

**El derecho al olvido como una manifestación del derecho a la protección de datos  
personales**

**Alejandro Caro**

**Lady Tovar**

Trabajo de grado presentado como requisito para optar el título de Abogado

Director

**Dalia Carreño Dueñas**

Abogada

Universidad Santo Tomás, Bogotá

Facultad de Derecho

Bogotá DC

2015

## ÍNDICE

|   |    |
|---|----|
| Introducción.....   | 3  |
| 1. Capítulo uno: El Derecho al olvido.....  | 7  |
| • Derecho fundamentales   |    |
| • El derecho al olvido y su relación con los derechos fundamentales                           |    |
| 2. El derecho al olvido en el ordenamiento jurídico colombiano y en el ámbito extranjero..... | 43 |
| • Recorrido normativo de la protección de datos en Colombia                                   |    |
| • Desarrollos del derecho al olvido en el ámbito extranjero                                   |    |
| 3. La acción de habeas data como mecanismo de tutela del derecho al olvido.....               | 58 |

## INTRODUCCIÓN

El advenimiento de la era virtual y el desarrollo de la tecnología ha transformado profundamente el mundo y la forma de comunicación de las personas; el ejemplo más significativo de esta transformación se puede encontrar en el uso de la internet, una red de comunicación global que permite una comunicación en tiempo real, el intercambio de contenidos de todo tipo, y en general el acceso generalizado de la población a un gran número de información y de conocimiento gracias al uso de la tecnología.

El impacto de este uso generalizado de internet hasta ahora está siendo medido y estudiado, y ha abarcado escenarios inusitados e improbables, por lo que su estudio se vuelve aún más complejo; otro factor determinante resulta la rapidez con la que suceden eventos que sacuden la sociedad y que la cambian profundamente, esta rapidez hace que la anticipación de los hechos y posibles afectaciones se torne imposible, y solo se pueda reaccionar mucho después de que suceda, este razonamiento es válido para tratar de enfrentar y eliminar los efectos malos e indeseados que trae el uso de la tecnología y en particular de internet, ya que como toda obra humana puede ser usada con un alto ejercicio ético o como una manera de atacar, herir e irrespetar a los demás, es ahí cuando debe entrar los mecanismos de control social para evitar que las conductas que se puedan desplegar en este medio de comunicación global y el uso de la tecnología digital pueda resultar en daños y violaciones a los derechos de las personas.

La era contemporánea se caracteriza por una ampliación de los derechos y la órbita de los mismos, derechos que ya no se refieren solo a libertades individuales, sino a derechos sociales y colectivos. Pero no solo la colectivización es lo predominante en la vanguardia del reconocimiento de derechos, igualmente los derechos individuales se han transformado y han adquirido nuevos contenidos según como se transforma el mundo y la sociedad, en este contexto es en donde se empiezan a dar nuevos escenarios de conflicto y colisión de derechos entre individuos.

La era digital, el almacenamiento de datos, la posibilidad de compartir datos virtualmente trae peligros y malestares para las personas que sufren su mala utilización; desde que se crearon las centrales de riesgo<sup>1</sup> para almacenar datos crediticios y moratorias en Colombia son representativas

---

<sup>1</sup> Son entidades de carácter privado especializadas en el almacenamiento de datos acerca del comportamiento de pago en las obligaciones de las personas naturales o jurídicas. En estas bases de datos se registran no sólo las situaciones de incumplimiento sino la historia crediticia de quienes atienden sus obligaciones oportunamente. Estas empresas prestan un servicio de información que permite conocer el comportamiento comercial y financiero de las personas que son reportadas en ella por parte de las entidades de carácter privado o público, entidades financieras o del sector real. Por lo tanto, se convierten en una radiografía de cómo las personas naturales pagan sus obligaciones financieras y de otros tipos.

compañías como DATACREDITO o CIFIN, o por otro lado desde que redes sociales alcanzaron el impacto mundial conocido, la intimidad, la honra y el buen nombre de las personas se pone en peligro ante amenazas de seguridad, difamación o mala utilización de su información personal con fines delictivos y perjudiciales.

La amenaza sobre la información que se suministra al momento de navegar por internet o al momento de hacer algún tipo de transacción electrónica es real y merece la atención y la protección de las instituciones que forman parte del Estado. Pero su función ya no se limita a evitar los fraudes electrónicos o los robos de dinero por medios virtuales. En la era digital la información y el manejo de la misma ha cobrado un inusitado valor, la misma sirve para todo tipo de empréstitos, desde el espionaje Estatal o corporativo, pasando por perfiles de consumo y de riesgo, todas estas realidades son hechos que afectan los derechos de las personas que desprevenidamente acceden a internet y sin mayor consentimiento entregan información privada, que en malas manos, puede resultar en un perjuicio para el derecho a la intimidad, a la honra y buen nombre.

