecho del consumidor⁶¹. Se trata de un modelo sectorial⁶² basado en la autorregulación⁶³, de modo que el Estado solamente interviene en la protección de ciertos datos en ámbitos en los que se presenta un alto riesgo de lesión de a la privacidad, como la esfera financiera, la salud y los derechos de los niños⁶⁴.

⁶¹ REMOLINA Op. Cit, p.19.

⁶² “(...) el modelo sectorial no parte de una categoría común de datos personales y por ello no se considera que todos estos datos deban estar sometidos a la misma regulación mínima.[45] Es por ello que bajo este modelo se adoptan regulaciones especiales y diferentes para cada tipo de dato personal, dependiendo de su relación con la intimidad –o privacidad como se denomina en el sistema anglosajón– y con la protección de intereses superiores –como la seguridad y la defensa nacional, es decir, la regulación sectorial se basa en una especie de ponderación de intereses que da lugar a reglas diferenciadas según el tipo de dato y que otorga más o menos poderes de intervención a las autoridades. La verificación del cumplimiento de las reglas también es asignada a autoridades sectoriales, las cuales son dotadas de distintos poderes de vigilancia y control, según el nivel de intervención previsto por el legislador.” Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁴ *Ibidem*.

En ese contexto, Estados Unidos cuenta con una ley federal de protección general de datos personales, esto es la *Privacy Act* de 1974⁶⁵, pero la regulación de los datos personales es regida principalmente por leyes sectoriales como la *Electronic Communications Privacy Act* (1986), que se relaciona con la protección de datos personales en comunicaciones electrónicas; la *Cable Communications Policy Act* (1994), que regula la protección de datos personales en archivos de televisión por cable; la *Fair Credit Reporting Act* -modificada de manera reiterada entre 1996 y 2001, que se refiere a los informes crediticios; la *Bank Secrecy Act* (1994), relativa a los registros bancarios; la *Telephone Consumer Privacy Act* (1994), sobre registros telefónicos; la *Drivers Privacy Protection Act* (1994), relacionada con la protección de los archivos de los permisos para conducir; la *Health Insurance Portability and Accountability Act* (1996), que regula la transferencia de seguros médicos; y la *Children's Online Privacy Protection Act* (1998), sobre el control parental de los niños en sus actividades en Internet⁶⁶.

Ahora bien, en Estados Unidos generalmente se controvierte la responsabilidad civil extracontractual por violaciones a la *Privacy* de acuerdo a los cuatro agravios civiles o *torts* previstos en el *Restatement (Second) of Torts*. De esa manera, quién invade el derecho a la privacidad de otro está sujeto a responsabilidad por el daño resultante. El derecho a la privacidad es invadido por: (i) intrusión irrazonable en la soledad de

⁶⁵ “La implementación de esta ley ha sido limitada por su naturaleza federal y por la carencia de mecanismos para hacerla cumplir. Por ejemplo, la violación de algún mandato de esta ley solamente puede alegado ante las cortes en un proceso de responsabilidad con una finalidad indemnizatoria. Estos procesos, además, pocas veces dan lugar a decisiones a favor del titular del dato, debido a que es muy difícil el recaudo de la evidencia –especialmente en materias como defensa e inteligencia. Otra dificultad está relacionada con el ámbito de aplicación de la ley, pues su articulado menciona solamente “sistemas de archivos”, lo que ha dado lugar a debates sobre si rige también “bases de datos”. Finalmente, cabe mencionar que esta ley solamente es exigible a las autoridades federales, no a los particulares que llevan a cabo tratamiento de datos personales, y que para que se pueda declarar la responsabilidad de una autoridad es preciso probar su intención o voluntad de infringir la ley. Ver Bignami, Francesca. “European versus American Liberty: A Comparative Privacy Analysis of Antiterrorism Data Mining”. *Boston College Law Review*, 2007. P. 609.” Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁶⁶ Corte Constitucional, sentencia C-748 de 2011. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

otro; (ii) publicidad irrazonable dada a la vida privada de otro; (iii) publicidad que coloca a otro de manera no razonable bajo una falsa luz ante el público; (iv) apropiación del nombre o semejanza de una persona⁶⁷.

No obstante, algunos estudiosos de la materia en Estados Unidos han sostenido que los cuatro agravios a la privacidad deben ser actualizados para hacer frente a las lesiones derivadas de la privacidad en la era de la información, dado que las tecnologías del siglo XXI las magnifican.⁶⁸

En la actualidad los litigios de privacidad ya no depende exclusivamente de los cuatro supuesto consagrados en el *Restatement (Second) of Torts*, en la medida que existen innumerables normas que también otorgan derecho a accionar para obtener reparación por daños, entre ellas *The Privacy Act of 1974*, *Computer Fraud and Abuse Act* (CFAA), *Electronic Communications Privacy Act* (ECPA).

2.2 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EUROPA

El sistema europeo de datos personales está conformado por normas generales y sectoriales, aunado a la existencia de una autoridad de control encargada de hacer cumplir la regulación.⁶⁹

⁶⁷ Tomado de: <http://www.tomwbell.com/NetLaw/Ch05/R2ndTorts.html>

⁶⁸ Cfr. CITRON, Danielle, *Mainstreaming Privacy Torts*, California Law Review, Vol 98, 2010.

⁶⁹ REMOLINA Op. Cit, p. 18.

2.2.1 Aparición de las primeras leyes encaminadas a proteger los datos personales frente al uso ilegítimo de la informática

Desde la década de los años setenta, algunos países de Europa ya contaban con regulaciones sobre protección de datos de carácter personal.

Un sector de la doctrina clasificó las primeras normas expedidas sobre la materia en tres generaciones, basados en las características comunes en su contenido. De ese modo, en lo que respecta a Europa se aduce que:⁷⁰

En una primera generación de normas habría que incluir la *Datenschutz* de 7 de octubre de 1970, la *Data Lag* sueca del 11 de mayo de 1973, y la *Landesdatenschutzgesetz* de 24 de enero de 1974.

Estas normas se caracterizaron por no hacer referencia a ficheros privados, ya que solo se consideraban potencialmente lesivos los públicos. Otro elemento común entre ellas fue la creación de instituciones encargadas del control de tratamiento de datos.

En la segunda generación se destaca la Ley francesa 1817 del 6 de enero de 1978⁷¹, reguladora de la informática, las bases de datos y las libertades; además en su artículo 28.2 estableció que los datos recogidos y conservados requieren para su tratamiento, el consentimiento expreso del afectado o, en su caso, la autorización de la Comisión Nacional de la informática, cuando medie un interés de terceros.

Se ha indicado que el avance que supone esta norma radica en extrapolar el problema de la relación informática – derechos fundamentales, de lo personal o individual, a lo colectivo.

⁷⁰ REBOLLEDO, Lucrecio y SALTOR Carlos: *El derecho a la protección de datos en España y Argentina. Orígenes y regulación vigente*, Madrid: Dykinson, 2013, p. 44-46.

⁷¹ *Ibidem*

También sitúan en este periodo la *Datenschutz*, del 27 de enero de 1977, de la antigua República Federal Alemana, que amplía su ámbito de aplicación a las bases de datos particulares y refuerza la protección de los datos frente al Estado.

Las normas de la segunda generación, se dice que son regulaciones más conscientes del potencial lesivo que conlleva el uso de la informática, así como del acelerado avance de la tecnología.

En la tercera generación de normas relativas a la protección de datos personales, se han señalado como detonantes la sentencia del Tribunal Federal Alemán del 15 de diciembre de 1983, mediante la cual se introdujo el concepto de autodeterminación informática, y la aparición el 1 de diciembre de 1983 de la internet.

Clasificaron en esta tercera generación y como respuesta a los dos acontecimientos ya mencionados, la *Lei de Protecção de Dados Pessoais a Informatica*, expedida en Portugal en 1991, la Ley Orgánica de Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal, expedida en España en el año de 1992, y ya a nivel comunitario la Directiva 95/46 CE, que en su artículo 14 previó la “*importancia que, en el marco de la sociedad de la información, reviste el actual desarrollo de las técnicas para captar, transmitir, manejar, registrar, conservar o comunicar los datos relativos a las personas físicas (...)*”

Finalmente vale la pena resaltar que, Portugal fue el primer Estado democrático europeo que incorporó en el artículo 35 de la Constitución de 1976 la protección frente a la informática, en virtud del cual se le otorgó a los ciudadanos el derecho a conocer, actualizar y rectificar sus informaciones; de igual modo prohibió utilizar la informática para tratar datos sensibles o referidos a la vida privada, “*salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos.*”⁷²

⁷² MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid: Tecnos, 1990, p.135.

2.2.2 El Convenio Europeo de Derechos Humanos

El Convenio Europeo de Derechos Humanos, adoptado por el Consejo de Europa y vigente desde 1953, tiene por objeto proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas sometidas a la jurisdicción de los Estados miembros, y permitir un control judicial del respeto de dichos derechos individuales. Se inspira expresamente en la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.⁷³

Particularmente en su artículo 8 consagró el derecho a la privacidad personal y familiar en los siguientes términos:

“1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), es el órgano jurisdiccional encargado de asegurar el cumplimiento de los compromisos del Convenio, y en relación con la interpretación del derecho a la privacidad personal y familiar ha señalado:

“(…) el artículo 8 no se limita a la protección de “un círculo interno” (...) La vida privada puede incluso incluir actividades de carácter profesional o comercial.” De igual modo ha afirmado que “el almacenamiento y la entrega de información relativa a un individuo están comprometidas dentro del alcance del artículo 8.”⁷⁴

⁷³ Tomado de https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

⁷⁴ TEDH (Quinta Sección). Caso *Khadija Ismailova Vs. Azerbaiyán*, sentencia adoptada el 27 de noviembre de 2018.

Conforme a lo dicho por el TEDH, es conclusivo que el derecho a controlar y en general, a proteger la información personal, se encuentra comprendido en el derecho a la privacidad personal y familiar.

2.2.3 El marco normativo comunitario frente a los abusos en el tratamiento de información personal

En el derecho comunitario se han realizado algunas consagraciones destacadas sobre protección de datos personales, entre ellas:

2.2.3.1 La Convención 108 del 28 de enero de 1981:

Según el portal del Consejo de Europa,⁷⁵ “(...) esta Convención es el primer instrumento internacional vinculante que **protege a la persona contra los abusos que pueden acompañar a la recopilación y el procesamiento de datos personales** y que busca regular al mismo tiempo el flujo transfronterizo de datos personales.” Además, “prohíbe el procesamiento de datos "confidenciales" sobre la raza, política, salud, religión, vida sexual, antecedentes penales, etc. de una persona, en ausencia de la debida salvaguardas legales. La Convención también consagra el derecho del individuo a saber que información se almacena de él y, si es necesario, a que se corrija.” La restricción de los derechos establecidos en la Convención solo es posible cuando los intereses primordiales (por ejemplo, la seguridad del Estado, la defensa, etc.) están en juego. La Convención también impone algunas restricciones a los flujos transfronterizos de datos personales a los Estados donde la regulación legal no proporciona una protección equivalente.” (Negrilla fuera del texto original)

2.2.3.2 Directiva 95/46/CE del 24 de octubre de 1995

A través de ella se pretendió garantizar por parte de los Estados miembros “*las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas, y, en particular, el derecho a la intimidad, en lo relacionado con los datos personales*”⁷⁶

⁷⁵ Recuperado de <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/108>

⁷⁶ Directiva 95/46/ CE, art. 1, en el mismo sentido Op. Cit, p. 53.

Esta Directiva recientemente ha sido sustituida por el Reglamento General de Protección de Datos 679/2016, al considerarse que aquella “*se adoptó en un momento en que internet estaba en su infancia*”⁷⁷

2.2.3.3 La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

En relación con esta norma debe resaltarse que, la protección de datos personales alcanzó el rango de derecho fundamental en la Unión Europea, gracias a lo dispuesto en su artículo 8 que literalmente expresa:

“Protección de datos de carácter personal. 1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan. 2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. 3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente.”

2.2.3.4 La reciente reforma de la normatividad comunitaria, como respuesta al procesamiento ilegítimo de información personal

La regulación vigente en la Unión Europea hasta el año 2016, aparecía ya como insuficiente de cara al imparable avance de la informática, el surgimiento de las redes sociales, los motores de búsqueda, los servicios de almacenamiento en la nube, en general, la posibilidad de realizar todo tipo de actividades a través de internet y con ellos, el proporcional crecimiento de vulneraciones a bienes materiales e inmateriales de las personas.

En ese contexto y podríamos afirmar también como una respuesta al daño, que desde el año 2012 se dió inicio a una reforma de las normas de protección de datos en la Unión Europea, la cual tuvo como resultado la expedición del Reglamento General Sobre Protección de Datos 679/2016; la Directiva 680/2016 sobre protección de datos

⁷⁷ Recuperado de: <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS?lang=es>

personales en el ámbito de la policía y la justicia⁷⁸ y, la Directiva 681/2016, relativa a la utilización de datos del registro de nombres de pasajeros para la prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de delitos del terrorismo y la delincuencia.⁷⁹

En lo que respecta al Reglamento General Sobre Protección de Datos (679/2016 – GDPR), que entró a regir en mayo de 2018, son destacables los siguientes aspectos:⁸⁰

- i.** La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales conserva su carácter de derecho fundamental.
- ii.** La protección se aplica al tratamiento automatizado de datos personales, así como al tratamiento manual.
- iii.** Se admite que el derecho a la protección de datos personales no es absoluto, debiendo mantenerse en equilibrio con otros derechos fundamentales, conforme al principio de proporcionalidad.
- iv.** Se define al responsable del tratamiento como “*la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros,*

⁷⁸ Se ha sostenido que su finalidad es que “(...) los datos personales dentro del ámbito de la cooperación policial y judicial en materia criminal, sean tratados de modo que se garantice un nivel adecuado de seguridad y confidencialidad, en particular, impidiendo el acceso sin autorización a dichos datos o el uso no autorizado de los mismos y del equipo utilizado en el tratamiento, teniendo en cuenta el desarrollo técnico existente y la tecnología, los costes de ejecución con respecto a los riesgos y la naturaleza de los datos personales que deben protegerse.” PÉREZ LUÑO, Enrique, *La nueva normatividad europea para la protección de los datos personales*, Revista derechos y libertades: Universidad de Sevilla, N° 40, 2019, p. 213-238.

⁷⁹ “La disposición más importante de ésta Directiva en relación con la garantía del *habeas data* se haya incluida en su artículo 13. En dicho artículo se establece la plena garantía de los derechos ARCO consagrados por las normas de la UE y de los Estados que la integran (13.1). Por tanto el *habeas data* está plenamente consagrado en este artículo. Se desprende de ello que medidas de seguridad y el tratamiento de información policial con vistas a evitar posible acciones criminales, en ningún momento podrán menoscabar las garantías de protección de datos en el marco de la UE.” PÉREZ LUÑO, Enrique, *La nueva normatividad europea para la protección de los datos personales*. Universidad de Sevilla. ISSN: 1133-0937, número 40, época II, enero de 2019.

⁸⁰ GDPR 679/2016, consideraciones (I), (15), (4) y artículos 4, 5, 6, 7, 9, 13 y sgts, 24 y 28. Recuperado de: <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>

determine los fines y medios del tratamiento (...)” y, al encargado como “la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento.”

- v. Se establecen los principios para el tratamiento, entre ellos, licitud, finalidad, lealtad, transparencia, necesidad, etc.
- vi. El consentimiento legítima el tratamiento de los datos, este debe ser expreso e informado. Si los datos se van usar para finalidades distintas, se pedirán consentimientos separados. El responsable tendrá que ser capaz de demostrar que obtuvo el consentimiento necesario del titular de los datos personales.
- vii. Se regulan los datos genéticos, biométricos y relativos a la salud como una categoría de datos objeto de tratamiento especial.
- viii. Se empodera al titular de los datos frente al responsable del tratamiento con las facultades de información, acceso, rectificación, limitación del tratamiento, oposición y portabilidad de los datos. De igual modo, en determinados casos el titular puede invocar el derecho al olvido, a través del cual podrá pedir la supresión de los datos.
- ix. El responsable del tratamiento está obligado a aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar y poder demostrar que el tratamiento lo realiza de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento.
- x. El encargado del tratamiento tratará los datos siguiendo las instrucciones documentadas del responsable; además deberá ofrecer garantías suficientes para aplicar medidas técnicas y organizativas apropiadas, de manera que el tratamiento no vulnere los derechos del interesado.

De manera especial debemos resaltar que el artículo 82 de este Reglamento consagra a favor de las personas que sufran un daño como consecuencia de una infracción de la normativa sobre protección de datos, una acción indemnizatoria frente al Responsable o Encargado:

“1. Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. 2. Cualquier responsable que participe en la operación de tratamiento responderá de los daños y perjuicios causados en caso de que dicha operación no cumpla lo dispuesto por el presente Reglamento. Un encargado únicamente responderá de los daños y perjuicios causados por el tratamiento cuando no haya cumplido con las obligaciones del presente Reglamento dirigidas específicamente a los encargados o haya actuado al margen o en contra de las instrucciones legales del responsable. 3. El responsable o encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios. 4. Cuando más de un responsable o encargado del tratamiento, o un responsable y un encargado hayan participado en la misma operación de tratamiento y sean, con arreglo a los apartados 2 y 3, responsables de cualquier daño o perjuicio causado por dicho tratamiento, cada responsable o encargado será considerado responsable de todos los daños y perjuicios, a fin de garantizar la indemnización efectiva del interesado. 5. Cuando, de conformidad con el apartado 4, un responsable o encargado del tratamiento haya pagado una indemnización total por el perjuicio ocasionado, dicho responsable o encargado tendrá derecho a reclamar a los demás responsables o encargados que hayan participado en esa misma operación de tratamiento la parte de la indemnización correspondiente a su parte de responsabilidad por los daños y perjuicios causados, de conformidad con las condiciones fijadas en el apartado 2. 6. Las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el artículo 79, apartado 2”.

De modo que, el RGPD, contiene un régimen de responsabilidad de aplicación directa en todos los países de la UE y sustituyó la aplicación de las diferentes fuentes legales nacionales que, al implementar la Directiva 95/46/CE, habían reconocido un derecho a

ser compensado por los daños derivados de infracciones de la normativa sobre protección de datos.

Para que prospere la acción de responsabilidad civil, el reclamante habrá de acreditar que concurren los elementos siguientes: i) la condición de responsable o encargado del tratamiento del reclamado; ii) una infracción de la normativa sobre protección de datos personales prevista en el RGPD; iii) los daños y perjuicios sufridos; y una relación de causalidad entre infracción y resultado dañoso.⁸¹

Ahora bien, dicha normatividad hace una referencia general a los daños y perjuicios sufridos, por lo que podrá reclamarse el resarcimiento tanto de los materiales como de los inmateriales.

Al igual que en Colombia, en la Unión Europea la regulación legal de las bases de datos surge frente a la necesidad de los ciudadanos de protegerse de los potenciales peligros que entraña el tratamiento de sus datos personales por parte de entidades estatales y particulares.

El contenido del derecho a proteger los propios datos, tanto en la Unión Europea como en Colombia es muy similar, pues en ambos ordenamientos se consagran a favor de la persona entre otras, las facultades de acceso, rectificación, supresión y caducidad o “derecho al olvido”

Sin embargo, como ya hemos indicado, nuestro ordenamiento no consagra una acción especial de responsabilidad civil por daños y perjuicios derivados del tratamiento abusivo de información personal, como si lo hizo el artículo 82 del GDPR.

⁸¹ RUBÍ Puig, Antoni, *Daños por infracción del derecho a la protección de datos. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD*, en revista de derecho civil, Vol V, N° 4, 2018.

De todos modos, es notable el esfuerzo de la Comunidad Europea para que la legislación en la materia responda a los retos cada vez más complejos que ha impuesto la informática, cuyo impacto recae principalmente en los derechos fundamentales.

2.2.4 Algunos pronunciamientos jurisprudenciales en relación con el tratamiento abusivo de información personal.

2.2.4.1 La sentencia proferida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania el 15 de diciembre de 1983.

No podemos hacer una referencia a las decisiones jurisprudenciales que se han producido en Europa sobre tratamiento indebido de datos personales, sin hacer mención a la sentencia del 15 de diciembre de 1983 proferida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, que se constituye hoy día, en un referente imprescindible en razón a los postulados que allí se incorporaron, y debido a la influencia que ellos han tenido tanto en la regulación europea como en la colombiana sobre protección de datos.

La sentencia en comentario⁸², declara la inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley del Censo, de 31 de marzo de 1982, la cual imponía a los ciudadanos la obligación de responder un detallado cuestionario con preguntas sobre distintos ámbitos de su vida personal, bajo la amenaza de una fuerte sanción pecuniaria en caso de negarse a responder.

En contra de dicha ley se interpuso un recurso de amparo constitucional, fundado en que diversos preceptos de la Ley del Censo violaban los derechos al libre desenvolvimiento de la personalidad y a la dignidad humana, a la libertad de expresión, y planteaba problemas en sus garantías procesales, derechos consagrados en los artículos 1, 2, 5 y 19, de la Ley Fundamental de Bonn.

⁸² Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038

En efecto, el Tribunal para resolver el caso toma como punto de partida el derecho general de la personalidad y la dignidad humana consagrados en el ordenamiento jurídico alemán, para seguidamente reconocer al individuo como un ser libre y autónomo, capaz de decidir con base en su autodeterminación qué aspectos de su vida quiere hacer públicos.