Como se ha relatado, los problemas que traen consigo el uso de la tecnología son amplios, pero lo que motiva este artículo en particular es el análisis del denominada derecho al olvido como derecho propiamente dicho; el olvido en un contexto digital en el que la información de un evento o hecho determinado queda guardado en un servidor al que cualquier persona tiene libre acceso y puede consultar en ella en cualquier tiempo y lugar, y que según su contenido puede lesionar la honra y el buen nombre de una persona. Una de las formas de explicar lo importante del derecho al olvido es a través de un ejemplo, y es el caso de las personas que fueron objeto de acusación de comisiones de delitos, y que por la realidad mediática fueron afectados en su honra y buen nombre, al final de la investigación la misma llega a la conclusión de inocencia, pero esta conclusión no tiene el mismo despliegue en los medios, ni el registro en los medios de almacenamiento de datos que tuvo la acusación de comisión de delitos, por lo que al momento de consultar sobre aquella persona quedará la impresión de que no solo fue investigada, sino condenada, más no la percepción real de que la misma fue hallada inocente. Es en este pequeño ejemplo en donde se observa el daño que se le puede realizar a una persona respecto a la información que se tiene de ella en un servidor o medio de almacenamiento, pues dicha información si es de carácter negativa y además falta a la verdad puede estigmatizarla y afectar el proyecto de vida que tenga, lesionando sus relaciones sociales y su desempeño laboral.

Para el desarrollo del objetivo acá propuesto el trabajo se divide en tres grandes secciones de las que trata cada capítulo. La primera sección es el derecho al olvido y su tratamiento como derecho fundamental; en el segundo acápite se hace un recorrido por el tratamiento normativo del derecho al olvido en las leyes colombianas y en algunos ordenamientos extranjeros para así hacer un análisis comparativo de como diferentes país han abordado esta problemática; y finalmente el capítulo

tercero se centra en el mecanismo judicial preciso para la exigibilidad de este derecho, lo que supone un análisis de lo que se ha venido utilizando como la elección de la acción de habeas data como un mecanismo mejor y más eficiente.

### **Metodología utilizada en el presente trabajo.**

Dentro de la investigación científica que tiene por objeto el estudio del Derecho se destacan dos grandes ramas que sintetizan las herramientas con las que cuenta el investigador, estas dos grandes ramas son la investigación jurídica y la investigación socio jurídica (Rodríguez, 2014). La primera de ellas es la que centra su objeto de estudio en la normatividad que regula una situación con trascendencia jurídica, esta no se agota solo en la ley en sentido formal, sino que tienen en cuenta las demás fuentes del Derecho que son pertinentes para el caso, como podría ser la jurisprudencia y en particular el precedente judicial y la costumbre con fuerza de ley. Por otro lado se encuentra la investigación socio jurídica la cuál utiliza métodos de disciplinas de la ciencias sociales para analizar determinado objeto con relevancia jurídica, buscando así determinar en el mundo factico el impacto de la normatividad, un ejemplo sencillo sería medir la eficacia del punitiva en términos de impunidad, resolución de casos etc.

En este trabajo se utiliza el enfoque de investigación jurídica, pues el análisis recae principalmente en la forma en la que se articulan y se construyen los discursos que dan carácter al derecho al olvido estableciendo reglas y principios para su interpretación a la hora de resolver una causa judicial. Su fuente principal de análisis es la teoría de los derechos fundamentales y las decisiones judiciales de la Corte Constitucional, de manera tangencial se analizan ciertas normatividades que tocan el tema.

Bajo esta perspectiva se examinará en primera medida el olvido como un derecho, y por qué en un contexto individual y de datos digitalizados el mismo se convierte en una garantía para proteger al individuo, luego se estudiará como los Estados, en especial las por medio de las decisiones judiciales, han afrontado esta nueva realidad que supone protección, en tercera medida se analizará qué tipo de legislaciones están emitiendo los Estados y que implicaciones tienen dentro del ordenamiento jurídico internacional y extranjero.

Después de este recorrido se centrara en la jurisprudencia y en la legislación nacional, en especial su contenido sustantivo y el mecanismo procesal para materializar este derecho. Con este panorama se abarcará las decisiones judiciales que dan contenido y alcance al derecho al olvido frente al ordenamiento jurídico colombiano. Y finalmente se analizará cual es el mecanismo procesal idóneo para ejercer y garantizar la protección de este derecho, es tan importante determinar el contenido y la conceptualización de este derecho, como el mecanismo judicial que puede impulsar el que

procura la reivindicación de este derecho, pues ello en gran medida describirá el grado de materialización y de efectividad de la protección judicial.

## CAPÍTULO UNO EL DERECHO AL OLVIDO

Mucha literatura y mucho esfuerzo ha demandado por parte de los estudiosos del derecho el tema de los contenidos de los derechos fundamentales, ¿Qué hace que un enunciado o una realidad sean considerados como un derecho? es la pregunta fundamental a la cual se debe responder, más teniendo en cuenta la actualidad del mundo y de la sociedad que se caracteriza por sus rápidas transformaciones sociales, económicas y culturales; en este contexto se presenta como generalidad que la realidad antecede la regulación jurídica y la supera, y es *ex post facto* que aparece o se demanda una protección jurídica a determinada realidad social.

¿Cómo es que un derecho se constituye como tal, por qué surge y por qué se reclama su protección? es una pregunta fundamental dentro del derecho constitucional, al respecto nos servimos de la siguiente opinión, que esclarece que contexto hace surgir que una determinada realidad social sea caracterizada como derecho o que sea demandada como tal:

“Los derechos nacen cuando el aumento del poder del hombre, que acompaña inevitablemente al progreso técnico, es decir, el progreso de la capacidad del hombre de dominar la naturaleza y a los demás; crea nuevas amenazas a la libertad del individuo o bien descubre nuevos remedios a su indigencia: amenazas que se desactivan con la exigencia de límites de poder; remedios que se facilitan con la exigencia de intervenciones protectoras del mismo poder. (Bobbio, 1991, p. 18-19)”

Dentro de las múltiples respuestas que se plantean ante la pregunta por el derecho y su contenido, se encuentra que ante todo de este e este como un mecanismo de control social<sup>2</sup>, y por lo tanto como una institución exterior a la voluntad del hombre que trata de resolver los conflictos que surgen entre estos, bajo este concepto un derecho se caracteriza por su posibilidad de exigibilidad o de ser oponible ante los demás, y junto con ellos la posibilidad de hacer cumplir el mismo frente a un tercero, generalmente existe una institución social formal dentro de un Estado jurídicamente organizado que se encarga de la protección de los mismos. Para darle claridad a lo anterior se puede observar la clásica definición de una obligación, que fue, en la línea del tiempo, la génesis de los que luego evolucionaría como derecho y como derecho fundamental, observemos en la definición

---

<sup>2</sup> Se puede definir control social como el conjunto de medios utilizados para mantener las normas impuestas por la sociedad y los mecanismos por los cuales los individuos las mantienen.

los elementos que caracterizan un derecho u obligación jurídica: “Se da el nombre de obligación a todo vínculo jurídico en virtud del cual una persona debe realizar una prestación a favor de otra.” (Cubides, 2007, P. 33)

Dentro de esta definición, que antiquísima, aún se mantiene vigente en el estudio de las obligaciones, podemos deducir que lo que es una obligación para un persona, lo que sería el dar, hacer o no hacer como modalidades de una prestación, por lo tanto se convierte en un derecho para la otra, de esta manera se puede observar los dos sujetos a la hora de una interacción jurídica, una que está obligada a cierta cosa o no hacer cierta otra, y otra que está válidamente esperando que dicho obligación se cumpla, con la ventaja de poder recurrir a alguien más – un tercero- para garantizar su cumplimiento. Pero aun así, no dice mucho acerca de lo que es y de cómo se compondría un derecho, solo se puede intuir que una de sus características es la capacidad de ser cumplida o compelida su cumplimiento ante un tercero que eventualmente la puede llevar a cabo a través del uso de la fuerZa, por su puesto un uso de la fuerza legitimo en un poder constituido.

Dentro de la evolución y posterior desarrollo de los contenidos de derecho surgió dentro del ámbito del estudio del Derecho la noción de Derecho subjetivo, como un concepto más preciso, y por lo tanto más abarcador de esta realidad, tradicionalmente se define el Derecho subjetivo en los siguientes términos:

“Hoy, a fin de evitar confusiones, se llama derecho objetivo al conjunto de los mandatos jurídicos, y en particular al conjunto de las leyes; y derecho subjetivo al poder de mandar en tutela de los propios, intereses, reconociendo al individuo, y en particular al propietario” (Carnelutti. Como nace el Derecho. Pp. 34.)

Es con esta definición que se plantea el contenido primigenio de un derecho, y se observa como en primera medida como fue la propiedad la primera en ser considerado un derecho en el sentido moderno.