Para entonces el Tribunal Constitucional Federal Alemán ya comienza a evidenciar los riesgos a los que se encuentra expuesto el individuo con el tratamiento automatizado de su información personal, al respecto admite la posibilidad de que se archiven ilimitadamente datos personales; se integre información contenida en distintas bases de datos y se generen intromisiones indebidas en la vida de una persona. En ese orden de ideas, el Tribunal reconoce el poder de control que ejercen las tecnologías de la información sobre el individuo, y el derecho a la libre autodeterminación como el antídoto para contrarrestar sus efectos nocivos.⁸³

⁸³ (...) Esa facultad requiere de especiales medidas de protección, debido a las condiciones actuales y futuras del procesamiento automático de datos. Ella se encuentra en peligro debido especialmente a que en los procesos de decisión no se acude como antes a las actas y archivos elaborados en forma manual, sino que con la ayuda del procesamiento automático de datos se puede consultar información individual sobre las relaciones personales y materiales de una persona determinada o determinable (datos vinculados a la persona [véase § 2, párrafo 1 bdSG]), que ha sido archivada en forma ilimitada desde el punto de vista técnico, y que se puede revisar en segundos sin tener en cuenta las distancias. Además – especialmente en el caso de la estructuración de sistemas de información integrados con otras bases de datos– pueden generar una imagen más o menos completa de la personalidad, sin que el implicado pueda controlar suficientemente su exactitud y la utilización de la misma. Con ello, las posibilidades de inspeccionar e injerir en la vida de los individuos se han ampliado en una forma hasta antes desconocida; así, la presión psicológica que ejerce el escrutinio público puede influir de manera determinante en el comportamiento de los individuos. La autodeterminación individual presupone –también bajo las condiciones de la moderna tecnología para el procesamiento de información– que a los individuos se les dé libertad para decidir sobre qué actividades emprender y cuáles omitir, incluyendo la posibilidad de comportarse efectivamente de conformidad con esa decisión. Quien no pueda estimar con suficiente seguridad, qué informaciones sobre sí mismo son conocidas en determinadas esferas de su medio social, y quien no pueda de algún modo valorar el conocimiento previo que los posibles interlocutores tienen de uno mismo, puede verse restringido esencialmente en su libertad para planear o decidir con base en su propia autodeterminación. un ordenamiento social y un orden legal en el que los ciudadanos no pudieran conocer quiénes, cuándo y en qué circunstancias saben qué sobre ellos, serían incompatibles con el derecho a la autodeterminación de la información (...)” *Ibidem*.

Esta decisión también reconoce al individuo como un ser social, y basada en esa premisa establece el derecho a la información y la prevalencia del interés general como límites a su libre autodeterminación.

No obstante, el Tribunal considera que las restricciones a este derecho sólo se admitirán

“cuando existe claridad sobre la finalidad para la que se recauda la información y sobre las posibilidades que existen de utilizarla y relacionarla.” En consecuencia, se insta al legislador para que precise la finalidad, necesidad y proporcionalidad con las que podrá exigirse a un individuo proporcionar información personal. *“De ahí que la recolección de datos en forma no anónima, acopiados con finalidades indeterminadas o no determinables, sea inadmisibles.”*

Para proteger la libertad de autodeterminación, en la sentencia también se hace manifiesta la necesidad de regular procedimientos que consagren el deber de aclarar y eliminar información contenida en bases de datos, así como facilitar al titular el acceso a aquella que le concierna.

Ya descendiendo al análisis del caso concreto, el Tribunal aclara que en la recolección de datos estadísticos no es factible precisar previamente la finalidad para cual serán empleados, **circunstancia que engendra una tendencia al peligro**, por tanto para la protección del derecho a la autodeterminación deberán preferirse mecanismos que permitan que los datos individuales recogidos se mantengan en estricto secreto, mientras exista o se pueda mantener una relación con su titular, adoptarse medidas que faciliten el anonimato e impidan su levantamiento. Solo bajo estos requisitos se permite que los ciudadanos suministren la información personal que les ha sido exigida en forma obligatoria.⁸⁴

⁸⁴ Cfr. Op. Cit.

Es muy importante resaltar que éste fallo inspiró en Colombia la emblemática sentencia T-414 de 1992, y constituye un precedente de la mayor relevancia, pues fijó en Colombia y en Europa la concepción de que existe un derecho a la autodeterminación informática como contrapeso al poder de control ejercido por las tecnologías de la información, e identificó algunas utilidades abusivas de la información personal.

De igual modo, llama nuestra atención como desde esas calendas se evidenció la necesidad de establecer principios orientadores de la actividad de administración y procesamiento de datos personales, los que conjuntamente con las facultades que otorga al individuo la libre autodeterminación informática, buscan impedir el tratamiento ilegítimo de la información y prevenir los daños que de allí se deriven.

2.2.4.2 Algunas decisiones proferidas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- El caso *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros*⁸⁵.

En esta ocasión el TJUE trató dos asuntos acumulados. El primero planteado ante el Tribunal Superior de Irlanda, que conocía de un litigio entre la sociedad Digital Rights y las autoridades irlandesas referentes a la legalidad de unas medidas nacionales sobre conservación de datos relativos a comunicaciones electrónicas; y el otro, conocido por el Tribunal Constitucional de Austria, ante quien se habían planteado varios recursos de inconstitucionalidad en los que se solicitaba la anulación de la disposición nacional de transposición de la Directiva 2006/24/CE.

Ambos Tribunales en sus peticiones de decisión prejudicial, preguntaron al TJUE sobre la validez de la Directiva 2006/24/CE relacionada con la conservación de datos, frente a los artículos 7, 8 y 11 de la Carta de Derechos Fundamentales, en los que se consagra el respeto a la vida privada y familiar, la protección de los datos de carácter personal la

⁸⁵ Sentencia de 8 de abril de 2014 (Gran Sala), *Digital Rights Ireland y Seitlinger y otros* (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2014). Tomado de: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

libertad de expresión y de información. Concretamente, si la obligación de conservar durante un determinado tiempo ciertos datos relativos a la vida privada de las personas y a sus comunicaciones y de permitir que accedieran a ellos algunas autoridades nacionales competentes, suponía una injerencia injustificada en los ya mencionados derechos fundamentales.

Debe resaltarse que los datos objeto de conservación, eran aquellos mediante los cuales se podía rastrear e identificar el origen de una comunicación y su destino, la fecha, hora y duración, el equipo de comunicación de los usuarios, la localización del equipo de comunicación móvil, datos entre los que figuraban el nombre, la dirección del abonado o usuario registrado, los números de teléfono de origen y destino y la dirección IP para los servicios de internet.

Para el TJUE, estos datos considerados en su conjunto, podían proporcionar indicaciones muy precisas sobre la vida privada de las personas, como los hábitos de la vida cotidiana, los lugares de residencia permanente o temporal, los desplazamientos diarios u otros, las actividades realizadas, las relaciones sociales y los medios sociales frecuentados. Por ello, el TJUE concluyó que la Directiva 2006/24/CE se inmiscuía de manera especialmente grave en los derechos fundamentales al respeto a la privacidad y a la protección de datos de carácter personal y podía generar en las personas afectadas el sentimiento de que su vida privada era objeto de una vigilancia constante.

Se trataba de una injerencia de gran magnitud y especial afectación de los derechos fundamentales, sin que las disposiciones cuestionadas garantizaran que la injerencia se limitara a lo estrictamente necesario (apartado 65). En efecto la Directiva se aplicaba de manera generalizada a todas las personas y a todos los medios de comunicación electrónica y datos relativos al tráfico, sin establecer diferenciación, limitación, o excepción alguna en función del objetivo que era la lucha contra la delincuencia.

Aunado a lo anterior, la Directiva 2006/24/CE. no establecía ningún criterio objetivo que permitiera garantizar que las autoridades accedían a esos datos, los utilizaran

exclusivamente para prevenir, detectar, o perseguir penalmente las infracciones que pudieran considerarse suficientemente graves para justificar tal injerencia.

Finalmente el TJUE afirmó que la Directiva 2006/24/CE tampoco establecía garantías suficientes que permitieran proteger de manera eficaz los datos contra los riesgos de abuso y contra cualquier acceso o utilización ilícita de los mismos.

Ésta sentencia es un claro ejemplo de cómo las modernas tecnologías hacen factible el acceso a todo tipo de información relativa a un individuo, cuestión altamente peligrosa si no se establecen las regulaciones y restricciones precisas, pues su uso indiscriminado e ilimitado podría lesionar derechos de la personalidad como lo indica el TJUE, la vida privada y el derecho fundamental de toda persona a controlar los datos que le conciernen, aunado a las consecuencias negativas que pueda desencadenar la vulneración.

- El caso de Google Spain y Google⁸⁶.

La controversia allí suscitada giró en torno a la reclamación que interpuso un ciudadano español contra la casa editorial del diario español La Vanguardia, así como contra Google Spain y Google.

El reclamante argumentó que cuando un internauta introducía el nombre de él en el buscador de Google, la lista de resultados contenía enlaces hacia dos páginas del diario La Vanguardia de 1998 que anunciaba una subasta inmobiliaria organizada a raíz de un embargo por deudas del reclamante, por lo cual, solicitaba exigir a dicho diario eliminar o modificar la publicación para que no figuraran sus datos personales, o utilizar herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para protegerlos. También

⁸⁶ Sentencia de 13 de mayo de 2014 (Gran Sala), Google Spain y Google (C-131/12,EU:C:2014:317) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019). Recuperado de: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

solicitó a Google Spain o a Google eliminar sus datos para que no aparecieran en los resultados de búsqueda ni enlaces de La Vanguardia.

La controversia llega ante el TJUE, quien precisó que, la actividad de un motor de búsqueda, que consiste en hallar información publicada o puesta en internet por terceros, indexarlas de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado, debe calificarse como “tratamiento de datos personales” cuando esa información contiene datos personales (punto 1 del fallo).

De otra parte, el TJUE se pronuncia sobre la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda, y al respecto indica que éste, como sujeto que determina los fines y los medios de la actividad de búsqueda, debe garantizar que, al llevarse a cabo, se satisfagan las exigencias de la Directiva 95/46, de modo que se garantice una protección eficaz y completa del derecho al respeto a la vida privada de los titulares de la información. Cabe resaltar que este punto, el TJUE también valora el interés económico con que los motores de búsqueda ejercen su actividad.

El TJUE pone de presente que el tratamiento realizado por los motores de búsqueda, puede afectar significativamente los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda se hace a partir del nombre de una persona física, en la medida que permite obtener, mediante la lista de resultados, una visión estructurada de la información referida a una persona y llevar a cabo perfiles de los sujetos.

De otra parte se analiza si la Directiva 95/46 CE permite que el interesado solicite que los enlaces de las páginas web se supriman de una lista de resultados, por la razón de que desea que los datos sobre su persona sean “olvidados” después de un cierto tiempo, el TJUE señala en primer lugar que, incluso un tratamiento inicialmente lícito de datos puede devenir, con el tiempo, incompatible con dicha Directiva cuando esos datos sean

ya para el momento de la solicitud innecesarios, impertinente o excesivos en relación con los fines para los que se recogieron o trataron (apartado 93). De ese modo, en el evento en que se verifiquen esos supuestos, la información y los vínculos que figuren en la lista deben eliminarse.

Adicionalmente el TJUE precisa que la constatación de que el interesado tiene derecho a que la información relativa a él deje de estar vinculada a su nombre por una lista de resultados, no presupone que la inclusión de tal información en la lista de resultados cause un perjuicio al interesado. (apartado 96 y punto 4 del fallo)

Este fallo podríamos decir que ha sido revolucionario en Europa, en tanto a partir del mismo se establece una nueva facultad del individuo respecto de sus datos personales, “el derecho al olvido”. Podríamos también afirmar que ese “derecho al olvido” encuentra su equivalente en el Colombia con el principio de caducidad de los datos establecido por la Corte Constitucional desde la sentencia T-414 de 1992,⁸⁷ y ha sido también incorporado por el legislador colombiano en las regulaciones correspondientes⁸⁸.

De otra parte, llama nuestra atención el hecho de que el TJUE haya radicado en el gestor del motor de búsqueda la responsabilidad de eliminar datos personales de un individuo, atendiendo al beneficio económico que obtiene por realizar tratamiento de

⁸⁷ “El encarcelamiento del alma en la sociedad contemporánea, dominada por la imagen, la información y el conocimiento, ha demostrado ser un mecanismo más expedito para el control social que el tradicional encarcelamiento del cuerpo. Por eso vale la pena preguntarse si estos dos tipos de encarcelamiento se ejercen de manera discriminada y estratégica en Colombia como mecanismo de control frente a dos sectores de población diferente a saber: la cárcel tradicional para la clase marginada del circuito económico y comercial y la cárcel del espíritu contra los demás violadores de las reglas disciplinarias impuestas por dicho circuito. Los datos tienen por su naturaleza misma una vigencia limitada en el tiempo la cual impone a los responsables o administradores de bancos de datos la obligación ineludible de una permanente actualización a fin de no poner en circulación perfiles de "personas virtuales" que afecten negativamente a sus titulares, vale decir, a las personas reales. De otra parte, es bien sabido que las sanciones o informaciones negativas acerca de una persona no tienen vocación de perennidad y, en consecuencia después de algún tiempo tales personas son titulares de un verdadero derecho al olvido.” Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita.

⁸⁸ Ley 1581 de 2012 y Ley 1266 de 2008.

dicha información, puesto que lleva a cuestionarlos si éste criterio podría ser considerado por un juez al momento de graduar el *quantum* de la reparación por daños generados por el abuso del poder informático. Pero preferimos dejar la correspondiente respuesta para el tercer capítulo de este trabajo.

3. EL OBJETO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Podemos decir que en el tratamiento de datos personales, los datos son el instrumento utilizado por excelencia para lesionar bienes materiales e inmateriales de una persona, por ello, podría pensarse que son los datos personales el objeto de protección del derecho a la autodeterminación informativa.

También, de una elemental lectura del artículo 15 del texto constitucional colombiano y del artículo 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, podría concluirse que son los datos personales el objeto de protección de ese derecho, pues las facultades de control que allí se confieren al individuo (conocer, actualizar y rectificar, etc.), se ejercen sobre la información personal de la que sea titular un individuo.

No obstante, compartimos la claridad que hace REMOLINA⁸⁹ en el sentido que, el objeto del derecho a la protección de datos personales no son los datos personales, sino las personas que se encuentran en riesgo de sufrir daños en razón a la multiplicidad de operaciones que se pueden realizar con su información.

3.1 CONCEPTO DE DATO PERSONAL

⁸⁹Cfr. REMOLINA Op. Cit, p. 40.

La doctrina ha sostenido, podría decirse que de manera unánime, que el dato personal es cualquier información concerniente a una persona⁹⁰.

Tanto las Leyes colombianas 1266 de 2008⁹¹ y 1581 de 2012⁹², como el artículo 4 del Reglamento General Sobre Protección de Datos (679/2016 – GDPR) en la Unión Europea, se refieren a los datos personales como cualquier información vinculada a una persona determinada o determinable. Consideramos de igual manera que ambos ordenamientos contemplan la posibilidad de que la persona titular de la información sea natural o jurídica.

En lo que a la jurisprudencia colombiana respecta podemos señalar que, en la sentencia T-729 de 2002⁹³ la Corte Constitucional, tomando pie en la T-414 de 1992⁹⁴, redefine el concepto de dato personal y algunas de sus características: **(i)** está referido a aspectos exclusivos y propios de una persona natural; **(ii)** permitir identificar a la persona, en mayor o menor medida, gracias a la visión de conjunto que se logre con el mismo y con otros datos; **(iii)** su propiedad reside exclusivamente en el titular del mismo, situación que no se altera por su obtención por parte de un tercero de manera lícita o ilícita, y **(iv)** su tratamiento está sometido a reglas especiales (principios) en lo relativo a su captación, administración y divulgación.”

De igual modo se ha sostenido que, la gama de información que se puede producir acerca de una persona es diversa. Está relacionada con transacciones financieras, el consumo, la situación familiar, la solvencia económica, las creencias religiosas, la salud, los procesos y condenas criminales, la raza, la profesión u oficio, los títulos y grados académicos, el comportamiento sexual, el salario, las ideas políticas, los bienes,

⁹⁰ MIGUEL, Julio. *Protección de datos y seguridad de la información. Guía práctica para ciudadanos y empresas*. Madrid: Ra-Ma, 2015, p. 21. En similar sentido REMOLINA, Op. Cit, p.133.

⁹¹ Cfr. Ley 1266 de 2008. Artículo 3, literal e)

⁹² Cfr. Ley 1581 de 2012. Artículo 3, literal c)

⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-729 de 2002 M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

la familia o los datos de contacto (teléfono, dirección física o electrónica, etc.)⁹⁵
También deben de considerarse allí incluidos la imagen, la voz y los datos biométricos.

En ese orden de ideas, la variedad de información que puede producirse en relación con una persona, aunada a la cantidad inimaginable de operaciones que con ella se pueden realizar (transferirla, cruzarla, analizarla, modificarla etc.), eleva la probabilidad de lesionar derechos e intereses del titular.

⁹⁵Cfr. REMOLINA, Op. Cit, p. 133.

4. EL USO ABUSIVO DE INFORMACIÓN PERSONAL Y EL DAÑO

4.1 EL USO ABUSIVO DE INFORMACIÓN PERSONAL COMO HECHO GENERADOR DE DAÑO

Hemos visto como, el reconocimiento en los ordenamientos jurídicos del derecho del individuo a controlar su propia información, ha respondido a una necesidad de protección frente a un comportamiento social potencialmente dañino, el abuso del “poder informático”⁹⁶, que facilita la manipulación y uso indiscriminado e ilegítimo de la información personal perteneciente a un individuo.

De ese modo, las facultades de autorizar el tratamiento de datos personales, actualizarlos, rectificarlos, incluirlos, excluirlos, eliminarlos, la garantía del “derecho al olvido” y la obligatoria observancia de los principios por parte de quien los utiliza, tiene como finalidad evitar o prevenir el uso “abusivo, desproporcionado o contrario a derecho”⁹⁷ de éste tipo de información.

En razón a ello, la restricción ilegítima de esas facultades, y/o el incumplimiento injustificado de cualquiera de los principios reguladores, constituyen un tratamiento abusivo de información personal, a partir del cual se generan daños para el titular de la información.

Ese tratamiento ilegítimo de información personal, comprende innumerables prácticas o comportamientos que han sido identificadas desde tiempos remotos. En efecto Warren y Brandeis en “*The Right to Privacy*”, denunciaron como abusiva e ilegítima la publicidad indeseada sobre asuntos que el individuo preferiría mantener reservados, la invasión de la prensa, y en general, toda intromisión de terceros en ámbitos de la vida privada mediante el uso de modernos aparatos tecnológicos.

⁹⁶ Cfr. Op. Cit, p. 79.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-987 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

El Tribunal Constitucional Federal de Alemania, hizo lo propio en su destacada sentencia del 15 de diciembre de 1983, cuando admitió la posibilidad de que se generen riesgos para el individuo a partir de la integración de información contenida en distintas bases de datos, o lo que comúnmente conocemos como conformación de perfiles virtuales.

En lo que respecta a nuestra Corte Constitucional, esta ha señalado por ejemplo, que la falta de verificación de los datos por parte del Responsable del tratamiento, es una conducta que desconoce que su contenido debe ser completo, exacto y actualizado, en consecuencia, vulnera el derecho al *habeas data*.⁹⁸

Se han identificado una diversidad de prácticas ilegítimas o indebidas en el tratamiento de datos personales, entre ellas, a modo enunciativo más no exhaustivo, destacamos las siguientes:⁹⁹

- Manipulación de información, registro de datos incompletos y falta de actualización de los mismos¹⁰⁰.
- Cruce de datos, divulgación indiscriminada de información¹⁰¹ y bases de datos secretas.
- Registro de información exclusivamente desfavorable¹⁰².
- Suministro de información incorrecta, falsa o errónea.

⁹⁸ “En el caso concreto, para la Corte, el órgano de control vulneró el derecho de habeas data de un ciudadano y los principios de certeza y transparencia, porque a pesar de que este presentó una solicitud para que se excluyera un dato que consideraba errado, la entidad omitió verificar si correspondía a la realidad.” Corte Constitucional, sentencia T-036 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁹⁹ Cfr. REMOLINA, Op. Cit, p. 79; PEÑA, Daniel, Op. Cit, p. 50; ORTEGA, Alfonso. *Derecho y redes sociales*, Navarra: Aranzandi, 2013, p.335.

¹⁰⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-814 de 2002, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰¹ “Según la Corte, “de acuerdo con el principio de individualidad, los operadores deben mantener separadas las bases de datos que se encuentren bajo su administración, de manera que ésta prohibida la conducta que tenga por objeto facilitar el cruce de datos a partir de la acumulación de informaciones provenientes de diferentes bases de datos.”. Corte Constitucional, sentencia C- 1011 de 2008.

¹⁰² Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-987 de 2012.

- Recopilación de datos sin autorización y su posterior utilización indebida¹⁰³.
- La recopilación de información personal sin que se establezca el objetivo de su incorporación a la base de datos¹⁰⁴.
- La recopilación, procesamiento y divulgación de información personal para un propósito diferente al inicialmente previsto y autorizado por el titular del dato¹⁰⁵.
- El cruce de datos de diferentes bases y la conformación de perfiles¹⁰⁶.
- La instalación y uso de cookies sin conocimiento del usuario¹⁰⁷.

En ese orden de ideas, el abuso del poder informático constituye el hecho generador de daños, y puede surgir de acciones u omisiones ilegítimas de quien utilice o trate la información personal.

4.2 LOS DAÑOS OCASIONADOS POR EL TRATAMIENTO ILEGÍTIMO DE INFORMACIÓN PERSONAL O ABUSO DEL PODER INFORMÁTICO

¹⁰³ Ejemplo de ello es el caso de Facebook y Cambridge Analytica. En efecto, la consultora británica Cambridge Analytica recolectó más de 50 millones de perfiles personales en Facebook, y su respectiva información, sin autorización de las personas titulares de dichos perfiles, o excediendo la autorización que ellas hubieran brindado, para fines ocultos. Tal infracción le permitió a la consultora explotar la actividad social en redes de una gran franja de electores norteamericanos, y de esa manera desarrollar métodos efectivos de cara a la carrera presidencial de Donald Trump, en el 2016. Se ha sostenido que, Cambridge Analytica recolectó los datos a través de la aplicación “this is your digital life”. La aplicación les ofrecía a usuarios de Facebook entre USD\$2 y USD\$5 a cambio de contestar una encuesta sobre sus intereses políticos, su personalidad, y permitir el acceso a información de contactos y perfil en la red social; el resultado final: al menos 270 mil personas accedieron a contestar la encuesta, pero la información social, y perfiles personales, de todos sus contactos –a lo sumo, 50 millones de personas– también pasaron a manos de la consultora británica, sin que estas personas supieran que su información estaba siendo recolectada. MACÍAS, Álvaro, *Facebook y Cambridge Analytica: La polémica filtración de datos personales de los usuarios*, boletín de propiedad intelectual, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2018.

¹⁰⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1011 de 2008 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ En el año 2009 la prensa europea hizo pública la financiación por parte de la Unión Europea del proyecto de investigación “INDECT”, que básicamente integraría distintas fuentes de datos, desde las cámaras de videovigilancia hasta información recopilada por internet, y la procesaría con sistemas inteligentes de *data mining* para describir comportamientos sospechosos. NIETO, Adán; MAROTO, Manuel. *Derecho y redes sociales*, Navarra: Aranzandi, 2013, p.437.

¹⁰⁷ “Las cookies son pequeños ficheros de datos que se generan a través de las instrucciones que los servidores web envían a los programas navegadores y que se guardan en el disco duro del usuario, de manera que ha sido usado como un medio para lograr información para el administrador de un servidor.” PEÑA, Daniel, Op. Cit, p. 35.

Como punto de partida consideramos pertinente traer a colación la noción de daño desde la óptica de la responsabilidad civil. En ese sentido podemos entender el daño como la lesión a un interés jurídicamente protegido por un ordenamiento jurídico. Pero somos partidarios de que en el marco de la función reparadora de la responsabilidad civil, es necesario ligar esa lesión a una consecuencia, reflejada en la pérdida patrimonial, ganancia frustrada, sufrimiento moral padecido, es decir un perjuicio, pues en su ausencia no nacerá obligación reparadora alguna¹⁰⁸.

En sentido similar la profesora M'CAUSLAND¹⁰⁹ sostiene que, el daño resarcible “está constituido por las consecuencias de la lesión a un interés legítimo, y, en ningún caso, por la lesión misma.”

Hecha la anterior precisión, pasamos a revisar qué tipo de daños emergen del tratamiento abusivo de información personal y sin lugar a dudas, es amplia la gama de bienes y derechos que pueden resultar lesionados. Así por ejemplo, la inclusión indebida en bases de datos de morosos; la infracción del derecho al olvido digital; la inclusión errada de datos personales en bases de datos policiales o judiciales, la creación de perfiles virtuales o la revelación de creencias políticas o religiosas, entre otras, son conductas que pueden causar pérdidas económicas y lesionar intereses jurídicamente protegidos como la intimidad, la dignidad humana, el debido proceso, la autodeterminación informática, el buen nombre, generando secuelas como angustia, zozobra, desesperación, tristeza y en general, un detrimento en la esfera interna del individuo.

Así las cosas, es posible que a consecuencia de una revelación ilícita de datos bancarios, un tercero pueda aprovecharse de ellos para realizar gastos a nombre del afectado.

¹⁰⁸ Cfr. VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y el incumplimiento contractual*, Bogotá, 2015, p. 107.

¹⁰⁹ M'CAUSLAND, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p.166.

De igual modo, el reporte negativo injustificado de una persona en una base de datos, puede impedir que ésta acceda a un crédito o a la contratación de determinados servicios o productos; asimismo la demora en la corrección o actualización de datos incorrectos puede frustrar la realización de un negocio.

Tanto la jurisprudencia nacional como la extranjera, han reconocido daños patrimoniales y extrapatrimoniales derivados del uso indebido de datos personales. Así por ejemplo:

La Corte Constitucional en sentencia T- 414 de 1992¹¹⁰ estableció que, la negativa injustificada de la Asociación Bancaria de retirar al actor de la lista de deudores morosos, constituyó el comportamiento lesivo que en ese caso particular determinó una vulneración en derechos de su personalidad como la intimidad, la libertad personal y la dignidad humana, así como intereses de contenido económico, representados en las erogaciones y gastos en que incurrió el actor como consecuencia del proceder ilegítimo de la accionada.

Esa misma Corporación en sentencia T- 987 de 2012¹¹¹ admitió que, la inclusión del actor en una “lista de viajeros no conformes”, así como el uso que la aerolínea accionada hizo de la autorización otorgada por aquel para finalidades distintas a las inicialmente previstas, constituyeron las conductas abusivas ejecutadas por la

¹¹⁰ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T- 414 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón. Los supuestos facticos de esta sentencia dan cuenta que, el actor figura en el banco de datos de la Asociación Bancaria como deudor moroso de una entidad financiera, pese a que cuatro años antes se había proferido una sentencia que declaró extinguida su obligación por prescripción, y de haber solicitado en dos ocasiones a ambas entidades el retiro del dato negativo.

¹¹¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T- 987 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Los hechos que motivaron la interposición de la acción de tutela dan cuenta que, el actor era usuario frecuente de una aerolínea, pero debido a un altercado de éste con empleados de esa empresa, fue incluido por esta en una lista de “viajeros no conformes”, lo que implicaba que dicha compañía se abstendría de transportarlo por un periodo de un año, vencido el cual, podría volver a prestar el servicio previa solicitud y con el condicionamiento de firmar un compromiso de no volver a incurrir en las conductas que dieron lugar a la medida.

compañía aérea que de manera idónea, condujeron a causar daño al actor en sus derechos fundamentales al debido proceso y al *hábeas data*¹¹².

De igual modo la sentencia T-634 de 2013 de la Corte Constitucional¹¹³, da cuenta que, la situación que determinó la lesión en los derechos de la accionante a la propia imagen, el buen nombre, la honra y la intimidad fue la publicación por parte de la empresa accionada, de un dato personal de aquella (su propia imagen) en una red social sin su consentimiento, así como la renuencia a retirarlo.

Por su parte, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de agosto de 2014¹¹⁴, reconoció el daño al buen nombre de los allí demandantes, que tuvo como causa determinante el reporte injustificado que una entidad bancaria había realizado a las centrales de información; de igual modo admitió la configuración de un detrimento moral ocasionado de manera idónea por las constantes zozobras y angustias a las que fueron sometidos los demandantes con el cobro frecuente que les realizaba el banco respecto de una obligación inexistente.

¹¹² La Corte Constitucional encontró que, la decisión unilateral de la aerolínea de incluir al actor en una “lista de viajeros no conformes”, que en últimas constituía un registro de denegación de servicio, carecía de soporte normativo, pues no contaba con la potestad para hacer esa exclusión in genere. Para la Corte, esa circunstancia vulneraba el derecho al debido proceso, como el derecho de acceso a los servicios públicos esenciales. Además vulneraba el derecho al *hábeas data*, ya que contrariaba el principio de libertad y finalidad pues respecto del primero, “no solo no se contó con una autorización con esas condiciones,” sino que la aerolínea hizo uso arbitrario del permiso para la gestión de datos personales que el actor había dado para ingresar al programa de viajero frecuente de esa compañía y, en relación con el segundo, el propósito para el cual fueron recolectados los datos, esto es, crear una lista genérica de denegación de un servicio, no es acorde con el orden jurídico: Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-987 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹¹³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-634 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa. Los hechos de este fallo dan cuenta que, una empresa de masajes para la cual trabajó la accionante, se negaba a retirar de la red social Facebook y otros medios de publicidad varias fotografías de ésta en “*situaciones comprometedoras*”, que si bien autorizó cuando existió la relación laboral con fines publicitarios, ya no quería que continuaran circulando pues perjudicaban gravemente su vida íntima y social, ocasionándole controversias e inconvenientes personales y familiares, incluyendo “*comentarios ofensivos y denigrantes*”

¹¹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P. Ariel Salazar Ramírez. Rad: 2003-00660-01

Los jueces americanos, por su parte, han admitido que las violaciones a *the right to privacy* pueden generar consecuencias patrimoniales o extrapatrimoniales.

En *Housh v. Peth*,¹¹⁵ para el Tribunal de Apelaciones de Ohio, los incesantes hostigamientos maliciosos de un acreedor a sus deudores en el trabajo y en la casa a altas horas de la noche exigiendo el pago, así como la realización de llamadas a los superiores de los deudores para informarles de la deuda, constituyeron una invasión a la *privacy* de los aquellos, y les causaron sufrimientos morales y perturbaciones emocionales.

En *Vassiliades v. Garfinckel's*¹¹⁶, el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia estimó que la publicación en televisión por parte de un cirujano plástico de una imagen de antes y después del estiramiento facial de una paciente sin su consentimiento constituía una violación a la *privacy*, la cual produjo en la demandante daño emocional.

En lo que respecta al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, podemos mencionar el caso *Volker and Markus Schecke y Eifert*,¹¹⁷ en el cual ese alto tribunal estimó que la publicación en la página web oficial de una entidad estatal de datos personales de unos agricultores que habían sido beneficiados con unos fondos para el desarrollo rural y agrícola, por así disponerlo unos reglamentos que regulaban la financiación de la política agrícola, constituía, a causa del libre acceso de los terceros al sitio, **una lesión de sus derechos a la vida privada, en general, y a la protección de sus datos de carácter personal, en particular.**

¹¹⁵ Cfr. *Housh v. Peth*, 99 Ohio App. 485, 135 N.E.2d 440, 1955 Ohio App. LEXIS 642, 59 Ohio Op. 330 (Court of Appeals of Ohio, Second Appellate District, Montgomery County April 6, 1955, Decided). Retrieved. https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=case_s&id=urn:contentItem:3RRM-WH40-003C-63VP-00000-00&context=151683

¹¹⁶ Cfr. *Vassiliades v. Garfinckel's, Brooks Bros.*, 492 A.2d 580, 1985 D.C. App. LEXIS 387, 11 Media L. Rep. 2057 (District of Columbia Court of Appeals May 13, 1985, Decided). Retrieved from <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:3RRT-9FF0-003G-14CF-00000-00&context=1516831>.

¹¹⁷ Cfr. Sentencia de 9 de noviembre de 2010 (Gran Sala), *Volker und Markus Schecke y Eifert* (C-92/09 y C-93/09, EU: C: 2010:662). Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019). Recuperado de: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

Argumentó también que, para que una lesión de esos derechos pudiera considerarse justificada, era preciso establecerla por ley, respetar el contenido esencial de dichos derechos, así como el principio de proporcionalidad y necesidad, de modo que la restricción responda a objetivos de interés general reconocidos por la Unión, criterios estos que el TJUE no encontró verificados en este asunto por el Consejo y la Comisión.

En el contexto de una sociedad de la información irremediablemente invadida por la tecnología, esos daños inmateriales se agudizan, sobre todo porque internet facilita la conservación indefinida de información personal lesiva, ello se puso en evidencia en el caso de Google Spain y Google¹¹⁸, en el cual un ciudadano español solicitó exigir al diario “La Vanguardia” la eliminación o modificación de una publicación que lo asociaba con un embargo y una antigua deuda, o utilizar herramientas facilitadas por los motores de búsqueda para protegerlos; y a Google Spain o a Google eliminar sus datos para que no aparecieran en los resultados de búsqueda ni enlaces de La Vanguardia.

En esa ocasión el TJUE puso de presente que el tratamiento realizado por los motores de búsqueda, puede afectar significativamente los derechos fundamentales de respeto a la vida privada y de protección de datos personales cuando la búsqueda se hace a partir del nombre de una persona física, en la medida que permite obtener, mediante la lista de resultados, una visión estructurada de la información referida a una persona y llevar a cabo perfiles de los sujetos.

Puestas las cosas de ese modo, resulta bastante claro que, aunque el tratamiento o uso ilegítimo de los datos personales puede lesionar bienes de contenido económico, es innegable que el mayor impacto se genera en las esferas intrínsecas de la persona como en su honor, su reputación, sus afectos, sus sentimientos, sus convicciones, etc.

¹¹⁸ Cfr. Sentencia de 13 de Mayo de 2014 (Gran Sala), Google Spain y Google (C-131/12,EU:C:2014:317) Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CAPÍTULO SEGUNDO. CRITERIOS QUE SE HAN UTILIZADOS PARA REPARAR EL DAÑO A LA PERSONA

Verificada la obligación del ofensor de resarcir el daño que repercutió en los intereses extrapatrimoniales de la víctima, corresponde al juez entrar a valorar la extensión de ese daño, determinar el mecanismo de reparación que más convenga al caso particular y cuantificar el valor de la indemnización, en caso que opte por la reparación pecuniaria.

ALESSANDRI,¹¹⁹ en relación con la extensión de la reparación entiende que, “en principio la reparación debe ser completa, esto es, exactamente igual al daño causado; debe cubrirlo en su totalidad”, esto implica “restablecer en el patrimonio de la víctima el valor destruido por el hecho ilícito; esto se obtiene dándole el mismo valor.”

De lo antes dicho, el citado autor enuncia como consecuencias: el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho; la reparación comprende todo el perjuicio sufrido por la víctima que sea consecuencia del hecho ilícito; el monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.

En el caso objeto de estudio hemos comprendido que, el uso ilegítimo de la informática puede impactar negativamente no solo los intereses pecuniarios del titular de la información, sino sobre todo en sus derechos subjetivos, pero dada la naturaleza personalísima de estos derechos, es manifiesta la dificultad para lograr su medición o valoración a la hora de proceder a repararlos.

¹¹⁹ ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile: Universal, 1981, p. 545.

ORGAZ,¹²⁰ refiriéndose a los daños no patrimoniales ha visto “un grave error de enfoque en querer valorar de manera objetiva y generalizante, conductas que exigen una valoración subjetiva e individual.”; luego comenta: “Del hecho de que el juez no pueda reconocer una reparación exacta, no se puede concluir que no debe conceder ninguna reparación”. “En rigor, las estimaciones pecuniarias *exactas* – o las magnitudes comparables” –pueden obtenerse únicamente con respecto a las *cosas* (art. 2311), y a sus deterioros y mejoras, gobernadas por las leyes del mercado, no a los bienes propiamente personales (...)”

Al efecto el citado autor afirma que en ausencia de una unidad adecuada de medida para la estimación de daños no pecuniarios, los tribunales aplican una valoración prudente y equitativa, teniendo en consideración la manera de sentir y pensar común a los miembros de la colectividad en que actúan y a que pertenecen.

Así las cosas, la naturaleza de los bienes de la personalidad impide realizar una valoración precisa del detrimento que han sufrido, lo que no obsta para que el juez con apoyo en criterios de equidad los repare, no con la exactitud o equivalencia deseada, pero sí a modo de compensación.

Entonces, puestos en la tarea de encontrar criterios adecuados para reparar el daño a la persona, consideramos que por su profunda influencia en los ordenamientos jurídicos de tradición civilista como el nuestro, merece la pena comenzar por hacer una breve remisión a las instituciones del derecho romano y concretamente a la figura de la *iniuria*; posteriormente revisaremos los criterios de reparación a los que ha acudido el juez colombiano y aquellos aplicados en el derecho comparado.

¹²⁰ ORGAZ, Alfredo, *El daño resarcible*, Córdoba (Argentina): Lerner, 1980, p.202 y sgts.

1. LA INIURIA EN EL DERECHO ROMANO

En el derecho romano se estructuró el régimen de la *maleficia* o de los delitos privados, que comprendía aquellos actos jurídicos que lesionan intereses particulares. Su represión se circunscribía al ámbito privado, pues estaba a cargo de la misma víctima o su *gens*¹²¹.

SANCHEZ ¹²² alude a las institutas de Gayo para referir que una de las conductas que se consideraron *maleficia* o delitos privados era la *iniuria*, figura que “*estuvo sistemáticamente encuadrada durante el periodo clásico del derecho romano dentro del ámbito de la represión penal privada y comprendió todo tipo de lesiones irrogadas contra la persona libre, ya fuera contra su humanidad, su integridad física o contra su honor o su dignidad.*”

Señala el mentado autor que, mediante el ejercicio de la *actio iniuriarum aestimatoria* el ofendido podía obtener a su favor el pago de la pena privada con la que se reprimía la conducta del agente causante de la lesión u ofensa contra su honor o dignidad.

Esa condena se establecía con independencia de las consecuencias patrimoniales que la víctima hubiera padecido, y según lo que resultara bueno y equitativo, valorando en el caso de *iniuriae atrox* la calidad de la víctima, esto es, su importancia y honorabilidad, o los lazos de parentesco o potestad entre la víctima y el agente; el lugar en el que fue causada; y la magnitud de la lesión u ofensa, refiriéndose a las consecuencias que sobre el cuerpo del ofendido o sobre los demás intereses tutelados hubiere producido la conducta dañosa.

¹²¹ SANCHEZ, Luis Carlos. *Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona, a partir del estudio de la “iniuria” del derecho Romano clásico*, en revista de derecho privado: Universidad Externado de Colombia, N° 23, julio – diciembre de 2012, p.336.

¹²² *Ibidem*, p.337.

Ahora bien, en cuanto a la naturaleza de los intereses de la persona que fueron protegidos mediante la represión del delito de *iniuria*, SANCHEZ¹²³ hace referencia al D.9.3.726 que reporta una opinión de Gayo según la cual, no se los consideraba como pertenecientes al patrimonio de la víctima y por tanto no eran susceptibles de estimación alguna, dado que al hombre mismo y a su cuerpo no podía otorgárseles un valor de mercado, por lo que la condena en función de reparación era únicamente aquella que surgía por los daños patrimoniales.

En ese orden de ideas, se evidencia como desde el derecho romano se distinguió entre los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales derivados de la afrenta a intereses personalísimos del individuo, reconociéndose desde entonces el valor de la persona en sí misma y no únicamente por los bienes materiales que le pertenecían.

De igual modo encontramos que desde entonces se percibió la imposibilidad de atribuir un valor de cambio a los bienes de la personalidad, pero lo que nos resulta bastante interesante es que ante esa dificultad que impedía efectuar una reparación equivalente al daño sufrido, los romanos optaron por la condena pecuniaria fijada con base en la equidad.

En efecto, podría pensarse que la condena pecuniaria contribuiría a zanjar una controversia que en el derecho de daños siempre ha estado en boga, esto es, ¿cómo cuantificar lo incuantificable y otorgar a la víctima una reparación lo más “justa” posible? No obstante, optar por una condena pecuniaria no torna menos compleja la situación, si se tiene en cuenta que en nuestro contexto jurídico la responsabilidad civil tiene una finalidad esencialmente reparadora y no sancionatoria.

¹²³ Op. Cit.

2. REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA EN COLOMBIA

En Colombia, la función principal que se le ha atribuido a la responsabilidad civil es la de reparar el daño, de modo que se debe propender por restablecer a la víctima la situación en la que se encontraba antes del acaecimiento de este. En ese orden de ideas, la reparación tiene que ser integral, ese decir, se deben reparar todos los daños padecidos sin excesos ni defectos, pues como lo señala HENAO¹²⁴, "*si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la 'víctima'; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima*". Dicho en otros términos, el daño es la medida de la reparación.

Por lo anterior, una vez corroborada la configuración de todos los elementos de la responsabilidad civil, debe entrar a operar la reparación integral de las consecuencias derivadas del daño, ya sea que estas recaigan sobre bienes materiales, o inmateriales.

Sin embargo, bien conocida es la dificultad para aplica este principio¹²⁵ en lo que a los perjuicios inmateriales respecta, pues los bienes y derechos de la personalidad no tienen

¹²⁴ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 45.

¹²⁵ "Respecto de la reparación integral, es evidente que debemos ubicarnos en aquello que debe tratar de lograrse a pesar de su vaguedad. En efecto, siguiendo a DWORKIN, un principio es "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad (...)" "(...) la reparación integral actúa como un principio, pero no por ello deja de ser una base fundamental dentro de la responsabilidad civil. En todo caso, a pesar de no ser una regla es obligatorio para todos los jueces en sus decisiones buscar los mecanismos y medios adecuados para alcanzar el restablecimiento de los intereses afectados de las víctimas, tarea en la cual es imperativo hacer uso de todos los medios a su alcance, se trate de perjuicios materiales o inmateriales." SANDOVAL, Diego, "*Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*", Revista de derecho privado: Universidad Externado de Colombia, N° 25, julio - diciembre 2013, p. 235 a 271.

un valor de cambio que permita establecer con objetividad y precisión su extensión y el *quantum* por concepto de reparación¹²⁶.