Como característica novedosa de la noción de derecho subjetivo es su identificación a un interés individual, el titular de este derecho es la persona – de ahí el apelativo de subjetivo- y el derecho por excelencia se representaba en la propiedad, ello significaba que el propietario tenía todo tipo de prerrogativas y de mecanismos para hacer efectivo su derecho a la propiedad frente a los demás individuos y a la actuación del Estado. Observando detenidamente el derecho de propiedad se compone del uso, goce y disposición<sup>3</sup>, es decir, un derecho ante todo es el ejercicio de la voluntad

---

<sup>3</sup> Así lo ponemos observar en la definición que trae el Código Civil en su artículo 669, que hacer referencia a esta concepción del derecho clásica. “CONCEPTO DE DOMINIO. El dominio que se llama también

sobre una cosa o sobre una situación jurídica, y por lo tanto es el reconocimiento a la autonomía y libre determinación del individuo.

Pero dicha definición de derecho subjetivo sirvió hasta cierto tiempo, pues la misma respondía a un modelo de Estado liberal clásico, en el que el Estado se constituía como un árbitro neutral ante los conflictos sociales e individuales que iban surgiendo, cuando la realidad, social y política se fue transformando, dicha definición quedó relegada y surgió la necesidad de elaborar una nueva que respondiera a las nuevas demandas de protección que solicitaba la comunidad.

Es en este punto, después del recorrido histórico necesario, se llega a la conceptualización de un Derecho como derecho fundamental, aunque si bien es necesario aclarar que no todo derecho es fundamental y que existen derechos que difieren y que tienen otros contenidos, estos no son considerados en esta investigación, pues lo que atañe es determinar esos derechos que se caracterizan por ser sus titulares los individuos, por recaer sobre los bienes e intereses personales de los mismos, y que por su naturaleza son los básicos y los más importantes derechos dentro de una sociedad que se ordene políticamente y que tenga como derrotero la protección de la dignidad humana.

La pregunta contemporánea sobre qué es un derecho fundamental y cuál es su contenido es la que nos permitirá dilucidar finalmente el derecho al olvido, pues es según sus características y sus requerimientos que se verá si el derecho al olvido se puede considerar como fundamental y si por lo tanto demanda de una protección judicial especial.

La respuesta a este interrogante planteado no se presenta fácil, con el transcurso del tiempo y el cambio de realidades el Derecho ha venido volviéndose más complejo e intrincado, y dicha complejidad se puede observar de manera más palpable a la hora de determinar y caracterizar la naturaleza de los llamados derechos fundamentales, ya que dicha discusión supone la entrada en ámbitos no solo estrictamente jurídicos, sino sociales, económicos y filosóficos. Teniendo en cuenta dicha complejidad y dado el objetivo de este trabajo es que se centra en la versión y doctrina dominante y hegemónica que trabaja y ha desarrollado el concepto de derecho fundamental, se presenta entonces como referencia obligada la doctrina alemana y la doctrina española constitucional no sin olvidar lo que los doctrinantes nacionales y la jurisprudencia patria ha dicho frente a este particular.

---

propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.” (Código Civil de Colombia, 1887)



## DERECHOS FUNDAMENTALES

### I. Tesis y orígenes.

La pregunta por el contenido, alcance y límites de los derechos fundamentales está aún presente entre los que cultivan sus estudios, es importante enfatizar que la primera muestra de su establecimiento se realizó con la constitución de la República Federal alemana en la conocida como constitución de Bonn<sup>4</sup>. La Europa de la posguerra se concentró en el desarrollo económico y en el establecimiento de una calidad de vida de sus ciudadanos que evitara la miseria y garantiza los derechos a las personas, bajo este entendido fue que se desarrolló el llamado Estado de bienestar<sup>5</sup>, en el que se le reconocían derechos inalienables a las personas, de allí que se hiciera un catálogo de derechos en la constituciones de posguerra.

Este modelo, principalmente alemán, tuvo influencia en la configuración de la constitución de España<sup>6</sup> al volver la democracia a este país, y por esta vía se extendió a los países de habla hispana, especialmente en Latinoamérica. Dicha influencia del constitucionalismo continental Europeo llegó a nuestro país al expedirse la constitución de 1991, en un proceso constituyente originado en un proceso de paz con un grupo armado ilegal, se siguió el modelo español por lo que se confeccionó un catálogo de derechos, a unos se les dio el carácter de fundamentales con prevalencia sobre todos los demás en el ordenamiento jurídico, y otros de menor categoría, pero no por eso importancia, denominados en la carta como derechos económicos, sociales y culturales, estos para la protección de los derechos o intereses colectivos, en donde es sujeto de protección es múltiple o imposible de individualizar.

---

<sup>4</sup> Conocida como la ley fundamental de Bonn de 1949 es la constitución de posguerra de la república federal alemana, la cual fue la primera dentro del constitucionalismo moderno en recoger un catálogo de derechos humanos y caracterizarlos como derechos fundamentales.

<sup>5</sup> El estado de bienestar se reconoce como una evolución del clásico estado de derecho, la preocupación de este supera el mero ejercicio de arbitramento y se involucra en la materialización de los derechos, en la intervención del mismo en la económica buscando equidad y la repartición de las riquezas, y en la actividad de velar por el cumplimiento de derechos sociales, tales como la educación pública, la salud y la seguridad social. (Fernández, 1998)

<sup>6</sup> La Constitución española data de 1978 y es resultado de la vuelta a la democracia al país luego de una prolongada dictadura de Francisco Franco, la misma tiene una marcada influencia de la constitución alemana de Bonn, y como esta contiene un catálogo de derechos fundamentales, unas acciones constitucionales y una jurisdicción especial para la resolución de controversias que se originen entre y frente a derechos fundamentales.

Los derechos fundamentales son un producto de esta nueva concepción de la Constitución, de su carácter vinculante directamente y de la consagración de derechos. Dichos fenómenos han sido recogidos y conceptualizados en un movimiento conocido como neo constitucionalismo, el cual se describe en los siguientes términos “El término alude a un nuevo “Constitucionalismo”, o bien a una opción diferente para el “Estado de Derecho”, donde impera un concepto distinto acerca del “Derecho”; lo cual implica una novedosa y distinta “Teoría del Derecho”, en cuyo significado prevalece o tiene primacía la fuente del derecho que rige todas las normas jurídicas: “La Constitución”. (Gil Rendón, 2011)

Igualmente se presenta la necesidad de aclarar cuál es la relación de los derechos fundamentales y de los derechos humanos. Dicha distinción es importante porque podrá esclarecer los límites y contornos de los derechos fundamentales. En principio los derechos fundamentales pertenece a la categoría de derechos humanos, de entrada todo derecho fundamental es un derecho humano, lo que caracteriza a estos es su disposición en los ordenamientos jurídicos nacionales, que consagran para los mismos una jerarquía superior y unos procedimientos especiales, generalmente rápidos y sencillos para hacer valer su protección. Es decir, ante todo cuando se habla de derechos fundamentales se habla de la protección jurídica de los derechos humanos en un ordenamiento jurídico nacional determinado, y por lo tanto a unos mecanismos internos procesales y sustanciales que velan por el cumplimiento y la protección de los mismos.

Esto no quiere decir que la normatividad internacional, a saber convenios y tratados internacionales tengan menos importancia a la hora de resolver conflictos entre derechos. Se sigue la tesis que adoptó Colombia sobre el bloque de constitucionalidad<sup>7</sup> se encuentra que estos tratados y convenios que versen sobre sobre derechos humanos hacen parte integral de la constitución, y por lo tanto tienen el mismo nivel de jerarquía o inclusive superior que el ordenamiento interno. Dicha postura tiene sentido al materializar el necesario reconocimiento de los derechos humanos como mínimos éticos de convivencia, y la necesaria consagración en instrumentos internacionales junto con su adopción en ordenamientos nacionales se constituye en prenda de garantía de estos.

Ahora para la correcta conceptualización de una noción tan compleja como derecho fundamental se debió recurrir en un primer momento a los desarrollos de la jurisprudencia y de la doctrina de

---

<sup>7</sup> Dicho concepto ha sido conceptualizado por la Corte Constitucional de la siguiente manera:

Se compone el bloque de constitucionalidad “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.” (Sentencia C- 225 de 1995)

los países de donde provenían originariamente, por tanto fueron los teóricos del derecho constitucional alemán y español los que sirvieron de derrotero para marcar el camino respecto a la conceptualización de los derechos fundamentales.

De una lectura de la doctrina constitucional frente a este tópico se pueden encontrar diferentes tesis que sustentan su origen, por un lado tesis iusnaturalistas y por otro lado tesis que podríamos denominar como positivistas o históricas. Frente a la primera tesis consideran sus defensores que existen unos derechos inalienables, inalterables, inmodificables, en todo caso eternos e inmutables. Dichos derechos no dependen de la voluntad o poder del hombre, sino que reposan en una abstracción o mundo metafísico, dicha tesis se entiende mejor si se observan las dos principales escuelas del iusnaturalismo, la primera el conocido como Iusnaturalismo Teológico, el cual identifica el origen de los derechos de las personas en la gracia divina, Dios y la divinidad es fuente de toda legalidad y de toda juridicidad, bajo este entendido el hombre no puede disponer de algo que no le corresponde, algo que solo es detentado por un ser superior; en conclusión los derechos fundamentales bajo esta lupa son gracias y atributos de la divinidad hacia el hombre, el cual no puede transgredirlos so pena de violar la ley divina o sagrada.