En lo que a estos últimos respecta, pasamos enseguida a revisar cuáles son las categorías de perjuicio extrapatrimonial que ha creado la jurisprudencia en nuestro país, y más que nada, cuáles han sido los criterios a los que ha acudido para determinar la extensión del daño y su reparación.

2.1 TIPOLOGÍAS DE PERJUICIO EXTRAPATRIMONIAL ESTABLECIDAS POR LA JURISDICCIÓN CIVIL, Y CRITERIOS APLICADOS PARA CUANTIFICAR EL VALOR DE LA REPARACIÓN

Fue en la sentencia del 21 de julio de 1922 cuando la Corte Suprema de Justicia reconoció por primera vez un perjuicio extrapatrimonial¹²⁷.

En el caso allá controvertido, el demandante, León Villaveces, sufrió un perjuicio a causa de la extracción inconsulta de los restos mortales de su esposa. Entonces, con base en el artículo 2356 del Código Civil dijo la Corte:

“Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.” Este último artículo extiende la reparación a todo daño inferido a una persona por malicia o negligencia de otra, de manera que no puede limitarse su ordenamiento únicamente al daño patrimonial, o sea en lo que mira al derecho de propiedad respecto de los bienes pecuniarios, ya que ese derecho es sólo una parte del conjunto

¹²⁶ Juan Carlos Henao señala: “(...) la reparación de los derechos no pecuniarios puede revestir formas diferentes de la económica, advirtiendo que cuando se otorga una suma de dinero la misma no equivale al daño sufrido sino a su simple compensación.” Aunque la reparación de los daños a la persona se otorgue en dinero, no supone que dicha suma sea el “valor” del daño, por la sencilla razón de que no tiene un equivalente que permita su medición. en ese sentido, pues, es posible afirmar que la reparación de la lesión de derechos no pecuniarios, el juez dispone de un *arbitrium iudicis* que le permite postular nuevas y creativas maneras de reparar. Cfr. HENAO, Juan Carlos, “*Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*”, revista de derecho privado: Universidad Externado de Colombia, N° 28, enero - junio de 2015, p. 277 a 366.

¹²⁷ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 21 de julio de 1922.M.P. Tancredo Nannetti.

de los elementos que integran la persona humana como sujeto de derecho. Tanto se puede dañar a un individuo menoscabando su hacienda, como infligiéndole ofensa en su honra o en su dignidad personal o causándole dolor o molestia por obra de malicia o negligencia en el agente.”

Afirmó además, que la difícil cuantificación del daño inmaterial no excluye su reparación, por tanto en el caso concreto, con apoyo en un dictamen parcial estimó que el dolor sufrido por el señor Villaveces debía ser resarcido con un mausoleo. Además, para fijar el *quantum* valoró la intensidad del agravio, el gran valor afectivo que tenía por las cenizas de su esposa el demandante, así como la condición social de estos, y determinó que dicho monumento no podía tener un valor inferior a tres mil pesos (\$ 3.000).

Fue aquella la primera vez que la jurisprudencia colombiana recurrió a la equidad para determinar el *quantum* indemnizatorio, pues lo que allí hizo claramente fue evaluar las circunstancias particulares de ese caso concreto¹²⁸.

Desde entonces, el daño extrapatrimonial en la categoría de daño moral ha estado vigente en la jurisprudencia civil, pero no ha sido la única, pues existen otras, también de creación jurisprudencial.

Con la sentencia del 5 de agosto de 2014¹²⁹, la Sala Civil de la Corte al resolver un caso de incumplimiento contractual que involucraba un tratamiento abusivo de información crediticia de los allí demandantes, consolidó como especies de perjuicio no patrimonial, además del daño moral - el daño a la vida de relación, y a bienes jurídicos de especial protección constitucional como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre que tienen rango de derechos humanos fundamentales.

¹²⁸ Cfr. M'CAUSLAND, María Cecilia, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 409.

¹²⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 2003-00660-01.

En este fallo del año 2014, respecto a los criterios a tener en cuenta para valorar las consecuencias extrapatrimoniales del daño sostuvo la Corte: “*A diferencia de los perjuicios patrimoniales para cuyo cálculo existen en la mayoría de las ocasiones datos objetivos, el perjuicio extrapatrimonial ha estado y seguirá estando confiado al discreto arbitrio de los funcionarios judiciales.*” Y seguidamente afirmó: “*No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicios, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente estimación.*” (negrilla fuera del texto original)

A continuación, nos adentramos en revisar las principales características de cada una de las categorías de daño extrapatrimonial fijadas por la Sala Civil de la Corte Suprema, así como los criterios aplicados por ella para repararlas.

2.1.1 El daño moral

La Sala Civil de la Corte concibió en la sentencia del 5 de agosto de 2014 el daño moral como aquel “circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “*que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento moral, en el dolor que la persona a tiene que soportar por cierto evento dañoso.*” (Sentencia de Casación Civil del 18 de septiembre de 2009. Exp: 2005-406-01)¹³⁰

En dicha sentencia, la Corte Suprema admitió la configuración de un detrimento moral a favor de los demandantes, con ocasión del uso indebido por parte de un banco de información crediticia.

¹³⁰ Ibidem.

Así, la Corte basada en las reglas de la experiencia y la sana crítica, estimó como incontrovertible que las frecuentes llamadas y el envío de correspondencia por parte de un banco para reclamar el pago de una deuda inexistente, así como la amenaza de iniciar procesos judiciales en los que se podrían perder bienes patrimoniales, son situaciones que causan angustia, estrés, zozobra, intranquilidad, ansiedad, inquietud, aflicción y preocupación.

Luego, para determinar el valor de esos perjuicios morales, advirtió la imposibilidad de establecer parámetros generales aplicables en forma mecánica, siendo necesario estimarlos en cada caso concreto con apoyo en la equidad y la razonabilidad:

“(...) conviene reiterar que como hacen parte de la esfera íntima o fuero mental del sujeto damnificado, no son susceptibles de tasación por medio de pruebas científicas, técnicas o directas, toda vez que su esencia originaria y puramente espiritual obliga al juez a estimarlos, pues es por medio de la equidad y el derecho, más no del saber teórico o razón instrumental que pueden llegar a ser apreciados.

Bajo esos supuestos, por cuanto solo quién padece dolor subjetivo conoce la intensidad con que se produjo, tal sufrimiento no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más; no obstante, como tal daño no puede quedar sin resarcimiento por la trascendencia que tiene para el derecho, es el propio juez quien debe regularlos con sustento en su sano arbitrio, sustentado en criterios de equidad y razonabilidad (...)”

Seguidamente en el fallo se afirma:

“teniendo en cuenta la gravedad del perjuicio ocasionado, que se materializó en los frecuentes cobros que se hicieron a los actores de manera constante e insistente durante largo tiempo (...), lo cual significó una prolongación injustificada de la lesión, la Corte considera razonable fijar el monto del daño moral que se reclama, en la suma de \$ 10.000.000 para cada uno de los demandantes”

Varias observaciones podemos realizar al respecto: en primer lugar, a nuestro juicio, la Corte incurre en una imprecisión, pues el perjuicio moral se materializó en la zozobra

y angustia a que fueron sometidos los demandantes, como consecuencia de los frecuentes, insistentes y prolongados cobros que les hizo el banco con ocasión de una obligación que no tenían.

En segundo lugar, la gravedad del perjuicio se manifiesta en la duración e intensidad de la afectación, aspectos que entonces, está llamado a analizar el juez que acude a la equidad. En el caso concreto, ellas estuvieron determinadas por la constancia y frecuencia con que se realizaban las llamadas, cartas y amenazas a través de las cuales el banco pretendía obtener el pago de la deuda, por demás, inexistente.

Un tercer aspecto a resaltar es la forma en que la Corte Suprema prueba la existencia del perjuicio moral, recurriendo a la “*presunción judicial o de hombre*”, la cual construye de manera deductiva a partir de las reglas de la experiencia, de modo que, si se acreditan los hechos que según las reglas de la experiencia y la sana crítica constituyen una afectación a la esfera íntima de la persona, el juez reconocerá el perjuicio moral, siempre que éste no haya sido desvirtuado por otros medios de prueba¹³¹.

Así, la intangibilidad del perjuicio moral no exime a la parte demandante de probar los hechos que según las reglas de la experiencia dan lugar a presumirlo, ni al juez de declararlo, si lo encuentra demostrado. Y si bien esa presunción cobra fuerza con la ausencia de prueba en contrario, también puede ser reforzada su demostración con otros medios de prueba como el testimonio o la misma declaración de parte.

Por último, en lo que respecta al criterio utilizado para valorar esta clase de perjuicio, la Corte advierte sobre la “*imposibilidad de establecer parámetros generales aplicables*”, sin embargo, resulta pertinente mencionar que mediante sentencia del 19

¹³¹ *Ibidem.*

de diciembre de 2018¹³² la Corporación modificó su posición afirmando: “*a falta de normatividad explícita que determine la forma de cuantificar el daño moral, el precedente judicial del máximo órgano de la jurisdicción ordinaria tiene un cierto carácter vinculante, para cuya separación es menester que el juez ofrezca razones suficientes de su distanciamiento*”.

2.1.2 El daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional

El daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional, fue definido por la Sala Civil de la Corte en la sentencia del 5 de agosto de 2014 como “*el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por construir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual*”¹³³

Allí mismo, justifica la inclusión de esta nueva categoría de daño extrapatrimonial porque, el daño a este tipo de bienes personalísimos “*no encaja dentro de las categorías tradicionales en que sé que se subdivide el daño extrapatrimonial*” (que para ese momento eran el daño moral y el daño a la vida de relación), siendo ésta una categoría autónoma y necesaria dentro de la responsabilidad civil.

Según la Corte, el objeto de protección de esta nueva categoría no es “*cualquier interés personal*”, sino aquellos “*derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre*”, aclarando además que “*el daño debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil*”, quedando excluidas las simples molestias.

Además de lo antes dicho, precisó:

¹³² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 5690.

¹³³ *Ibidem*.

“(…) el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien de esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación.

Así por ejemplo, si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones, porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro. Lo mismo cabe predicar de aquel frente al daño moral o a la vida de relación cuando no aparezcan claramente diferenciados.

No obstante, es posible que el quebranto de los bienes superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio.”

En el caso concreto que se controvertió en ese fallo, la Corte Suprema admitió la configuración del daño al buen nombre de los demandantes, el cual tuvo como causa determinante el reporte injustificado que una entidad bancaria realizó a las centrales de riesgo. Así las cosas, para establecer el monto de la indemnización tuvo en cuenta *“las condiciones personales de la víctima, apreciadas según los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio, entre otras condiciones que el juez logre advertir para la determinación equitativa del monto del resarcimiento”* (Cursiva y negrilla fuera del texto original)

Adujo que el daño sufrido por los demandantes corresponde al menoscabo de un derecho superior; que el perjuicio se prolongó por más de cuatro años; que se trata de personas con estudios universitarios cuyo desenvolvimiento profesional y social depende, en gran parte, de su buen nombre, y que mantenían frecuentes relaciones comerciales con entidades crediticia y establecimientos de comercio ante los cuales su reputación financiera sufrió un grave deterioro. Por lo anterior, la Corte Suprema tasó

la indemnización del daño al buen nombre de cada uno de los demandantes en \$20.000.000.

Varias observaciones debemos hacer en torno a lo dicho por la Corte Suprema: En primer término, si el objeto de protección de la nueva categoría de perjuicio se enfoca en los *derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre*”, y el tratamiento abusivo de información personal recae siempre sobre estos y otros derechos fundamentales, es conclusivo que, cuando la lesión tenga como causa una conducta que constituya un tratamiento ilegítimo de datos, se deberá indemnizar el daño a bienes jurídicos de especial protección constitucional.

En lo que respecta a la exigencia de que el daño, además de comprometer directamente la dignidad humana sea de grave entidad o trascendencia, de modo que no sea insustancial o fútil, quedando excluidas las simples molestias, debemos decir que no es factible encontrar un derecho fundamental que no se funde en la dignidad del ser humano, siendo ésta una de las razones por la que gozan de un rango y una protección especial en los ordenamientos jurídicos. Por esa misma razón, estimamos que no cabe hacer esa diferenciación al momento de indemnizar, pues se relativizaría la protección de ésta clase de derechos, sin pasar por alto que, al impedir los nuevos términos de la Corte examinar las consecuencias de la lesión, será mucho más difícil establecer su gravedad o intrascendencia.

En tercer lugar, al sostener la Corporación que el daño a bienes de especial protección constitucional es susceptible de reparación siempre y cuando no genere consecuencias, no hay duda que lo que se reparará será el derecho en sí mismo, porque si aquellas se presentan, la reparación quedará comprendida en otra categoría de daño extrapatrimonial.

A modo de ejemplo podríamos pensar que, si se vulnera el derecho fundamental a la autodeterminación informática de una persona porque una entidad financiera no actualizó oportunamente un reporte negativo sobre su comportamiento crediticio, su reparación podrá reconocerse de forma autónoma en la nueva categoría que plantea la Corte, pero sí a consecuencia de la falta de actualización del reporte el titular de la información demuestra que padeció una profunda depresión, ya no se configuraría el daño a bienes de especial protección constitucional, pues éste quedaría comprendido dentro del daño moral.

A ese respecto valga la pena mencionar que parte de la doctrina ha cuestionado esa categoría de daño, en tanto conllevaría a reparar la lesión al bien jurídico tutelado y no sus consecuencias¹³⁴, desconociéndose de ésta manera la función principal del derecho de daños, y acercándose más al terreno sancionatorio.

Reafirmando lo anterior encontramos que, la Corte Suprema en dicha sentencia, al examinar el caso concreto, no evalúa cual fue la consecuencia negativa que se le ocasionó a los demandantes con el reporte negativo, pues se limita a afirmar de manera general que éste repercutió gravemente en su reputación financiera pero, sin referirse a ninguna situación particular y concreta.

En línea con lo anterior, si la misma Corte afirma que para establecer el *quantum* de la reparación del perjuicio, el juez debe examinar las particularidades de cada caso, dicho examen en la nueva categoría sería de imposible realización, ya que en esta no puede valorarse un factor determinante en el marco de la reparación, como lo son las repercusiones padecidas por quién sufrió el daño.

2.1.3 El daño a la vida de relación.

¹³⁴ Cfr. M'CAUSLAND, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 38, 44 y 45.

Esta categoría de daño ha sido conceptualizada por la jurisprudencia civil como un daño autónomo que “*puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad.*”¹³⁵ (Cursiva fuera del texto original)

La Sala Civil de la Corte también ha puntualizado que esta categoría de daño “... *no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre ...*”, resultando muy importante destacar para nuestro objeto de estudio que, no solamente se origina en una lesión física o corporal, sino también “*por ejemplo, en una acusación calumniosa o injuriosa, en la discusión del derecho al uso del propio nombre o la utilización de éste por otra persona, en un sufrimiento muy intenso o, incluso, en un menoscabo al patrimonio o una pérdida económica.*”¹³⁶ (Cursiva fuera del texto original)

En la sentencia del 5 de agosto de 2014, que unificó las categorías de daño extrapatrimonial en materia civil, la Corte Suprema indicó que el daño a la vida de relación podía expresarse “*como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con amigos o la familia, disfrutar del paisaje, tener relaciones íntimas, etc.*” (Cursiva fuera del texto original)

No puede desconocerse entonces que el tratamiento abusivo de información personal, podría configurar también un daño en la vida de relación de su titular, por ejemplo, cuando se revelan indebidamente las convicciones políticas o religiosas de una persona y ésta circunstancia repercute en hechos de discriminación, aislamiento y rechazo, que

¹³⁵ Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia, Exp. 1997-9327-01

¹³⁶ *Ibidem*.

le impiden asistir normalmente por ejemplo, a un establecimiento educativo, obtener un trabajo, participar en eventos sociales o entablar relaciones socio afectivas con otras personas, etc.

En lo que atañe al criterio utilizado para cuantificar ésta modalidad de daño, la jurisprudencia ha sostenido que corresponde al juzgador en uso del su *arbitrium judicis*, establecer ese quantum de la afectación, debiendo para ello consultar *“las condiciones de la lesión y los efectos que ella haya producido en los ámbitos personal, familiar y social de la víctima, entre otros, desde luego, no como si se tratara estrictamente de una reparación económica absoluta, sino, más bien, como un mecanismo de satisfacción, por virtud del cual se procure al perjudicado, hasta donde sea factible, cierto grado de alivio, sosiego y bienestar que le permita hacer más llevadera su existencia.”*¹³⁷

Ese criterio sigue vigente en la actualidad, en tanto la tasación del daño a la vida de relación se continúa encomendado al *“prudente juicio del juzgador.”*¹³⁸

2.2 TIPOLOGÍAS DE PERJUCIO EXTRAPATRIMONIAL ESTABLECIDAS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA, Y CRITERIOS APLICADOS PARA DETERMINAR SU REPARACIÓN

La sección tercera del Consejo de Estado, mediante acta aprobada el 28 de agosto de 2014 estableció que los perjuicios inmateriales indemnizables en esa jurisdicción correspondían a: (i) perjuicio moral; (ii) daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos; y (iii) daño a la salud¹³⁹.

¹³⁷ Op. Cit.

¹³⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de marzo de 2019, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Exp. 2009-0005-01.

¹³⁹ Cfr. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, Referentes para la relación de perjuicios inmateriales, acta aprobada el 28 de agosto de 2014.

En cuanto el daño a la salud proviene de las lesiones corporales y psicofísicas, nos sustraeremos de hacer referencia a él, dada la remota posibilidad, en nuestra opinión, para establecer un nexo causal adecuado entre una conducta constitutiva de abuso de poder informático y ese tipo de lesiones.

2.2.1 El perjuicio moral.

Para el Consejo de Estado, el perjuicio moral se compone de sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, aflicción, experimentados por la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.¹⁴⁰

En lo que refiere al *quantum* indemnizatorio, el Consejo de Estado distingue los perjuicios morales producidos en caso de muerte, aquellos producidos por una lesión corporal y aquellos producidos por privación injusta de la libertad.

De ese modo, la Corporación estableció para esos tres eventos unas tarifas expresadas salarios mínimos. Así, en caso de muerte la tarifa que se aplique dependerá del grado de cercanía con la víctima directa; para eventos de lesiones corporales la tarifa a reconocer dependerá de si se trata de una víctima directa o indirecta y además, de la gravedad de la lesión; y para el caso de privación injusta de la libertad, la tarifa estará determinada por la duración de la privación y por la condición de víctima directa o indirecta.

En casos de graves violaciones a los derechos humanos, se admite excepcionalmente, el reconocimiento de una indemnización por concepto de perjuicios morales mayor a la de las tarifas establecidas para cada evento, siempre que exista circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral. De todos modos, el monto total de la indemnización no podrá superar el triple de los montos fijados para cada evento.

¹⁴⁰ Cfr. *Ibidem*.

Recientemente el Consejo de Estado indicó que los baremos de indemnización previstos en el acta aprobada el 28 de agosto de 2014, “*no son inmodificables y deben ser tenidos en cuenta como un criterio general, pues en cada asunto el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, hechos que determinarán la intensidad de la afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto.*”¹⁴¹ (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

En ese contexto nos cuestionamos ¿a qué criterios ha acudido el Consejo de Estado para determinar el *quantum* de la reparación de los perjuicios morales derivados del tratamiento abusivo de datos personales por parte de una entidad pública?

La sección tercera conoció de una acción de reparación directa¹⁴² en la cual, el demandante pretendía entre otras, la reparación de los perjuicios morales ocasionados por una orden de captura que si bien no había sido expedida en su contra, por error del despacho judicial que la libró, contenía su número de cédula, circunstancia que conllevó a su detención y reclusión en varias oportunidades. Dicha situación sólo cesó en virtud de una acción de tutela que ordenó a la entidad correspondiente realizar las correcciones pertinentes en la base de datos que reposaba la orden de captura.

En esa situación la inclusión en una base de datos de una información errónea en relación con el demandante, produjo de manera determinante que en varias oportunidades fuera detenido. Ese daño resultó imputable a la Rama Judicial, a título de falla en el servicio.

¹⁴¹ Cfr. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 6 de noviembre de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 2006-000703-01.

¹⁴² Cfr. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 1 de marzo de 2018, C.P. María Adriana Marín, Exp. 2010-00605 01 (49396).

Concretamente en lo que refiere a los perjuicios morales, la sección tercera confirmó la condena y el valor determinado por el correspondiente Tribunal Administrativo, esto es, 10 smlmv para la víctima directa y 5 smlmv para cada una de las víctimas indirectas, es decir, para su compañera permanente y sus padres. La anterior determinación la tomó considerando que *“se pudo acreditar que una vez se realizaba la plena identificación del afectado directo, podía continuar con sus actividades cotidianas, por tanto ésta Sala considera que el monto reconocido en primera instancia se encuentra acorde a la magnitud del perjuicio moral ocasionado.”* (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

En ese orden de ideas se observa que, el Consejo de Estado tomó en consideración las particularidades del caso, concretamente las repercusiones que el hecho dañoso tuvo en las actividades cotidianas de la víctima directa.

Ahora bien, se evidencia que los montos indemnizatorios reconocidos en este evento, no fueron los estrictamente previstos en el acta del 28 de agosto de 2014, otorgándole a los demandantes una suma inferior, decisión que en nuestra opinión no es reprochable y por el contrario, denota la intención de dar a los baremos allá establecidos el carácter no de regla de obligatoria observancia, sino más bien de guía que puede modificarse según las circunstancias de cada situación particular.

De otra parte debemos destacar que, en esta sentencia claramente se reparó el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad, pero no el derivado de la lesión al *habeas data*, al buen nombre, etc.

Persiste entonces la inquietud en torno a los criterios que debería tomar en consideración el juez para valorar el perjuicio moral en eventos distintos a los tres expresamente estudiados por el Consejo de Estado, esto es muerte, lesiones personales y privación injusta de la libertad.

Téngase en cuenta que, no habrá lugar a valorar la duración de la reclusión, o el porcentaje de la lesión corporal cuando la lesión ha recaído en el derecho al buen nombre, a la honra, a la intimidad, al *hábeas data*, etc.

Sin embargo consideramos que, en aquellos eventos en que la lesión recaiga en los mencionados derechos, el juez contencioso administrativo debe apoyarse en lo dicho por la sección tercera, en el sentido que, las tarifas y criterios previstos en el acta del 28 de agosto de 2014, son sólo un parámetro general, resultando factible que contemple el perjuicio moral derivado de la lesión a otros bienes jurídicos.

2.2.2 Daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Para el Consejo de Estado, se trata de una categoría de daño inmaterial autónoma, producida por la trasgresión relevante a derechos constitucionales y convencionales contemplados en diversas fuentes normativas, cuyo objeto es el restablecimiento a la víctima del goce pleno de sus derechos¹⁴³.

En lo que respecta a la reparación de éste daño, la sección tercera del Consejo de Estado en el acta del 28 de agosto de 2014 señaló que, se preferirán las medidas reparatorias no indemnizatorias a favor de la víctima directa y de su núcleo familiar más cercano, es decir, el cónyuge o compañero permanente y los parientes hasta el primer grado de consanguinidad.

Además, para la modulación de esas medidas de satisfacción, el juez deberá atender “*a la relevancia del caso y la gravedad de los hechos*” (Negrilla y cursiva fuera del texto original)

Excepcionalmente, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, y siempre y cuando no se haya reconocido

¹⁴³ Cfr. Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección tercera, sentencia del 6 de noviembre de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 2006-000703-01.

reparación por concepto de daño a la salud, el juez podrá otorgar una indemnización pecuniaria a la víctima directa de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Su *quantum* deberá ser establecido de manera **proporcional a la intensidad del daño y la naturaleza del bien o derecho afectado**.

Los anteriores lineamientos y criterios también son aplicados por la sección tercera del Consejo de Estado desde el año 2014 para reparar la vulneración de derechos personalísimos, generados por la utilización o tratamiento abusivo de información personal.

En ese orden de ideas, la Corporación ha reconocido por ejemplo, con fundamento en los artículos 11 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en el artículo 15 Constitución Política, la procedencia de la reparación por afectaciones a la dignidad, a la honra y al buen nombre como una vulneración grave a los derechos humanos¹⁴⁴.

Así, en el marco de una acción de reparación directa indicó que, “*tales derechos pueden verse afectados de varias maneras, entre ellas, cuando se perturba su núcleo esencial y se presenta información falsa, incompleta y tergiversada.*” (Negrilla fuera del texto original)

En esa ocasión, un organismo de inteligencia del Estado realizó maniobras ilegales, tendientes a desacreditar la reputación de la víctima, mediante el suministro de informaciones tergiversadas y falsas, con el ánimo de distorsionar la realidad de sus actividades y formular “falaces acusaciones” ante la Fiscalía para judicializarlo y posteriormente, señalarlo como miembro de la insurgencia, para justificar a nivel ideológico su asesinato a través de un grupo paramilitar.

¹⁴⁴ Cfr. *Ibidem*.

Para el Consejo de Estado, esos hechos resultaron idóneos para ocasionar a la víctima “*una manifiesta e infausta vulneración a los derechos a la dignidad, vida y honra (...)*”, es decir, un daño antijurídico, el cual fue imputado a título de falla en el servicio al Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en tanto funcionarios de esa entidad la pusieron al servicio de estamentos ilegales, extralimitándose “*de manera grosera en sus funciones de inteligencia, de defensa y seguridad nacional,*” apartándose de sus obligaciones constitucionales y convencionales de protección a los derechos fundamentales.

Por lo anterior, el Consejo de Estado condenó a la entidad pública antes mencionada y en consecuencia, ordenó como medidas de reparación del daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos: (i) la difusión y publicación de la sentencia en la página web y redes sociales administradas por esa entidad; (ii) la publicación de un extracto de la sentencia en un periódico de amplia circulación; (iii) la elaboración de placas conmemorativa; (iv) la financiación y elaboración de un proyecto de investigación sobre derecho humanos, entre otras.

Cabe resaltar como el Consejo de Estado afirma que, lo que se trata es de “*reparar la transgresión a la garantía constitucional vulnerada*”, siendo esa quizá la razón por la que no examina ninguna consecuencia concreta derivada de esa transgresión. En todo caso, dicha postura ha abierto la puerta a la función sancionadora de la responsabilidad civil en Colombia, suscitándose muchas controversias en torno a ella¹⁴⁵.

En efecto, con toda razón se ha sostenido que, si el juez no valora con apoyo en las pruebas practicadas en el proceso las consecuencias negativas de la lesión a los

¹⁴⁵ “Si se entiende que el daño a los derechos fundamentales se configura por la sola lesión del derecho, al margen de sus consecuencias, la responsabilidad que surge se torna principalmente sancionadora y, eventualmente preventiva, y pierde, de esa manera, su función esencial, la reparación, en cuanto la atención se pone en la conducta del ofensor y no en la afectación del ofendido (...)” M’CAUSLAND, Op. Cit, p. 44.

derechos fundamentales, no se ve como podrá establecer la existencia del perjuicio, ni efectuar una valoración del mismo basada en la equidad¹⁴⁶.

Ahora bien, cuando el Consejo de Estado indica que se debe atender a la gravedad de los hechos, pero ello implica realizar un juicio respecto del comportamiento del victimario, lo cual es propio de la función sancionadora y no de la reparadora. En efecto, si lo que se pretende es resarcir el detrimento sufrido por el ofendido, la conducta del agente se vuelve irrelevante.

En suma, si para reparar el daño el juez no valora las repercusiones producidas por la vulneración de un derecho fundamental, pero sí la conducta del ofensor, se desnaturaliza la función esencialmente reparadora que tiene la responsabilidad civil en nuestro entorno jurídico.

Pese a los varios cuestionamientos que pueden atribuirse a esta nueva categoría, encontramos conveniente que se privilegien las medidas de reparación no indemnizatorias, sobre todo cuando la lesión a los derechos fundamentales deriva del uso abusivo de datos personales, pues en esos eventos, muchas veces resulta más satisfactorio para la víctima obtener la rectificación del dato, su eliminación, la limitación de su circulación, las excusas públicas, etc., que el otorgamiento de una suma de dinero, lo que no obsta para que ésta se otorgue cuando aquellas no sean suficientes o posibles, en los términos establecidos por el Consejo de Estado.

Ahora bien, para determinar cuándo las medidas de satisfacción resultan insuficientes o no son posibles para reparar el daño, el juez deberá analizar de las particularidades de la situación que se le presente, no obstante, creemos que dicho examen se realizaría de modo incorrecto si se centra en la conducta del ofensor y no en las repercusiones producidas por la lesión.

¹⁴⁶ Cfr. Op. Cit. Pág. 440.

2.2.3 El daño a la vida de relación

En la sentencia del 19 de julio del año 2000, el Consejo de Estado¹⁴⁷ en torno al daño a la vida de relación adujo que este, no se reducía a la simple afectación sufrida por la persona en su relación con los seres que la rodean, pudiendo afectar muchos otros actos de su vida, aun los de carácter individual, pero externos, y su relación, en general, con las cosas del mundo. En realidad se trata de un daño extrapatrimonial a la vida exterior.

El acta del 28 de agosto de 2014 el Consejo de Estado no incluyó dentro de las categorías de perjuicio indemnizable el daño a la vida de relación. Pero pronunciamientos posteriores de la Corporación dan cuenta que la mencionada categoría sigue vigente, solo que subsumida dentro de la categoría de daño a la salud, o afectación a los bienes constitucional y convencionalmente amparados¹⁴⁸.

Como ya lo advertimos, no encontramos factible que del tratamiento indebido de información personal pueda derivarse un daño resarcible bajo la categoría de daño a la salud, por ejemplo, una alteración fisiológica o la pérdida de alguna extremidad corporal.

Bajo esa óptica, las alteraciones negativas externas que padezca la víctima, y que emanen de la vulneración del derecho a la intimidad, o al buen nombre u otro bien de la personalidad no podrán resarcirse.

Tampoco se lograría resarcir de manera efectiva ese perjuicio bajo la categoría que la sección tercera a denominado afectación a los bienes constitucional y convencionalmente amparados, teniendo en cuenta que en ella, realmente no se valoran las consecuencias o repercusiones negativas del daño, sino la relevancia del caso y la

¹⁴⁷ Cfr. Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11842

¹⁴⁸ Cfr. Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 12 de octubre de 2017. Exp. 42.803; Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2017, Exp. 42.959, citadas por M'CAUSLAND, Op. Cit., pág. 464 y sgts.

gravedad de los hechos. De ese modo, es conclusivo que no habrá lugar a examinar las alteraciones a la vida exterior que enfrentó la víctima a causa del daño.

Se hace entonces evidente una injustificada ruptura del principio de igualdad, pues la víctima de cuyo resarcimiento compete conocer a los jueces civiles, podrá demandar el reconocimiento del perjuicio a la vida de relación, en tanto aquella que llegue a la jurisdicción contencioso administrativa no tendrá ese derecho.

3. REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA EN LOS ESTADOS UNIDOS

Antes de centrarnos en revisar bajo qué criterios han reparado los jueces Estadounidenses los daños a la *privacy*, consideramos pertinente precisar algunos conceptos relacionados con el derecho de daño en ese país.

En esa línea debemos comenzar por recordar que, en los ordenamientos jurídicos de origen anglosajón, se habla *The Law of Torts* para referirse al derecho de daños.

Los *torts*, son lo que en nuestro contexto jurídico conocemos como los agravios que se derivan de fuentes distintas al contrato. Los agravios o *torts* a la *privacy*, han sido compilados en el *Restatement (Second) of Torts*, su configuración dará lugar a un reconocimiento monetario a favor de la víctima, los *damages*, que se establecen de acuerdo con **la intensidad de la lesión**¹⁴⁹.

Existen distintos tipos de *damages*, atendiendo cada uno a una finalidad diferente, pero solo haremos mención a los más recurrentes:¹⁵⁰

¹⁴⁹ Cfr. MOLANO, Daniel, *Los damages anglosajones y el diyah islámico: su aplicación en Colombia como criterio para promover la indemnización integral de la víctima en un nuevo sentido*. Tesis de grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018, p. 46 y sgts.

¹⁵⁰ *Ibidem*.

Los *nominal damages* se configuran cuando a pesar de haber verificado un daño, no sucede lo mismo respecto de sus consecuencias. Su finalidad es la de prevenir la realización de la conducta cuya comisión se sanciona.

Los *compensatory damages* tienen como finalidad compensar a la víctima, una vez analizada la magnitud del perjuicio ocasionado. Se distinguen dos modalidades de compensación: una primera modalidad denominada “*non pecuniary damages*” o daños no económicos, la cual aplica para aquellos casos en los que se está en el marco de los perjuicios inmateriales, por ejemplo cuando a la víctima se le ha ocasionado sufrimiento, dolor, angustia zozobra, etc., y es difícil determinar exacta y objetivamente su equivalente monetario, y una segunda modalidad, denominada “*pecuniary damages*” para aquellos eventos en los que por el contrario, si es factible dada la naturaleza de los bienes lesionados, cuantificar el valor de la compensación¹⁵¹.

Por su parte los *punitive o exemplary damages*, están constituidos por una sanción expresada en una suma de dinero adicional a los *compensatory damages*, la cual se impone al victimario en función de la gravedad de la conducta causante del daño. Su función primordial es reprochar la conducta indebida del victimario, y conminar al resto de la población a no realizar conductas similares.

Resulta pertinente destacar que en casos de violación a la *privacy* se pueden reconocer conjuntamente *compensatory damages* y *punitive damages*, pero son los primeros los que en Norteamérica se han encaminado a reparar daños extrapatrimoniales, es decir, aquellas aflicciones internas que alteran la tranquilidad y bienestar psíquico del individuo.

Entonces, en Estados Unidos la responsabilidad civil cumple una función reparadora pero también sancionatoria, las que en la actualidad de la jurisprudencia colombiana

¹⁵¹ Cfr. Op. Cit., p.75.

ya no se tornan tan lejana, teniendo en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico además de las categorías netamente reparadoras, se han establecido nuevas categorías de daño extrapatrimonial como el daño a los bienes constitucional y convencionalmente amparados, cuya finalidad se evidencia principalmente como sancionadora.

3.1 LÍMITES A LA REPARACIÓN DE DAÑOS NO PECUNIARIOS EN CONTROVERSIAS RELACIONADAS CON VIOLACIONES A LA *PRIVACY*

Es importante mencionar que en algunas controversias relacionadas con agravios a la “*privacy*”, no se han reconocido “*non pecuniary damages*”, debido a que la interpretación judicial de algunas normas sobre “*privacy*” ha restringido la reparación daños a los “*pecuniary damages*”, o daños materiales.

En efecto *The Privacy Act of 1974*, para que el gobierno federal sea responsable, el demandante debe probar que sufrió un efecto "adverso" porque la agencia "intencional o deliberadamente:" (1) no pudo mantener registros de la persona con la exactitud, pertinencia, oportunidad, y completitud necesarios; (2) no cumplió con cualquier otra disposición de dicha normatividad. Si el tribunal determina que la agencia actuó de una manera intencional o voluntariosa, el Estados Unidos será responsable frente al individuo de una cantidad igual a la suma de **daños reales** sufridos por el individuo como resultado de la negativa o el fracaso, pero **en ningún caso una persona con derecho a reparación recibirá suma inferior de \$ 1.000**¹⁵².

En relación con la expresión “daños reales” se tiene por establecido que ésta hace referencia solamente a los daños patrimoniales o económicos, excluyendo los que revisten ese carácter.

¹⁵² HAEJI HONG, Esq, *Dismantling the Private Enforcement of the Privacy Act of 1974: Doe v. Chao*, Akron Law Review, Vol 38, 2005.

Esa postura se evidencia por ejemplo en el caso *Cooper v. Federal Aviation Administration (2012)*¹⁵³, el demandante Stanmore Cawthon Cooper, demandó a la Federal Aviation Administration, Social Security Administration y United States Department of Administration, alegando que dichas agencias violaron la *Privacy Act* de 1974 mediante el intercambio de registros de datos entre ellas, con ocasión de lo cual se reveló que él padecía de VIH.

En marzo de 2007, Cooper presentó demanda ante la Corte del Distrito Norte de California contra el Gobierno por violaciones "intencionadas o intencionales" de la *Privacy Act*, aduciendo que tal violación le causó sufrimiento, humillación, vergüenza, angustia mental, miedo al ostracismo social y otras angustias emocionales graves.

La *Privacy Act* otorga acción a los ciudadanos contra el gobierno federal si una agencia hace una divulgación no autorizada que tiene un "efecto adverso" en el individuo. La Corte de Distrito Norte de California sostuvo que el Gobierno violó la *Privacy Act*, pero que esa Ley solo permitía la recuperación por daños reales, entendiendo ésta por tales los daños materiales. Al haber basado Cooper su demanda sólo en perjuicios inmateriales, se resolvió que Cooper no podía presentar un reclamo de reparación en virtud de dicha Ley.

La Corte de Distrito sostuvo que cuando el lenguaje legal es ambiguo, el "canon de inmunidad soberana" requiere que un tribunal interprete la disposición de daños a favor del Gobierno, por lo cual desestimó la demanda.

El caso llega luego a la Corte Suprema de Estados Unidos, quien avala la decisión de la Corte del Distrito Norte de California argumentando que, la renuncia a la inmunidad

¹⁵³ FAA v. Cooper, 566 U.S. 284, 132 S. Ct. 1441, 182 L. Ed. 2d 497, 2012 U.S. LEXIS 2539, 80 U.S.L.W. 4289, 23 Fla. L. Weekly Fed. S 222, 2012 WL 1019969 (Supreme Court of the United States March 28, 2012, Decided). Retrieved from <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:558S-9671-F04K-F2JK-00000-00&context=1516831>

soberana debe ser “inequívocamente expresada” en el texto legal. La Corte Suprema continuó diciendo que "el Congreso no necesita declarar su intención de ninguna manera en particular. Nunca hemos requerido que el Congreso use palabras mágicas". La Corte sostuvo que, los “daños reales” es un término legal del arte y su significado está lejos de ser claro, no obstante la *Privacy Act* no autoriza inequívocamente la concesión de daños por angustia mental o emocional. En consecuencia, la Ley no renuncia a la inmunidad soberana del gobierno federal.

En ese orden de ideas, podemos advertir que las acciones de responsabilidad civil que se ejercen invocando la violación de la “*Privacy Act*” de 1974 no dan lugar al reconocimiento de daños extrapatrimoniales, situación a nuestro juicio bastante cuestionable, en la medida que como lo hemos venido evidenciando, las violaciones a la privacidad o a los datos personales en el contexto actual de un mundo informatizado, impactan mayoritariamente en lo más intrínseco del ser humano, inclusive hay situaciones en las que son la única especie de daños que se concreta. De ese modo, se produce una desprotección injustificada para el individuo.

De otra parte, cuando la norma expresa que “***en ningún caso una persona con derecho a reparación recibirá suma inferior de \$ 1.000***”, el mismo legislador está fijando al jurado un tope mínimo que deben reconocer, o del cual debe partir, en caso de que el valor probado sea superior.

Particularmente llama nuestra atención que, el demandante puede haber sufrido una pérdida menor a \$ 1.000, no obstante si acredita tener derecho a la reparación, como mínimo esa será la suma que recibirá, pudiendo entonces admitirse que el valor de la reparación en esos eventos, no será equivalente al daño. Ésta situación nos parece cuestionable si se acepta la tesis del Tribunal Supremo, en el sentido que los daños reales resarcibles son únicamente los daños materiales, dado que, como ellos si tienen un valor de mercado, es absolutamente factible establecer un valor indemnizatorio equivalente al daño.

3.2 CRITERIOS APLICADOS PARA CUANTIFICAR LOS DAÑOS NO PECUNIARIOS EN CONTROVERSIAS DERIVADAS DE VIOLACIONES A LA *PRIVACY*

En lo que respecta a los “*non pecuniary damages*”, estos generalmente se reconocen en diversas controversias de responsabilidad civil cuando se encuentra demostrados. Al respecto se ha afirmado: “*es fundamental que uno pueda pedir la reparación de todos los males sustanciales, y que el malhechor sea responsable de las consecuencias naturales y probables de su mala conducta.*”¹⁵⁴

Y en lo que concierne a su cuantificación, ésta está atribuida a los jurados. Además se ha indicado que éste tipo de perjuicios “*no pueden ser determinados por la precisión matemática; por su naturaleza, pueden ser determinadas únicamente por el ejercicio del buen juicio. Y aunque un jurado tiene cierta libertad para la adjudicación de tales daños no, equivale a darle carta blanca para hacer lo que quiere.*”¹⁵⁵

En la misma línea se ha indicado que el jurado en la evaluación de los daños no económicos, no debe aislar de su veredicto el respaldo probatorio, de manera que alegada una gran cantidad de angustia mental, el daño no puede sobrevivir si no hay

¹⁵⁴ “Instantly, the tort for which appellant was found to be liable was negligent misrepresentation. Appellant argues that since that cause of action did not involve any intentional conduct, physical impact, or fear of physical impact, Little should not be entitled to damages for humiliation and mental suffering. However, prior precedent should not preclude recovery merely because an unusual result has not been preceded by a similar result in another case. [***20] This is because it is fundamental [**1201] that one may seek redress for every substantial wrong, and that a wrongdoer is responsible for the natural and probable consequences of his misconduct. *Ayala v. Philadelphia Board of Public Education*, 453 Pa. 584, 305 A.2d 877 (1973).” *Little v. York County Earned Income Tax Bureau*, 333 Pa. Super. 8, 481 A.2d 1194, 1984 Pa. Super. LEXIS 5841 (Superior Court of Pennsylvania August 17, 1984, Filed). Retrieved from <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:3RRJ-31F0-0054-F480-00000-00&context=1516831>

¹⁵⁵ “Non economic damages can not be determined by mathematical precision; by their nature, they can be determined only by exercising good judgment. But of course, the need for a jury to have some freedom to award such damages does not give you carte blanche to do whatever (...)” *Lane v. Martinez*, 494 S.W.3d 339, 2015 Tex. App. LEXIS 9307 (Court of Appeals of Texas, Eleventh District, Eastland August 31, 2015, Opinion Filed). <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:5GTP-6VS1-F04K-B021-00000-00&context=1516831>.

evidencia para apoyarla, como tampoco una pequeña cantidad de esos daños cuando la evidencia de mayores daños es concluyente. “*El jurado está obligado por la evidencia en la concesión de daños y perjuicios, así como está obligado por la ley. Los tribunales de apelación están autorizados para determinar si las reparaciones están apoyadas por pruebas insuficientes - es decir, si la cantidad de reparaciones otorgadas son excesivas o irracionales.*”¹⁵⁶

En controversias de responsabilidad civil derivadas de violaciones a la *privacy*, los jueces americanos con cierta generalidad han reconocido a los afectados “*non pecuniary damages*”, cuyo parámetro de cuantificación ha sido predominantemente el buen juicio, y la razonabilidad, aplicados a las circunstancias particulares de cada caso particular.