La otra escuela representativa es el Iusnaturalismo Racionalista, por el contrario a la teológica, identifica el origen de los derechos del hombre en la razón<sup>8</sup>, dicha razón se comprende como el entendimiento humano que es capaz de descubrir las leyes de la naturaleza, ya que las identifica y las utiliza para la descripción y predicción del mundo. Bajo este entendimiento se llega a la conclusión que en el comportamiento del hombre subyacen unas leyes naturales que rigen su comportamiento, es por lo tanto que se deducen leyes que informan los derechos y deberes de los seres humanos, es pues la razón la que nos permite descubrir cuáles son estos derechos, por lo que los derechos fundamentales son las leyes que rigen la conducta humana, es la naturaleza del hombre la cual está dotada de dignidad, libertad e igualdad.

Tal vez el autor más representativo y que más ha tenido influencia a la hora del estudio de los derechos fundamentales es el profesor alemán de derecho constitucional Robert Alexy, que con su obra teoría de los derechos fundamentales ha impregnado y ha servido de derrotero a la hora de aplicar los mismos. Su aporte más importante a la dogmática constitucional resulta en el principio de ponderación el cual se constituye en un concepto importante al resolver colisiones o conflictos entre derechos fundamentales. (Alexy, 2007)

---

<sup>8</sup> Se puede mencionar entre muchos autores que sostiene esta teoría, a Hobbes, Rousseau, Locke y Kant.

Aunque respetables, estas tesis iusnaturalistas no explican coherentemente el origen, desarrollo, límites y alcances de los derechos fundamentales. Su punto débil argumentativo constituye el caer en la llamada falacia naturalista la cual ejemplifica el error de considerar que porque el mundo físico se rige por unas leyes inmutables e indubitables, el mundo social humano también se rige por unas leyes de iguales características. Esta falacia Expuesta por el filósofo inglés David Hume, consta de pensar que lo natural es inherentemente bueno, y a contrario sensu lo innatural o contra natural es inherentemente malo. Este razonamiento problemático se convierte en un axioma moral que conduce a la penalización y reproche del comportamiento no natural como no deseable o malo. Dicho filósofo explicó lo erróneo que supone pensar la naturaleza como derrotero de lo deseable. (Hume, 2012)

Esta aparente disyunción metodológica entre formas de entender el mundo ha sido matizada por corrientes o desarrollos teóricos modernos que abogan por su superación o por la unión de los puntos comunes que identifican como tales en cada corriente, con esta pretensión han pululado teorías jurídicas sincréticas o eclécticas que buscan una cierta armonía, por mencionar solo un par de alto reconocimiento la teoría de Luigi Ferrajoli como representante de una especie de positivismo axiológico<sup>9</sup>, o Arthur Kaufmann<sup>10</sup> con un iusnaturalismo muy tenue o disminuido.

A estos desarrollos teóricos se les denomina como una tercera vía de solución, reciben más ese apelativo por sus críticas a los modelos preexistentes que por presentar un modelo verdaderamente superador, y caen en la excesiva especulación metafísica y en el abuso de métodos nebulosos inverificables ni falseables, ante estos obstáculos epistemológicos el dialogo racional sea hace difícil o imposible.

Por otro lado el desarrollo de la ciencia y de los estudios del hombre ha comprobado justamente lo contrario, por un lado las leyes físicas, las cuales rigen el comportamiento de los cuerpos y objetos en el espacio no son inexorablemente perfectas, dos ejemplos de estos desarrollos los podemos encontrar en el principio de Heisenberg<sup>11</sup> propio de la física teórica y que actualmente es un concepto fundamental para explicar la estructura subatómica del mundo. O, por otro lado, la formulación de la teoría de la relatividad por parte de Einstein, no es nuestro propósito entrar en

---

<sup>9</sup> La obra más representativa de esta corriente se encuentra en *principia iuris* particularmente su posición sobre la democracia normativa. (Ferrajoli, 2011)

<sup>10</sup> Por todos el libro filosofía del derecho una obra sistemática de presentación de la filosofía del derecho de corte continental. (Kaufmann, 1999)

<sup>11</sup> Conocido también como principio de incertidumbre que postula que el acto mismo de observar cambia lo que se está observando. Dicha afirmación pone en tela de juicio la existencia de un mundo absolutamente objetivo y recalca que un observador puede llegar alterar el objeto, aunque dicho principio y su relevancia es de aplicación en la mecánica cuántica, sirve para desmitificar la distinción clásica entre sujeto y objeto, y por lo tanto pone de manifiesto la necesaria e incontrovertible alteración del sujeto al momento de observar un fenómeno. (Galindo. 1978)

estas disquisiciones, sino simplemente mencionar como dichos descubrimiento o conjeturas científicas han cambiado profundamente la percepción de nuestro mundo.

Luego es claro para la comunidad científica que las leyes que rigen el mundo físico no son inexpugnables, mucho más lo son al momento de analizar el comportamiento humano, el estudio científico de estos campos son disimiles, pero podemos hacer énfasis en los aportes que hacen las psicología, la economía, la sociología y la neurología al momento de determinar por qué nos comportamos como lo hacemos y a qué tipo de estímulos e interacciones respondemos, más allá de pensar que el hombre posee un decálogo de derechos y comportamiento innato y solo cognoscible por la razón, la cual es caracterizada como infalible.

Por lo tanto lo tanto el comportamiento humano no responden a ideas inmanentes o supra terrenales conceptualizadas como una abstracción del deber ser, sino a otro tipo de comportamientos que pasan por predisposiciones genéticas, contextos sociales, culturales, distribución de los recursos y salud física y mental. Dichas variables no son consideradas por los diferentes tipos de escuelas iusnaturalista, por lo que peca en observar el fenómeno desde una luz muy tenue que no lo permite ver en su totalidad lo complejo y problemático de los derechos humanos o fundamentales.

Por otro lado tenemos la tesis positivista<sup>12</sup> en su sentido jurídico, la cual es la que se adoptará parcialmente en este escrito, y en la que se tiene en cuenta el reconocimiento de derechos como un proceso histórico, y como las demandas de la sociedad o un sector de la sociedad es fundamental a la hora de reconocer una realidad y caracterizarla como un derecho. Esta demanda a la que se alude resulta de un proceso político de carácter democrático –generalmente- y conlleva a un proceso legislativo o constituyente; los derechos están lejos de ser abstracciones de la razón que reposan sobre el cosmos, son más bien reconocimientos de la sociedad organizada políticamente y jurídicamente en un Estado. Esto imprime a los derechos humanos o fundamentales un cierto aire de inestabilidad o relativismo, pero no por ello dejan de perder su fuerza, gracias al reconocimiento de la sociedad y de la comunidad internacional, se ha venido aceptando su universalidad como pretensión política y humana. Así se observa en la declaración universal de los derechos humanos<sup>13</sup>,

---

<sup>12</sup> El positivismo es una corriente de pensamiento principalmente filosófico desarrollado por el pensador francés Auguste Comte, abarcar el mismo no es objeto del texto, pero si es necesario decir que la postura del mismo supone la aplicación del método científico usado en las llamadas ciencias duras, para la explicación del mundo social, y de esta forma poder determinar leyes o características uniformes al desarrollo de la sociedad. (Ritzer, 2011)

<sup>13</sup> La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un documento declarativo adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París; en ésta se recogen en sus 30 artículos los derechos humanos considerados básicos, a partir de la carta de San Francisco (26 de junio de 1945)

o a nivel interno en los reconocimientos de derechos por constituciones o por precedentes judiciales en sistemas jurídicos del *common law*. Esta realidad es la que vive la sociedad y por lo tanto la que caracteriza a los derechos fundamentales.

## **II. La ubicación dentro del sistema jurídico de los derechos fundamentales**

Dentro del orden jurídico los derechos fundamentales se ubican en una parte preponderante y adquieren el mayor valor y aprecio a la hora de realizar decisiones o sentencias judiciales, esta importancia en la actualidad la comparte con los convenios y tratados internacionales que versen o desarrollen derechos humanos, esta es otra de las características de llamado neo constitucionalismo el cual es la integración de la normatividad jurídica al sistema de derecho nacional, dotándolo de fuerza vinculante y preponderante al momento de resolver los conflictos jurídicos que se presenten.

Esta nueva corriente denominada neo institucionalista se ha conceptualizado de la siguiente forma: “El neo constitucionalismo es una nueva teoría jurídica que busca transformar el Estado de Derecho en el Estado Constitucional de Derecho, para eso plantea mayor intervención del Estado y la creación de espacios democráticos igualitarios y de respeto a los derechos humanos. La Constitución se vuelve vinculante en las relaciones sociales tanto públicas como privadas a través de reglas y principios con un contenido programático y axiológico.” (Valle, 2014)

Toda actuación del Estado y de los particulares debe respetar los derechos fundamentales de las personas. Por lo que los estos derechos se constituyen en el fundamento y legitimidad de toda formación política y jurídica. Luego su observancia se hace preponderante y obligatoria, y debe informar y adecuarse a los requerimientos de respeto a la dignidad y libertad de las personas. Esta obligación adquiere importancia cuando se analice la acción de habeas data y la obligación que tienen los particulares al momento de ser sujetos de un requerimiento sobre información almacenada en bases de datos.