Al efecto, citamos los siguientes ejemplos:

- *Jeanne E. Little, v. York County Earned Income Tax Bureau*¹⁵⁷

En este caso la demandante Jeanne E. Little se había mudado del distrito de Spring Grove al de Red Lion School District. Debido a que no había recibido en su email el formulario para presentar sus impuestos locales, se comunicó con la oficina de impuestos demandada en la que un funcionario le informó que le enviaría el formulario necesario para que lo completara, registrará el cambio de distrito en el reverso y lo

¹⁵⁶ “(...) Under customary law, freedom necessarily given to a jury in assessing non - economic damages does not isolate its verdict appellate review for evidentiary support. Just as the prerogative of a jury to assess the credibility of the evidence does not authorize it to find liability when there is no supporting evidence or no accountability to irrefutable evidence, a lot of damage mental anguish can not survive appellate review if there is no evidence to support it, or a small amount of damage when the evidence is conclusive further damage. The jury is bound by evidence in the award of damages, as **is required by law**. The appellate courts are authorized to determine whether the damage awards are supported by insufficient evidence, ie, if the amount of damages awarded is excessive or unreasonable.” Lane v. Martinez, 494 S.W.3d 339, 2015 Tex. App. LEXIS 9307 (Court of Appeals of Texas, Eleventh District, Eastland August 31, 2015, Opinion Filed). <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:5GTP-6VS1-F04K-B021-00-000-00&context=1516831>

¹⁵⁷ Little v. York County Earned Income Tax Bureau, 333 Pa. Super. 8, 481 A.2d 1194, 1984 Pa. Super. LEXIS 5841 (Superior Court of Pennsylvania August 17, 1984, Filed). Retrieved from <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:3RRJ-31F0-0054-F480-00000-00&context=1516831>.

devolviera a dicha oficina, lo que en efecto sucedió. No obstante el funcionario nunca le informó que dicha oficina no atendía su anterior distrito, es decir, Spring Grove, motivo por el cual, ese distrito nunca recibió una copia de su declaración, **registrándose entonces información que refería a la demandante como defraudadora de las leyes fiscales locales que requerían que presentara una declaración de impuestos.**

Con ocasión de lo anterior, la demandante fue arrestada y en la medida que no pudo pagar la fianza que le fue impuesta fue recluida en la cárcel durante cinco días. La demandante afirmó que durante esa reclusión, sufrió tratamientos inadecuados y otras indignidades. Los cargos finalmente fueron desestimados en su contra.

Posteriormente Jeanne E. Little, la demandante, presentó demanda contra la oficina de impuesto del condado de York. En virtud de la Restatement of Tort 2d, el tribunal instruyó al jurado que podían reconocer daños por humillación. El jurado emitió un veredicto a favor de la demandante por un monto de U\$ 20,361.05. Veinte mil (U\$ 20,000.00) representaron daños por su humillación.

En sede de apelación, el Tribunal Supremo de Pennsylvania confirmó la sentencia de primera instancia, argumentando que la demandante había demostrado que sus daños fueron causados directamente por la negligencia de la Oficina de Impuestos y que por tanto, ella tenía derecho a reparación a daños por angustia mental.

Precisó que los daños compensatorios que pueden otorgarse sin prueba de pérdida pecuniaria incluyen compensación por angustia emocional, humillación. Quien tiene una causa de acción por un agravio puede tener derecho a reparación por daños por esa forma de angustia mental conocida como humillación, es decir, un sentimiento de degradación o inferioridad o un sentimiento de que otras personas lo considerarán con aversión. Este estado mental puede ser el resultado de un daño físico, un encarcelamiento, una declaración difamatoria, la interrupción de la relación

matrimonial, o incluso la entrada deliberada a la propiedad o la destrucción o despojo de bienes muebles.

En lo que respecta al *quantum*, el Tribunal de segunda instancia indicó que, es deber del jurado evaluar los daños y no debe ser interferido por el Tribunal, a menos parezca claramente que el monto otorgado resultó de capricho, prejuicio, corrupción o alguna otra influencia indebida.

En ese orden de ideas, no admite que el veredicto del jurado de U\$ 20,000 fue excesivo cuando se evaluó el desfile de horrores que vivió la demandante en el encarcelamiento. Además, ella demostró ser y el apelante admite, una ciudadana tan respetuosa que cumplió con todas las leyes fiscales de acuerdo con el consejo del apelante.

Podemos notar que en esa ocasión, la determinación del valor de la reparación por daños no económicos se estableció considerando circunstancias específicas y demostradas de ese caso como la intensidad del agravio moral que testificó haber padecido la demandante, así como sus condiciones personales, concretamente su conducta antecedente en relación con sus obligaciones tributarias.

- *Dileo v. John H. Davis, ET AL*¹⁵⁸.

Los supuestos facticos dan cuenta que el demandante *Dileo*, era una persona que había estado involucrada en una supuesta conspiración para asesinar a Martin Luther King.

Posteriormente, en un muy juicio polémico por difamación, el jurado otorgó al demandante U\$ 2.000.0000 en daños y perjuicios por concepto de pérdidas no pecuniarias derivadas de su humillación, pérdida de reputación, vergüenza y

¹⁵⁸ *Dileo v. Davis*, 1995 U.S. Dist. LEXIS 4118, 23 Media L. Rep. 1756 (United States District Court for the Eastern District of Louisiana March 29, 1995, FILED, ENTERED). Retrieved from <https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:3S4N-RNG0-001T-5552-00000-00&context=1516831>.

sufrimiento mental que resultaron del abuso de información privilegiada usada para la publicación de un libro que difamó al demandante y lo retrató en una luz falsa.

La Corte del Distrito Este de Luisiana, en atención a la moción promovida por los demandados, editor y autor del libro, ordenó al demandante restituir U\$ 500.000 del total otorgado por daños no pecuniarios.

Aunque indicó estar convencida de la responsabilidad de los demandados, ya que el demandante había demostrado malicia y temeridad, desprecio por la verdad en relación con la publicación de un libro que se puso en el dominio público y relacionaba al demandante con el asesinato de Martin Luther King, un crimen muy atroz, lo cual produciría angustia extrema a cualquier persona con la menor sensibilidad, estimó también que sobre la base de las pruebas presentadas, el jurado otorgó daños y perjuicios excesivos por ser contrarios a la **recta razón**.

Así las cosas, los supuestos facticos en cada caso que se hayan probado debidamente en el juicio, servirán de fundamento al *quantum* de la reparación, de ese modo, si es factible apreciar cierta coherencia entre los hechos probados y el valor determinado, puede hablarse de una decisión razonable.

- *Smith v. Lexis Nexis Screen Solutions, Inc.*¹⁵⁹

En un caso más reciente, el demandante, David Alan Smith, solicitó empleo en *Great Lakes Wine and Spirits*. La oferta de empleo estaba condicionada a la finalización exitosa de una verificación de crédito y de antecedentes penales. Smith accedió a los controles y proporcionó información personal a *Great Lakes*, incluido su nombre completo y número de seguro social.

¹⁵⁹<https://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:3950/api/document?collection=cases&id=urn:contentItem:5KPC-C101-F04K-P18H-00000-00&context=1516831>.

Great Lakes contrató a *Lexis*, una agencia externa de informes (CRA), para realizar verificaciones de antecedentes.

Después de recibir el nombre y apellido de Smith, así como el número de seguro social, de acuerdo con sus procedimientos estándar, *Lexis* obtuvo un informe de crédito de Equifax, que incluía el nombre de Smith como David A. Smith.

Lexis también buscó en su base de datos y localizó un registro criminal en Florida para un David Smith con la misma fecha de nacimiento que el demandante. Sin embargo, el David Smith con antecedentes penales tenía como segundo nombre "Oscar", que *Lexis* no pudo excluir porque no recibió el segundo nombre del demandante. Los antecedentes penales tampoco tenían un número de seguro social, sin embargo, *Lexis* incluyó los antecedentes penales en el informe que envió a *Great Lakes*.

Después de recibir el informe de *Lexis*, *Great Lakes* le envió a *Smith* una carta rechazando su aplicación de empleo e indicando, entre otras cosas, que la decisión fue influenciada por el informe de *Lexis*.

Aunque por solicitud de Smith el informe fue corregido y *Greta Lakes* posteriormente lo contrató, *Smith* demandó a *Lexis* alegando violaciones de la FCRA, específicamente que *Lexis* no siguió procedimientos razonables que aseguren la máxima precisión posible en la información suministrada a *Great Lakes*.

El caso fue juzgado en primera instancia emitiendo un veredicto contra *Lexis*, encontrando que violó negligente y deliberadamente la FCRA. El jurado otorgó a Smith \$ 75,000 en daños compensatorios y \$ 300,000 en daños punitivos. Estos últimos fueron luego reducidos a \$ 150,000.

En sede de apelación conoció la Corte de Apelaciones del Sexto Circuito para el Distrito de Michigan, quien sostuvo que había pruebas suficientes para respaldar la

adjudicación del jurado de \$ 75,000 en daños compensatorios. Además señaló que el demandante y su esposa testificaron que aquel estuvo deprimido, enojado, estresado, debido a sus problemas financieros cuando él estuvo desempleado. *Smith* también testificó que se sintió avergonzado cuando tuvo que pedir dinero prestado a sus parientes, y que el dueño de una tienda en su comunidad se refirió en broma a *Smith* como su "delincuente favorito".

Finalmente, el Tribunal revocó la adjudicación del jurado de daños punitivos a *Smith*, ya que los daños punitivos solo puede otorgarse bajo la FCRA por infracciones intencionadas, y el Tribunal determinó que no hubo evidencia de conducta intencional en el registro.

Ahora bien, comparando los criterios de valoración del daño utilizados por los jurados norteamericanos con los aplicados por nuestro jueces, evidenciamos importantes semejanzas, pues en ambos países se prioriza en examinar las circunstancias particulares de cada caso, la intensidad de la lesión, quedando sujetas al prudente juicio del juzgador.

4. REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL A LA PERSONA POR PARTE DE TRIBUNALES EUROPEOS

Como indicamos en el primer capítulo de este trabajo, tanto la Convención Europea de Derechos Humanos como la Carta Europea de Derechos Fundamentales contienen disposiciones encaminadas a proteger el derecho al respeto de la vida privada¹⁶⁰, y el derecho del individuo sobre sus propios datos¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cfr. Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 8. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "el artículo 8 no se limita a la protección de "un círculo interno" (...) La vida privada puede incluso incluir actividades de carácter profesional o comercial." De igual modo ha afirmado que "el almacenamiento y la entrega de información relativa a un individuo están comprometidas dentro del alcance del artículo 8." TEDH (Quinta Sección). Caso *Khadija Ismahilova Vs. Azerbaiyán*, sentencia adoptada el 27 de noviembre de 2018.

¹⁶¹ Carta Europea de Derechos Fundamentales, artículo 8.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha emitido importantes pronunciamientos en relación con las violaciones a esos derechos y la reparación de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales que de ellas se derivan.

En desarrollo de esa labor jurisprudencial, se puede apreciar como dicho Tribunal reconocen el daño no pecuniario como una categoría encaminada a reparar los agravios morales o espirituales que el evento dañoso causa a la víctima, y su *quantum* lo ha definido tomando apoyo principalmente en la equidad.

Así por ejemplo, en *Khadija Ismahilova Vs. Azerbaiyán*¹⁶², el TEDH conoció de una controversia en la cual, agentes del Estado de Azerbaiyán divulgaron a través de la prensa y de páginas de internet, información íntima de la demandante, relacionada con sus relaciones afectivas y financieras. La información personal de la demandante fue obtenida mediante la instalación no consentida de cámaras ocultas, líneas telefónicas y cables adicionales en su vivienda.

El TEDH consideró que en los actos denunciados fueron graves y constituyeron una afrenta a la dignidad humana de la demandante: se trató de una intrusión flagrante y extraordinariamente intensa de su vida privada, en forma de filmación no autorizada de los aspectos más íntimos, que tuvo lugar en la santidad de su hogar, y la posterior difusión pública de esas imágenes de video; además recibió cartas amenazantes. También tuvo en cuenta que la demandante era una periodista muy conocida y existía un vínculo plausible entre la actividad profesional y las intrusiones antes mencionadas, cuyo propósito era silenciarla.

¹⁶² TEDH (Quinta Sección). Caso *Khadija Ismahilova Vs. Azerbaiyán*, sentencia adoptada el 27 de noviembre de 2018. Tomado de: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-175121%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175121%22]})

Consecuencia de la anterior vulneración, el TEDH reconoció la configuración de daños no materiales por un valor de € 15.000, los cuales tasó con fundamento en el principio de equidad, estimando que dadas las circunstancias, la demandante debió haber padecido angustia y daños importantes en su vida personal y profesional.

Pero la equidad ha sido el criterio al que el TEDH ha acudido no solamente en las reparaciones monetarias, sino también para ordenar las reparaciones satisfactivas¹⁶³.

Así por ejemplo, en el caso *S.Y Marper Vs. El Reino Unido*¹⁶⁴, se controvertió la retención por parte de la Policía del Reino Unido de huellas dactilares, perfiles de ADN y muestras celulares de los dos demandantes que se consideraban sospechosos de robo.

Una vez analizada la sensibilidad de ese tipo de datos personales, el TEDH afirmó que la forma generalizada e indiscriminada en que estos habían sido retenidos, respecto de individuos sospechosos pero no condenados por delitos era desequilibrado y producía una injerencia desproporcionada en el derecho al respeto de la vida privada de los solicitantes.

Consecuencia de lo antes dicho, el TEDH considera que la determinación de una violación con las consecuencias que de ella se derivan, podía considerarse como una satisfacción justa y suficiente para reparar el daño, rechazando la pretensión económica de los demandantes, en el sentido que se les reconociera £ 5.000 a cada uno por la angustia y ansiedad causada por el descubrimiento de su información íntima, y por haber tenido que llevar el caso hasta los tribunales.

A nuestro modo de ver, para el TEDH la declaración de violación resultaba suficiente porque en este caso solo hubo una retención de datos sensibles de los solicitantes por parte de la autoridades policiales, la que aunque ilegal e injustificada, y no estuvo

¹⁶³ Convención Europea de Derechos Humanos, art. 41.

¹⁶⁴ TEDH (Gran Sala). Caso. *S. Y Marper Vs. El Reino Unido*, sentencia del 4 de diciembre de 2008. Tomado de: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:\[%22001-90051%22%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:[%22001-90051%22%7D)

acompañada de otros acontecimientos que hubieran podido intensificar la angustia y ansiedad que aquellos adujeron haber padecido.

Ahora bien, si la retención de los datos sensibles hubiese estado acompañada de una extorsión, por ejemplo, el TEDH hubiese podido acudir también a la reparación satisfactiva, pero no contraerla a la sola declaración de violación de la Convención de Derechos Humanos, sino que, con apoyo en la equidad, ordenar además la publicación de la sentencia en medios masivos de comunicación, o las excusas públicas por parte de los victimarios.

En *Rotaru vs. Rumania*¹⁶⁵, el TEDH se basa en las circunstancias específicas del caso para modular de manera equitativa la indemnización por daños no pecuniarios. Allí, una entidad pública de Rumania almacenó información personal errónea del solicitante relacionada con sus estudios, sus actividades políticas y su historial criminal, los cuales no correspondían a la realidad. Esa información le impedía obtener un beneficio que otorgaba la ley de Rumania a los perseguidos por el régimen comunista. El solicitante controvirtió por mucho tiempo y ante varias autoridades judiciales esa información para que se declarara nula y sin valor, hasta que en efecto se comprobó que era falsa, no obstante en esas instancias no se le reconoció reparación por daños.

Puesta esa situación en conocimiento del TEDH, éste corroboró que la tenencia y uso por parte de la entidad gubernamental de información sobre la vida privada del solicitante, no ofrecía garantías para los derechos de los individuos, en consecuencia encontró vulnerado el artículo 8 de la Convención.

Con base en lo anteriores, el TEDH consideró que el solicitante debió haber sufrido daños inmateriales, teniendo en cuenta la existencia de un sistema de un archivo secreto contrario al artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, la falta de un

¹⁶⁵ Tomado de: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-58586%22%5D%7D>

recurso efectivo, la falta de una audiencia imparcial y también, el hecho de que pasaron varios años antes de que el un tribunal declarara nula y sin valor la esa información personal falsa. En ese orden de ideas estimó que los hechos en cuestión implicaron una seria interferencia en los derechos del solicitante, y que la suma de 50.000 francos franceses (FRF) proporcionará una reparación justa por el daño inmaterial sufrido.

Para concluir este capítulo es válido afirmar que, en los ordenamientos analizados encontramos cierta uniformidad, en tanto los jueces acuden al estudio de las particulares de cada caso para determinar la intensidad y duración de la lesión, estableciendo con base en ellas la medida reparatoria y el valor de la indemnización.

CAPÍTULO TERCERO. CRITERIOS QUE DEBERÍAN APLICARSE PARA REPARAR EL DAÑO OCASIONADO POR EL TRATAMIENTO ABUSIVO DE DATOS PERSONALES

La dificultad para dimensionar la extensión de los daños a la persona y establecer una reparación tendiente a mitigar los perjuicios padecidos por la víctima ha sido una constante, razón por la que en ausencia de parámetros legales u otro referente objetivo, dicha valoración se ha dejado al arbitrio judicial.

En ese contexto, algunos excesos y arbitrariedades en la evaluación de esa tipología de perjuicios, la ausencia de uniformidad en las indemnizaciones otorgadas a daños iguales, han llevado a cuestionar la discrecionalidad otorgada a los jueces y plantear la posibilidad de introducir límites a las condenas pecuniarias a partir de lo que constituye la experiencia común frente a cada atentado.¹⁶⁶

Desde otros puntos¹⁶⁷ de vista también se ha sostenido que la aplicación del arbitrio judicial en la determinación de estos perjuicios, impide hacer una proyección del resultado de la sentencia y, por consiguiente, establecer la conveniencia de demandar, allanarse o concertar algún acuerdo transaccional, lo que desde luego contribuiría bastante a disminuir la litigiosidad y repercutiría favorablemente en complejos sistemas judiciales como el nuestro.

Ahora bien, estudiados en los dos capítulos anteriores los fundamentos sobre los que se edifica el derecho a la autodeterminación informática, sus características, y su creciente protagonismo asociado al desarrollo de la tecnología, nos proponemos ahora

¹⁶⁶ DOMINGUEZ, Carmen, *El daño moral*, tomo ii, Santiago: Jurídica de Chile, 2002, p. 709, 710.

¹⁶⁷ LÓPEZ, Julio, *Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva*, revista Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Vol. IX, N° 1, 2018, p.123-144.

revisar cuál sería el criterio más adecuado para reparar los perjuicios extrapatrimoniales derivados de su vulneración.

1. LA EQUIDAD: EL CRITERIO GENERALMENTE APLICADO PARA REPARAR LOS DAÑOS A LA PERSONA

Como se evidenció en el segundo capítulo de este trabajo, tratándose de daños a la persona, los jueces recurren habitualmente al análisis discrecional de las especificidades de cada caso para establecer una cuantía indemnizatoria o una medida reparatoria proporcional y adecuada para por lo menos, atenuar la lesión. Ese proceder en nuestro sentir, equivale a la aplicación de la equidad.

En Colombia, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 autoriza expresamente al juez para valorar los daños irrogados a las personas y a las cosas atendiendo entre otros, a la equidad, la cual fue reconocida por el Constituyente como un criterio auxiliar de la actividad judicial, lo que no ha obstado para que la Corte Constitucional haya sentado en su jurisprudencia algunas pautas sobre el alcance de la equidad.

En ese sentido, la sentencia de unificación SU-837 de 2002¹⁶⁸, alude al lugar y función de la equidad en el derecho en los siguientes términos:

“(…) Básicamente, el lugar de la equidad está en los espacios dejados por el legislador y **su función es la de evitar una injusticia** como resultado de la aplicación de la ley a un caso concreto. La injusticia puede surgir, primero, de la aplicación de la ley a un caso cuyas particularidades fácticas no fueron previstas por el legislador, dado que éste se funda para legislar en los casos usuales, no en los especiales y excepcionales. La omisión legislativa consiste en no haber contemplado un caso especial en el cual aplicar la regla general produce un efecto injusto. Segundo, **la injusticia puede surgir de la ausencia de un remedio legal, es decir, ante la existencia de un vacío. En esta segunda hipótesis, la equidad exige decidir cómo hubiera obrado el legislador. En la primera hipótesis la**

¹⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia SU- 837 de 2002. M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

equidad corrige la ley, en la segunda integra sus vacíos. Así entendida, la equidad brinda justicia cuando de la aplicación de la ley resultaría una injusticia.”

Y continúa afirmando:

“(…) el proverbio en el sentido de que el derecho aplicado al extremo puede conducir a una gran injusticia (*summum ius, summa iniuria*) refleja la necesidad de mitigar el rigor de la ley en ciertos casos, es decir, no guiarse estrictamente por el criterio *dura lex, sed lex*. **La máxima según la cual la equidad aconseja cuando carezcamos de derecho (*aequitas suggerit, ubi iure deficiamur*) indica la función integradora de la equidad.** Sin embargo, la distancia entre el derecho y la equidad no debería ser tan grande, al tenor de otra conocida máxima: en derecho hay que buscar siempre la equidad, pues de otro modo no sería derecho (*ius semper quaerendum est equabile, neque enim aliter ius esset*).

Las consideraciones anteriores no apuntan a señalar hitos históricos en la evolución del concepto, sino que son pertinentes en la medida en que indican **tres rasgos característicos de la equidad. El primero es la importancia de las particularidades fácticas del caso a resolver.** La situación en la cual se encuentran las partes – sobre todo los hechos que le dan al contexto empírico una connotación especial – es de suma relevancia para determinar la solución equitativa al conflicto. **El segundo es el sentido del equilibrio en la asignación de cargas y beneficios.** La equidad no exige un equilibrio perfecto. Lo que repugna a la equidad son las cargas excesivamente onerosas o el desentendimiento respecto de una de las partes interesadas. **El tercero es la apreciación de los efectos de una decisión en las circunstancias de las partes en el contexto del caso. La equidad es remedial porque busca evitar las consecuencias injustas que se derivarían de determinada decisión dadas las particularidades de una situación.** De lo anterior también se concluye que **decidir en equidad no es, de ninguna manera, decidir arbitrariamente. Al contrario, la equidad busca evitar la arbitrariedad y la injusticia, aún la injusticia que pueda derivar de la aplicación de una ley a una situación particular cuyas especificidades exigen una solución distinta a la estricta y rigurosamente deducida de la norma legal.**” (Negrilla fuera del texto original)

Para PALMERO¹⁶⁹, la equidad en términos generales, aparece como “un factor morigerante; busca adaptar la justicia a la situación especial, como la lupa que amplía las imágenes de la realidad o el sastre que adapta sus medidas para cada cliente que le demanda sus servicios.”

VALLET DE GOYTISOLO¹⁷⁰, para definir la equidad alude a José Castán, quien se refiere a ella como “el criterio de justicia, individualizado y adecuado a las particularidades de cada caso concreto, pero adaptando también a los ideales jurídicos de una sociedad y, sobre todo a los principios supremos del derecho.”

De igual modo, expresa que para MIERES, “la equidad actúa como criterio: a) para juzgar la iniquidad y la dureza excesiva de las leyes y costumbres; b) para interpretarlas, juzgando cuál es su recta razón; c) y para suplir sus lagunas.”¹⁷¹

La profesora M’CAUSLAND,¹⁷² ha realizado unas apreciaciones muy valiosas en torno a la equidad. Para ella puede cumplir dos roles: como “el fundamento único de la decisión adoptada” o, “es aplicada como criterio auxiliar por el juez o el árbitro que debe resolver en derecho.”

La equidad como criterio auxiliar, tiene funciones integradoras del ordenamiento jurídico.¹⁷³ Así, cuando el legislador delega en el juez la solución de un aspecto concreto de la controversia, y le ordena adoptarla con base en la equidad, se está en el marco de la función integradora de la equidad o de la equidad *praeter legem*¹⁷⁴.

¹⁶⁹ PALMERO, Juan Carlos, “*El daño involuntario: indemnización en equidad.*” Buenos Aires: Astrea, 1973, p.170 y sgts.

¹⁷⁰ VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV, Tomas Mieres*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1977, p. 4 y sgts.

¹⁷¹ *Ibidem*, pág. 32 y sgts.

¹⁷² M’CAUSLAND, Op. Cit, p.315.

¹⁷³ *Ibidem*, pág. 317.

¹⁷⁴ M’CAUSLAND, Op. Cit., pág. 150

Para la mencionada autora, en estos eventos el legislador ha considerado prudente deferir al juez la decisión en equidad, para realizar la justicia más certera, tal vez por advertir desde el momento de creación de la norma, la inconveniencia de una fórmula general. Como ejemplo de ésta función integradora de la equidad, alude al ya referido artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹⁷⁵.

Ahora bien, esa función integradora que se atribuye a la equidad, también se cumple de manera general en todas las situaciones de vacío normativo que tampoco encuentren solución en la *analogía legis*, la doctrina constitucional, las reglas generales del derecho o la costumbre.

La citada profesora concluye que, **cuando nos encontramos en el marco de la equidad *praeter legem* y es el mismo legislador quien indica al juez que debe acudir a la equidad, “no será procedente recurrir a otros mecanismos de integración del ordenamiento jurídico, esto es, a la analogía legis, la doctrina constitucional o las reglas generales del derecho, ni, en su defecto, a la costumbre. El juez ha de atenerse al mandato legislativo según el cual la solución debe tener como fundamento la equidad”**¹⁷⁶. (Negrillas fuera del texto original)

Para M’CAUSLAND, “la equidad impone al juez la tarea de descubrir la regla específica adecuada para resolver un caso singular, la cual no estará determinada por una norma fundamental e imperativa sino por una idea general de justicia, que debe concretarse, de manera necesaria, a partir de la valoración de las particularidades de la situación analizada. Así, su método es la individualización”¹⁷⁷.

En ese orden de ideas, señala que se le da un uso impropio a la equidad cuando para valorar daños a la persona se fijan cuantías precisas o se establecen topes, pues esa

¹⁷⁵ Ibidem.

¹⁷⁶ M’CAUSLAND, Op. Cit, p. 164.

¹⁷⁷ Ibidem, p. 320.

postura propicia que el juez se abstenga de analizar las particularidades de las situaciones concretas a partir de los elementos de prueba que solo él podrá conocer y valorar.

Destaca que cuando el juez aplica la *equidad integradora*, llena una laguna normativa que genera injusticia en el caso concreto. El juez, entonces, construye una regla particular para el caso concreto que está obligado a decidir, la cual no constituye una norma general. El juicio de equidad no puede realizarse por fuera de la situación objeto de decisión.

Lo anterior, no obsta para que, si el caso particular resuelto con fundamento en la equidad presenta similitudes relevantes con otro caso posterior, también excepcional, la regla singular construida para el primero pueda tener valor persuasivo en el segundo, más nunca carácter de precedente obligatorio.

Varias conclusiones se extraen de lo expuesto: por una parte, en materia de valoración de daños a la persona, el legislador en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 expresamente remite al juez a la equidad, que fungirá en esos eventos como criterio auxiliar e integrador del ordenamiento jurídico, a fin de materializar la justicia en cada caso concreto.

En ese contexto, al existir disposición explícita de la ley, para valorar los daños extrapatrimoniales no le es dable al juez acudir a un criterio distinto a la equidad, como podría serlo cualquier de aquellos a los que hace mención el artículo 230 constitucional.

De otro lado, es claro que el juez que acude a la equidad tiene una amplia discrecionalidad para adoptar la correspondiente decisión, y aun cuando pareciera no existir límites tan claros que eviten su arbitrariedad, es factible encontrar en la razonabilidad de la decisión judicial un freno a esa facultad, de modo que, una decisión fundada en la equidad que no guarde coherencia con los hechos probados en el proceso,

no será razonable sino arbitraria y en determinadas instancias, podrá revocarse por un juez de rango superior. Dicho en otros términos, la razonabilidad de la decisión en equidad constituye el principal límite a la discrecionalidad.

En lo que atañe al establecimiento de cuantías precisas y topes indemnizatorios para reparar los daños a la persona, si se parte de la premisa conforme a la cual, la actividad judicial se encuentra vinculada por los principio de igualdad y seguridad jurídica, es claro que los jueces deberán propender por reconocer indemnizaciones iguales a daños iguales.¹⁷⁸ Para esos fines, si considero que resultaría bastante útil el establecimiento no de tarifas fijas sino de topes indemnizatorios, dado que estos gozan de una mejor flexibilidad, facilitando al juez maniobrar, o moverse dentro de un rango de valores, de acuerdo con el análisis que este haga de las particulares de cada caso conforme a la equidad.

El establecimiento de topes indemnizatorios en nuestro sentir, no contraría la equidad, en primer lugar porque a diferencia de las tarifas, torna factible el estudio de cada situación concreta; en segundo lugar porque los rangos de valores indemnizatorios que se fijen deben ser establecidos de manera razonable y equilibrada, partiendo de la realidad social, económica y jurídica en la que serán aplicados y en tercer término, porque la equidad como criterio para valorar los daños a la persona no puede tenerse como un sinónimo de su plena indemnidad, sino como un instrumento que debe servir para modular el principio de reparación integral y llevar esa reparación hasta donde sea viable¹⁷⁹.

¹⁷⁸ KOTEICH, Milagros, *La reparación del daño como mecanismo de una tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 268.

¹⁷⁹ SOLARTE, Arturo, “*El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*”, en *Tendencia de la responsabilidad civil*, cit., p. 147, citado en SANDOVAL, Diego, *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*, p.267.

En suma, en la valoración de daños extrapatrimoniales la equidad es un criterio imprescindible. De todos modos, su aplicación podría optimizarse y tornarse más objetiva con el establecimiento de topes indemnizatorios, pues como se explicó, ni ella ni estos resultan incompatibles.

2. PROPUESTA: LA VALORACIÓN DEL DAÑO A LA PERSONA BASADA EN TOPES INDEMNIZATORIOS Y EQUIDAD

Hemos podido establecer que por lo menos en Colombia, la valoración del daño a la persona no puede realizarse con sustento en un criterio distinto a la equidad, pues la Ley 446 de 1998 así lo dispone¹⁸⁰, de modo que, si el sentido de la ley es claro, no le es permitido al interprete desatender su literalidad¹⁸¹ o realizar distinciones no contempladas en su texto.

Ahora bien, la aplicación de la equidad impone al juez realizar un avalúo del perjuicio en concreto¹⁸². Sobre el particular, nos inclinamos por aceptar que ese estudio no tendrá lugar si el juez aplica cuantías precisas previamente establecidas, pues el valor a reconocer siempre será el mismo, de modo que no será necesario revisar las particularidades del perjuicio.

Pero como ya lo advertimos, consideramos que no sucede lo mismo con los topes indemnizatorios o, con aquellas indicaciones que señalan un límite cuantitativo al valor de la indemnización, sobre todo porque permiten crear rangos de mínimos y máximos, que facilitarán al juez graduar o modular ese valor de acuerdo con las circunstancias propias de cada situación que deba resolver. Así las cosas, estimamos que los topes indemnizatorios no contrarían la equidad, pues por el contrario, la complementan y valga reiterarlo, optimizan su uso razonable.

¹⁸⁰ Artículo 16 Ley 446 de 1998

¹⁸¹ Artículo 27 Código Civil

¹⁸² M'CAUSLAND, Op. Cit., pág 561.

Y es que no se trata únicamente de prevenir la arbitrariedad del juez que se funda en la equidad, también existen otra variedad de factores que se pueden morigerar a través del establecimiento de dichos topes.

En efecto, estos podrían contribuir a controlar la excesiva litigiosidad que impacta desfavorablemente nuestro precario y congestionado sistema judicial, resultando factible que las partes tengan un referente cuantitativo de lo que podrían pagar y recibir por concepto de indemnización¹⁸³.

De esa manera sería más fácil establecer anticipadamente la conveniencia de demandar, allanarse o acudir a mecanismos alternativos de solución de controversias como la conciliación o la transacción¹⁸⁴.

El establecimiento de topes indemnizatorios también contribuiría a materializar el principio de igualdad, pues se obtendrían decisiones más uniformes en casos semejantes¹⁸⁵.

A su vez, la previsibilidad que se tenga sobre la forma en que los jueces decidirán casos con supuesto facticos similares, contribuiría a garantizar el principio de seguridad jurídica. Sobre el particular la Corte Constitucional ha admitido¹⁸⁶:

“La previsibilidad de las decisiones judiciales da certeza sobre el contenido material de los derechos y obligaciones de las personas, y la única forma en que se tiene dicha certeza es cuando se sabe que, en principio, los jueces han interpretado y van a seguir interpretando el ordenamiento de manera estable y consistente (...) La falta de seguridad jurídica de una comunidad conduce a la anarquía y al desorden social, porque los ciudadanos no pueden conocer el contenido de sus derechos y de sus obligaciones (...)”

¹⁸³ Op. Cit., pág 260.

¹⁸⁴ Op. Cit., pág 123 – 144.

¹⁸⁵ Op. Cit., pág. 263.

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C- 836 de 2001. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

En ese orden de ideas, por vía jurisprudencial tanto la jurisdicción ordinaria como la contencioso administrativa, pueden diseñar unas tablas homogéneas, que contemplen varios bienes jurídicos, los que a su vez deberán relacionarse con unos rangos indemnizatorios conformados por una suma mínima y otra máxima, correspondiendo al juez con base en la equidad definir dentro del rango respectivo y para cada caso, el valor a reconocer.

Esa relación podrá realizarse con apoyo en datos estadísticos que permitan evidenciar cuáles son los bienes de la personalidad que se lesionan con mayor frecuencia y cuyo detrimento genera mayor impacto en el individuo. En esta tarea no podrá desapercibirse que en la era de las tecnologías de la información, proliferan las conductas constitutivas de tratamiento abusivo de datos personales, estrechamente ligadas con la vulneración de derechos fundamentales.

Por su parte, los valores mínimos y máximos para cada rango indemnizatorio, deberán fijarse de manera razonable, atendiendo al contexto social, jurídico y económico en el cual serán aplicados.

La graduación del valor indemnizatorio para las víctimas directas como para las indirectas, deberá realizarse en equidad, atendiendo a la intensidad y duración del perjuicio. Lo anterior no obsta para que se prevean situaciones excepcionales en las que se pueda otorgar una suma mayor.

En lo que atañe a las categorías de daño inmaterial resarcible, estimamos que también debería propenderse por su homogeneización tanto en la jurisdicción ordinaria como en la contencioso administrativa, a fin de evitar desigualdades injustificadas.

Ahora bien, en el marco de un derecho de daños esencialmente reparador, dichas categorías deberán concentrarse en el resarcimiento de las consecuencias y no en la

reivindicación de los derechos vulnerados, pues este tipo de categorías por una parte, tornan inocua la equidad, y por otra, desestimulan la eficiencia económica.

Puestas las cosas de ese modo, al menos en lo que a los daños generados por el tratamiento inadecuado de información personal respecta, nuestra propuesta puede resumirse así¹⁸⁷:

PERJUICIO	BIEN JDICO	TOPE INDEMNIZATORIO EN S.M.L.M.V.
MORAL	Intimidad	1 a 60
	Buen nombre	1 a 60
	Honor	1 a 60
	Habeas Data	1 a 60
	Imagen	1 a 60
	Dignidad Humana	1 a 60
VIDA DE RELACIÓN	Intimidad	1 a 60
	Buen nombre	1 a 60
	Honor	1 a 60
	Habeas Data	1 a 60
	Imagen	1 a 60
	Dignidad Humana	1 a 60

Ahora bien, como lo afirmamos en el segundo capítulo de este trabajo, tratándose de lesiones ocasionadas por el tratamiento abusivo de información personal, las medidas de reparación no pecuniarias no pueden ser relegadas por el juez, pues en algunas

¹⁸⁷ El tope máximo incluido en la tabla constituye tan solo un ejemplo, pues como se mencionó, éste debe ser producto del análisis del contexto social, jurídico y económico en el cual será aplicado.

situaciones, suelen generar una mayor satisfacción que la indemnización, o complementarla. En todo caso, el análisis de suficiencia de las medidas deberá hacerlo el juez, también con fundamento en la equidad.

En lo que respecta a la obligatoriedad de los topes indemnizatorios para los jueces de inferior jerarquía, estimamos que aquellos no son un mandato rígido e inmodificable, pues podrán amoldarse a otras situaciones que se presenten al fallador, como por ejemplo, la inclusión de otros bienes jurídicos vulnerados, o de otras categorías de daño resarcible, no obstante, en la medida de lo posible, deberá propenderse por su observancia.

Valga recordar que lo único que se torna en estos casos imprescindible para el fallador es la motivación de su decisión, que por demás, deberá ser coherente con el material probatorio.

2.1 FACTORES COMUNES EN EL TRATAMIENTO ABUSIVO DE DATOS PERSONALES, QUE EL JUEZ DEBERÍA CONSIDERAR EN APLICACIÓN DE LA EQUIDAD

En línea con la viabilidad de formular recomendaciones, establecer puntos de referencia o pautas generales¹⁸⁸, encontramos que en las controversias relacionadas con el tratamiento inadecuado de datos personales, concurren unas circunstancias comunes, cuyo análisis podría contribuir a definir la medida de reparación o a modular la cuantía dentro de los topes indemnizatorios atrás mencionados.

Así las cosas, dentro de los factores que contribuyen a dimensionar el daño resarcible, tenemos:

¹⁸⁸ KOTEICH, Op. Cit., p. 268 y 269. En el mismo sentido, M'CAUSLAND, Op. Cit., p. 326.

2.1.1 El grado de difusión de la información personal.

En la actualidad, las tecnologías de la información y las comunicaciones cuentan con gran capacidad para divulgar, transmitir y compartir información personal, facilitando su acceso indiscriminado e ilimitado.

Eso es lo que sucede, por ejemplo, en la internet con las redes sociales, los motores de búsqueda y otras plataformas que ofrece el ciberespacio, en donde es muy fácil hacer pública en tiempo real y de manera global todo tipo de información personal, así como conservarla indefinidamente, propiciando un mayor grado de vulnerabilidad para el titular.¹⁸⁹

Todas esas características propias del mundo digital deberán ser tomadas en consideración por el fallador, para determinar si se han configurado daños más agudos que los que puede propiciar a través de un medio más convencional, como la prensa o la televisión.

2.1.2 El beneficio obtenido por el causante del daño.

Un sector de la doctrina sostiene que, el beneficio obtenido por el causante del daño no tiene por qué ser tenido en cuenta para valorar el *quantum* de la indemnización, pues en nada afecta el daño sufrido por la víctima¹⁹⁰.

No obstante, estimamos que cuando del tratamiento abusivo de la información personal emerge un beneficio, la enorme utilidad y el gran valor que en la actualidad se le reconoce a los datos personales no puede minimizarse a la hora de establecer la indemnización.

¹⁸⁹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-050 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Cfr. Sentencia de 13 de Mayo de 2014 (Gran Sala), Google Spain y Google (C-131/12,EU:C:2014:317) Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019). Recuperado de: https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

¹⁹⁰ GRIMALT, Pedro, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Granada, España: Comares, 1999, p. 344.

REMOLINA¹⁹¹ ha reconocido con bastante acierto las razones por las que se ha tornado tan importante la información en la era digital. Dada la pertinencia, se transcriben sus apreciaciones al respecto:

“Es muy difícil presentar una cifra real y objetiva para establecer cuánto vale la información de las personas. Lo cierto es que muchas actividades empresariales, científicas, sociales y gubernamentales dependen de ella. El nivel de utilidades de muchas empresas gira en torno a la cantidad y calidad de los datos personales que poseen y de los usos que hacen de los mismos.”

Y seguidamente continúa afirmando:

“La información es pieza esencial de muchas decisiones. Se afirma que es “la moneda corriente del poder”; que ha logrado en corto tiempo desplazar otras fuentes de control de la conducta humana” (...) Los datos personales son una clase de información que progresivamente ha cobrado mayor relevancia social y económica. Recientemente se le ha tildado de ser el “el nuevo petróleo de la internet y la nueva moneda del mundo digital”. (...) Los datos personales así como el uso de bases de datos son insumos fundamentales para casi todas las actividades. El Estado y los particulares quieren poseer dicha información para tomar e implementar decisiones de diversa naturaleza (económica, social, política, laboral, profesional, académica, financiera, comercial, tributaria, de seguridad nacional, estadística, etc.). Igualmente los datos personales representan, en algunos casos, el principal activo de empresas que se dedican a venderlos, alquilarlos, cederlos, analizarlos, relacionarlos, crear perfiles virtuales o sacar conclusiones a partir de los mismos. En otros casos, se utilizan para tomar decisiones sobre las personas o para fijar políticas públicas, económicas, de riesgo, de *marketing*, entre otras.”

De manera que hoy día, la redes sociales como Facebook, Instagram o Twitter, por dar un ejemplo, funcionan y se mantienen activas por la información que los usuarios comparten en ellas, la cual les reporta millonarias ganancias.

Asimismo, otras empresas intercambian, compran y venden información de sus clientes, por un lado, quién la vende recibe un valor, ya sea este monetario o en especie,

¹⁹¹ REMOLINA, Op. Cit, p. 1 y sgts.

por otro lado quién la compra también tiene un objetivo claro, obtener ganancias con esos datos, a partir de la manipulación que para fines comerciales haga de los mismos.

No se trata de plantear que como los datos personales tienen un valor económico, ese valor que ha salido del patrimonio del titular como consecuencia del hecho dañoso, deba retornar a él. De hecho, estimamos bastante complejo establecer cuál es el valor económico de un dato personal, por ejemplo la imagen, el nombre, el teléfono, la dirección, los gustos musicales, y de ser ello factible, los perjuicios derivados de su tratamiento inadecuado trascenderían entonces al campo patrimonial.

Lo que se pretende es que el juez en línea con la equidad, propenda por dar a cada quien lo que le corresponde, valorando que para el ofensor obtener el beneficio, sea este económico o no, tuvo de dañar a la víctima, de modo que el beneficio provino de una causa ilícita.

Pero lejos de sancionar esa ilicitud, el juez deberá centrarse en la víctima, preocupándose por ofrecerle una indemnización que guarde una adecuada proporción con el beneficio, y de esa forma equilibrar provecho con perjuicio.

No es pues una finalidad sancionatoria la que tendría la evaluación de esta circunstancia, sino una clara expresión de la justicia que debe materializar el derecho de daños, cuya finalidad principal está centrada en la víctima.

2.1.3 La naturaleza de los datos o el contexto en el que se utilicen

En el primer capítulo de este trabajo se hizo alusión a la clasificación jurisprudencial que de los datos personales realizó la Corte Constitucional. De igual modo se evidenció como en el marco de la Comunidad Europea la información personal también ha sido clasificada y regulada de acuerdo a dicha clasificación.

En ese orden de ideas, la información personal puede ser pública o de dominio público, semi-privada, privada y reservada o secreta. Ésta última podríamos equipararla a la información sensible.

Así las cosas, en algunas ocasiones la naturaleza de los datos que se utilicen abusivamente, incidirá en la intensidad del perjuicio.

Por ejemplo, si una entidad prestadora de servicios de salud, negligente o abusivamente divulga que un paciente determinado es portador de VIH (dato sensible), vulnerando con esta conducta sus derechos a la intimidad y la autodeterminación informática, las dificultades que tendrá que afrontar este sujeto en sus relaciones sociales, la aflicción, frustración y vergüenza serán de una magnitud más amplia, que si la información objeto de revelación hubiese sido la relativa a la empresa de salud a la cual se encontraba afiliado (dato semiprivado).

Pero en otras ocasiones, para establecer la intensidad del perjuicio no será relevante la naturaleza del dato sino el contexto en el que son utilizados. Por ejemplo, la información bancaria de una persona (dato semiprivado) que sea utilizada por delincuentes con fines extorsivos.

2.1.4 El buen nombre o la reputación que ostente el titular de la información

El buen nombre, es un derecho constitucional fundamental, concebido como “uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social y un factor intrínseco de la dignidad humana que a cada persona debe ser reconocida tanto por el Estado, como por la sociedad”¹⁹²

Concretamente, es entendido como la reputación que acerca de una persona tienen los demás miembros de la sociedad en relación con su comportamiento, honestidad, decoro, calidades, condiciones humanas y profesionales, antecedentes, etc.;¹⁹³ de ese

¹⁹² Corte Constitucional, sentencia C- 489 de 2002. M.P. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁹³ Corte Constitucional, sentencia T-787 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

modo, los datos denigrantes, falsos, erróneos, incompletos o desactualizados que se difundan en relación con una persona y que distorsionen el concepto público que se tenga de ella, lesionan su reputación y buen nombre.

En esa medida, lesionado el buen nombre o la reputación de un individuo en el marco de un tratamiento abusivo de sus datos, corresponderá al juez investigar en cada caso cuál es ese concepto que de la víctima tienen los demás miembros de la sociedad, y examinarlo conjuntamente con las repercusiones negativas concretas que ésta padeció.

Así por ejemplo, una persona con excelente comportamiento crediticio, que por equivocación es reportada como deudora morosa. Dada la excelente reputación crediticia que ostenta, su perjuicio a la vida de relación (la negativa de los bancos a realizar negocios con él) tendrá una mayor magnitud, en comparación con el que pudiera padecer otra persona en situación similar, pero cuyos reportes crediticios evidencian que en otras ocasiones ha retardado el cumplimiento de sus obligaciones.

2.2 FACTORES QUE EL JUEZ NO DEBE CONSIDERAR PARA VALORAR EL DAÑO A LA PERSONA

2.2.1 Situación social y económica de las partes

El juez debe prescindir de la situación social y económica de la víctima y del ofensor. Así el hecho de que la víctima tenga fortuna no autoriza al juez para reducir la indemnización, a pretexto de que el daño le es más soportable, ni la que tenga el ofensor es tampoco motivo para aumentarla. Se trata de reparar el daño y no de castigar, ni de hacer desaparecer las desigualdades sociales¹⁹⁴.

La anterior puede decirse que se constituye en una regla general al momento de modular el valor de la indemnización, sin embargo, opinamos que de nada servirá fijar

¹⁹⁴ Op. Cit., p. 525.

un monto que el ofensor no podrá pagar dado que carece de patrimonio o éste es mínimo.

Se trata de una circunstancia que debe estudiarse con sumo cuidado y de manera excepcional, pero que en realidad puede ser determinante para garantizar una real y efectiva reparación a la víctima.

Con ello no queremos significar que deba restringirse el derecho de la víctima a ser reparada, pero precisamente para materializarla en la mayor medida posible, podría el juez privilegiar una medida de satisfacción no pecuniaria.

2.2.2 La gravedad del hecho

Como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, atender a la gravedad de los hechos implica definir la medida de reparación o el monto de la indemnización con sustento en la valoración de la conducta, situación que sin duda alguna se circunscribe en un juicio de reproche propio del derecho penal y no del derecho de daños cuyo centro es la víctima y no el victimario.

No debe entonces tomarse en consideración si el ofensor actuó con negligencia, intención, buena o mala fe.

En suma, el monto de la reparación depende de la extensión del daño y no de la gravedad del hecho. La reparación no debe aumentarse ni disminuirse en atención a ella ya que no es una pena¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Op. Cit.

CONCLUSIONES

1. El tratamiento o uso de información personal es imprescindible para el cumplimiento de finales estatales y para el ejercicio de derechos y libertades particulares, sin embargo cuando se desarrolla de manera abusiva, indiscriminada o ilimitada, lesiona no solo derechos de contenido económico, sino principalmente derechos fundamentales como la dignidad humana, el buen nombre, el honor, la honra, la propia imagen, la autodeterminación informática, la intimidad, entre otros.
2. A partir del valor supremo e inalienable de la dignidad humana, distintos ordenamientos jurídicos de stirpe constitucional y democrática, han reconocido al individuo como un ser libre, capaz de autodeterminarse y por ende, con derecho a controlar y disponer de su propia información.
3. Son distintas las denominaciones y el alcance que los ordenamientos jurídicos han dado al derecho a proteger y controlar la información personal.

En Colombia, bajo la denominación de habeas data, se ha consolidado un derecho autónomo y fundamental con una amplia de gama de facultades que le permite a todo individuo, en términos generales, autorizar el uso y divulgación de información que le concierne, conocerla, rectificar y actualizar.

La consolidación de este derecho se atribuye esencialmente a la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues la regulación legal ha sido lenta e incipiente, en efecto, no se cuenta con ninguna acción especial de responsabilidad civil por daños derivados del uso abusivo de información personal, debiendo por tanto el jurista remitirse en estos eventos al fundamento normativo general de la responsabilidad civil, consagrado en el artículo 2341 del Código Civil Colombiano.

En Europa, el mencionado derecho también tiene el rango de fundamental, concebido esencialmente para proteger a las personas de los abusos en el acopio y tratamiento de datos personales. Dicho continente cuenta con una normatividad cuyo desarrollo ha intentado estar en línea con los nuevos retos impuestos por las tecnologías de la información y las comunicaciones, en esa línea de ideas, es destacable la reciente consolidación legal del “derecho al olvido”.

Adicionalmente, consagra a favor de las personas que sufran un daño como consecuencia de una infracción de la normativa sobre protección de datos, una acción indemnizatoria frente al responsable o encargado del tratamiento.

A diferencia de lo acontecido en Colombia y el continente europeo, el derecho a la protección de datos personales en Estados Unidos ha sido concebido dentro del derecho a la “*privacy*”, en el que además confluyen otros intereses individuales como el de preservación de la soledad, la intimidad, la reputación o buen nombre y la disposición de atributos de la personalidad. La normatividad en la materia se ha desarrollado de manera segmentada, y según las necesidades que algunos sectores demanden.

La acción de reparación por violaciones a “*the right to privacy*”, se ha regido desde hace varios años por cuatro supuestos consagrados en el *Restatement Second of Torts*, sin embargo, existen muchas normas sectoriales que también otorgan derecho a accionar para obtener reparación por daños.

4. Las normas legales y constitucionales encaminadas a regular el tratamiento de datos personales, han surgido como una respuesta a la necesidad de los individuos de protegerse frente a los riesgos que entraña dicha actividad, y a los daños materiales e inmateriales producidos por la indebida utilización de ese tipo de información.

No obstante, el estado actual de desarrollo y sofisticación de la tecnología de las comunicaciones, permite manipular, usar y compartir todo tipo de información de manera universal, instantánea e indefinida, por tanto, se elevan exponencialmente los riesgos de lesionar bienes de la personalidad. En ese contexto, urge que los Estados alineen sus ordenamientos jurídicos con los nuevos retos que impone la modernidad.

5. Dada la diversidad de operaciones que se pueden realizar con la información personal, en la actualidad han adquirido un valor comercial, social, económico y político muy importante. Asimismo, son diversas e innumerables las prácticas o comportamientos abusivos que pueden generar su utilización, por ejemplo, el registro de datos incompletos o desactualizados, la construcción de perfiles virtuales, la divulgación o acopio no autorizado, etc.

En el marco de los elementos que estructuran la responsabilidad civil, puede afirmarse que esas prácticas abusivas en el tratamiento de datos personales constituyen un hecho generador de daños a la persona.

6. Corroborada la configuración de todos los elementos de la responsabilidad civil, debe el juez dar aplicación al principio de reparación integral, pero en la medida que los bienes y derechos de la personalidad no tienen un valor de cambio que permita establecer con objetividad y precisión su extensión y el *quantum* por concepto de indemnización, la reparación no podrá ser equivalente sino de carácter satisfactivo.
7. En los ordenamientos jurídicos analizados en este trabajo, los jueces para valorar los daños a la persona ocasionados por el tratamiento abusivo de información personal acuden a la equidad, de ese modo, evalúan las particularidades que cada

caso ofrece, por ejemplo, la intensidad y duración de la lesión, las condiciones personales de la víctima, entre otras.

Sin embargo, debe resaltarse que en Colombia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo para valorar y cuantificar los daños extrapatrimoniales, recientemente estableció unas tarifas fijas; por su parte, el máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, sostuvo que su precedente tiene carácter vinculante para los jueces de inferior categoría. Estas posturas para un sector de la doctrina, desconfiguran el uso adecuado de la equidad, pues propicia que el juez se abstenga de estudiar las particularidades de cada situación concreta.

8. En Colombia, la creación por vía jurisprudencial de nuevas categorías de daño a la persona, ha generado el establecimiento de reparaciones basadas en la sola transgresión del bien jurídico tutelado, y al margen de las repercusiones padecidas por la víctima. De ese modo, y sin perjuicio de los cuestionamientos que puedan hacerse, es factible afirmar que en el ordenamiento jurídico colombiano, la función sancionatoria de la responsabilidad civil se ha abierto paso.
9. La jurisdicción Contencioso Administrativa en Colombia, al subsumir el daño a la vida de relación en la categoría de daño a la salud, impide reparar las alteraciones negativas externas que padezca la víctima, cuando ellas emanen del tratamiento abusivo de información personal.
10. En el ordenamiento jurídico colombiano, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, impone a los jueces “valorar los daños irrogados a las personas”, con base en la equidad, de modo que para esos fines, no es posible acudir a mecanismos o criterios auxiliares distintos.
11. La actividad judicial se encuentra vinculada por los principios de igualdad y seguridad jurídica, en ese orden de ideas, se considera útil el establecimiento no de tarifas fijas sino de topes indemnizatorios, los cuales no estimamos contrarios

a la equidad, en tanto brindan una mayor flexibilidad y posibilitan al juez maniobrar o moverse dentro de un rango de valores, de acuerdo con el análisis que éste haga de las particularidades de cada caso. De igual modo, la fijación de topes indemnizatorios contribuiría a disminuir la litigiosidad y a descongestionar complejos sistemas judiciales como el nuestro.

- 12.** Existen factores comunes en el tratamiento abusivo de datos personales, que deben ser analizados por el juez al momento de valorar el daño en aplicación de la equidad, por ejemplo, el grado de difusión de la información personal, el beneficio obtenido por el causante del daño, la naturaleza de los datos o el contexto en el que se utilicen, el buen nombre o la reputación que ostente el titular de la información, entre otros.

BIBLIOGRAFÍA

ARTICULOS

CITRON, Danielle, *Mainstreaming Privacy Torts*, en *California Law Review*, Vol. 98, 2010.

HAEJI HONG, Esq, *Dismantling the Private Enforcement of the Privacy Act of 1974: Doe v. Chao*, *Akron Law Review*, Vol. 38, 2005.

HENAO, Juan Carlos, “*Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*”, revista de derecho privado: Universidad Externado de Colombia, N° 28, enero - junio de 2015.

LÓPEZ, Julio, *Cuantificación del daño extrapatrimonial y justicia distributiva*, revista Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, Vol. IX, N° 1, 2018.

MACÍAS, Álvaro, *Facebook y Cambridge Analytica: La polémica filtración de datos personales de los usuarios*, boletín de propiedad intelectual, Universidad Externado de Colombia, abril de 2018.

PÉREZ LUÑO, Enrique, *La nueva normatividad europea para la protección de los datos personales*, en revista derechos y libertades: Universidad de Sevilla, N° 40, enero de 2019.

PROSSER, William L. “*Privacy*”, en *California Law Review*, Vol. 48, N° 3, 1960.

RUBÍ Puig, Antoni, *Daños por infracción del derecho a la protección de datos. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD*, en revista de derecho civil, Vol. V, N° 4, octubre-diciembre, 2018.

SALDAÑA, María, “*The Right to Privacy*”. *La génesis de la protección de la privacidad en el sistema constitucional norteamericano: El centenario legado de Warren y Brandeis*, en revista de derecho político: UNED, N° 85, septiembre - diciembre 2012.

SALDAÑA, María. *El derecho a la privacidad en los Estados Unidos: Aproximación diacrónica a los intereses constitucionales en juego*, en teoría y realidad constitucional: UNED, N° 28, 2011.

SANCHEZ, Luis Carlos. *Reflexiones en torno a las funciones de la condena por daños extrapatrimoniales a la persona, a partir del estudio de la “iniuria” del derecho Romano clásico*, en revista de derecho privado: Universidad Externado de Colombia, N° 23, julio – diciembre de 2012.

SANDOVAL, Diego, “*Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas*”, en revista de derecho privado: Universidad Externado de Colombia, N.º25, julio– diciembre 2013.

WARREN, S.D. y BRANDEIS, L. “*The Right to Privacy*”, en Harvard Law Review, Vol. IV, N° 5, 1890.

DOCTRINA

ALESSANDRI, Arturo, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*, Santiago de Chile: Universal, 1981.

DOMINGUEZ, Carmen, *El daño moral*, tomo ii, Santiago: Jurídica de Chile, 2002.

GRIMALT, Pedro, *La responsabilidad civil en el tratamiento automatizado de datos personales*, Granada, España: Comares, 1999.

HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

KOTEICH, Milagros, *La reparación del daño como mecanismo de una tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.

M'CAUSLAND, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

M'CAUSLAND, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

M'CAUSLAND, María Cecilia, *Equidad judicial y responsabilidad extracontractual*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

MIGUEL, Julio. *Protección de datos y seguridad de la información. Guía práctica para ciudadanos y empresas*. Madrid: Ra-Ma, 2015.

MURILLO DE LA CUEVA, Pablo Lucas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Madrid: Tecnos, 1990.

ORTEGA, Alfonso. *Derecho y redes sociales*, Navarra: Aranzadi, 2013.

PALMERO, Juan Carlos, “*El daño involuntario: indemnización en equidad*”, Buenos Aires: Astrea, 1973.

PEÑA, Daniel (dir), *Responsabilidad civil en la era digital*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

REBOLLEDO, Lucrecio y SALTOR Carlos: *El derecho a la protección de datos en España y Argentina. Orígenes y regulación vigente*, Madrid: Dykinson, 2013.

REMOLINA, Nelson. *Tratamiento de Datos Personales: Aproximación Internacional y Comentarios a la Ley 1581 de 2012*. Bogotá: Legis, 2013.

UPEGUI, Juan Carlos, *Habeas Data. Fundamentos, Naturaleza, Régimen*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.

VALLET DE GOYTISOLO, Juan, *Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV, Tomas Mieres*, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1977.

VISINTINI, Giovanna, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y el incumplimiento contractual*, Bogotá, 2015.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

Consejo de Europa. Disponible en <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS?lang=es>

Convenio Europeo de Derecho Humanos. Disponible en https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf

“Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes compiladas por Jürgen Schwabe.” Disponible en https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=0a66a4a6-1683-a992-ac69-28a29908d6aa&groupId=252038.

Reglamento General Sobre Protección de Datos Personales 679/2016. Disponible en <https://www.boe.es/doue/2016/119/L00001-00088.pdf>.

Restatement Second of torts. Disponible en <http://www.tomwbell.com/NetLaw/Ch05/R2ndTorts.html>.

Supervisor Europeo de Protección de Datos. Disponible en <https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/edps/EDPS?lang=es>

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (2019). Disponible en https://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/es/

JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional:

Sentencia T-414 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-161 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-022 de 1993, M.P. Ciro Angarita Barón.

Sentencia T-161 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Sentencia T-119 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Sentencia T- 176 de 1995, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia SU-082 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Sentencia SU-085 de 1995, M.P. Jorge Arango Mejía.

Sentencia T-307 de 1999, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C- 836 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C- 489 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia T-729 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

Sentencia T- 814 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia SU- 837 de 2002, M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

Sentencia C- 692 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T-787 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Sentencia C- 336 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-1011 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia C-913 de 2010, M.P. Nelson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-334 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

Sentencia C-748 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Sentencia T-987 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Sentencia T-634 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa.

Sentencia T- 036 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:

Sentencia del 21 de julio de 1922, M.P. Tancredo Nannetti.

Sentencia del 13 de mayo de 2008. M.P. Cesar Julio Valencia, Exp. 1997-9327-01.

Sentencia del 5 de agosto de 2014, M.P. Ariel Salazar Ramírez. Exp. 2003-00660-01.

Sentencia del 19 de diciembre de 2018. M.P. Ariel Salazar Ramírez, Exp. 5690.

Sentencia del 7 de marzo de 2019, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque. Exp. 2009-0005-01.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera:

Sentencia del 19 de julio de 2000. Exp. 11842.

Acta aprobada el 28 de agosto de 2014.

Sentencia del 6 de noviembre de 2018, C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Exp. 2006-000703-01.

Sentencia del 1 de marzo de 2018, C.P. María Adriana Marín. Exp. 2010-00605 01.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania:

Sentencia del 15 de diciembre de 1983.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea:

Volker und Markus Schecke y Eifert, sentencia del 9 de noviembre de 2010, Gran Sala, (C-92/09 y C-93/09, EU: C: 2010:662).

Digital Rights Ireland y Seitlinhger y otros, sentencia del 8 de abril de 2014, Gran Sala, (asuntos acumulados C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238).

Google Spain y Google, sentencia del 13 de mayo de 2014, Gran Sala, (C-131/12,EU:C:2014:317)

Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

Rotaru vs. Rumania, sentencia del 4 de mayo de 2000.

S.Y Marper Vs. El Reino Unido, sentencia del 4 de diciembre de 2008.

Khadija Ismahilova Vs. Azerbaiyán, sentencia del 27 de noviembre de 2018.

Tribunales de Estados Unidos:

Housh v. Peth, Corte de Apelaciones de Ohio, abril 6 de 1955.

Little v. York County Earned Income Tax Bureau, Tribunal Supremo de Pennsylvania, agosto 17 de 1984.

Vassiliades v. Garfinckel's, Brooks Bros, Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, mayo 13 de 1985.

Dileo v. Davis, Corte del Distrito Este de Louisiana, marzo 29 de 1995.

FAA v. Cooper, Corte Suprema de los Estados Unidos, marzo 28 de 2012.

Lane v. Martínez, Corte de Apelaciones de Texas, agosto 31 de 2015.

Smith v. Lexis Nexis Screen Solutions, Inc., Corte de Apelaciones del Sexto Circuito para el Distrito de Michigan, septiembre 13 de 2016.

NORMATIVIDAD NACIONAL

Constitución Política de 1991: artículos 2, 13, 15,16, 333.

Leyes: 1266 de 2008; 1581 de 2012; 446 de 1998, artículo 16; Código Civil, artículo 27.

Decreto Reglamentario 1377 de 2013.

NORMATIVIDAD EXTRANJERA:

Convención 108 del Consejo de Europa, del 28 de enero de 1981.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

Reglamento General Sobre Protección de Datos 679/2016, del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 680/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo.

Directiva 681/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo.

The Privacy Act (1974).

Electronic Communications Privacy Act (1986).

Cable Communications Policy Act (1994).

Fair Credit Reporting Act.

Bank Secrecy Act (1994).

Telephone Consumer Privacy Act (1994).

Drivers Privacy Protection Act (1994).

Health Insurance Portability and Accountability Act (1996).

Children's Online Privacy Protection Act (1998).

TESIS

GACITÚA, Alejandro, “*El derecho fundamental a la protección de datos personales en el ámbito de la prevención y represión penal europea (En busca del equilibrio entre la libertad y la seguridad)*”, Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2014.

MOLANO, Daniel, “*Los damages anglosajones y el diyah islámico: su aplicación en Colombia como criterio para promover la indemnización integral de la víctima en un nuevo sentido*”. Tesis de grado, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.