## **III. Concepto de derecho fundamental.**

El concepto de derechos fundamentales varían según el enfoque o punto de partida epistémico que se utilice, basta mencionar en este punto que la teoría dominante o hegemónica es la importada del constitucionalismo alemán principalmente. El autor más representativo frente a ellos es Robert Alexy que define a un derecho fundamental como un mandato de optimización, este mandato tiene la forma gramatical de un principio dentro de un catálogo de derechos fundamentales de una constitución. Su principal característica es la manera de aplicar un principio a un caso concreto, pues contrario a una regla –norma tradicional- no es posible aplicar la subsunción como método, para ello Alexy propone la ponderación como mecanismo hermenéutico. (Alexy, 2007)

Estrictamente y dentro de la dogmática del derecho constitucional nacional los derechos fundamentales son lo que son susceptibles de protección directa a través de la acción de tutela dentro del ordenamiento jurídico colombiano, esta definición de carácter procesal no dice su naturaleza, pues la misma no solo pasa por ser los derechos que se enumeran en el título pertinente de la constitución<sup>14</sup>, sino que dependiendo del desarrollo histórico, económico, político y demás factores se desarrollan a través de las reglas de interpretación constitucional, pues en esta actividad es que se van llenando de contenido los derechos fundamentales, se conceptualizan y se limitan, esto implica que por vía del interprete autorizado y los desarrollos jurisprudenciales los derechos fundamentales en sus diferentes manifestaciones (Derecho a la vida, a la libertad, a la honra y buen nombre etc.) se van conceptualizando y se van estableciendo las reglas de su contenido y aplicación.

Entonces es la Corte Constitucional por medio de sus precedentes como fuente principal, junto con las demás fuentes del derecho, la que indicará finalmente que es un derecho fundamental y cuál es su contenido, límites o alcances.

## **EL DERECHO AL OLVIDO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

Desde la tesis que se aborda en este texto sobre los derechos fundamentales se observa que estos derechos no son pétreos, también que los mismos son susceptibles de cambios o modificación, igualmente al catálogo constitucional se le agregan derechos<sup>15</sup> tal es el caso de la ley 1751 de 2015 que expresa: “Artículo 20 Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud.” (República de Colombia, Ley 1751 de 2015), esta aditamento ocurre ya sea por vía jurisprudencial o legal, lo que no hace sino demostrar el carácter fluctuante de los mismos y la dependencia con contextos políticos, económicos, sociales y culturales.

Este último es el caso del llamado derecho al olvido, si observamos el catálogo constitucional de derechos no se encuentra expresamente articulado, no positivizado, La razón de ello es sencilla, el

---

<sup>14</sup> Lo mismos se encuentran en el Título II, capítulo primero de la constitución política y se encuentran del artículo 11 al 41 de la constitución de 1991.

<sup>15</sup> Ejemplo reciente la consagración legal del derecho a la salud como derecho fundamental, valga recordar que dicho carácter de fundamental ya había sido conceptualizado por la Corte Constitucional, pues en la constitución el mismo fue consagrado como un derecho del tipo económico, social y cultural.

derecho al olvido solo se entiende en el contexto de desarrollo tecnológico y digital, que al momento de expedirse la constitución nacional no existía o era muy incipiente. Entonces esta nueva realidad social y tecnológica que se manifiesta en la actualidad puede traer consecuencias de violación a los derechos de las personas, el déficit de protección que provoca el uso de la tecnología y de las bases de datos fue llenado, para el caso colombiano, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en un primer momento, y posteriormente fue recogido en desarrollos legales.

### I. El derecho al olvido como derecho fundamental innominado

El llamado derecho al olvido y el mecanismo que se utiliza para su protección no están consagrados expresamente en la constitución política, pero esto no significa que pierdan su relevancia jurídica como derecho fundamental en estricto sentido. Esto quiere decir que el mismo derecho se conceptualiza como derecho fundamental a pesar de no estar positivizado expresamente en el catálogo de derechos que trae la constitución de 1991. La razón de ello estriba o se puede conceptualizar en dos tesis sostenidas por los estudiosos de este tema. De una parte están los que consideran que el derecho al olvido y su contenido relacionado con las bases de datos y la información que reposa en las mismas es una extensión o actualización del derecho a la honra y al buen nombre<sup>16</sup>, el cual sí está consagrado expresamente como fundamental en la carta política. Otra de las tesis aboga por la autonomía del derecho al olvido y de su mecanismo constitucional para su protección, es decir, que el mismo constituye un derecho autónomo y diferente al derecho a la honra y al buen nombre y por lo tanto tiene sus propios contenidos.

Se observa la aplicación de estas dos tesis, la de autonomía y la de derivación o conexidad en la sentencia de la Corte Constitucional referente al derecho a la salud que sirve como referencia a este punto, y que en palabras de Martha Cecilia Páez sigue el siguiente derrotero:

“(…)Como se indicó, en Colombia, siguiendo pautas del constitucionalismo moderno, el elenco de derechos fundamentales no obedece a un *numerus clausus* que restrinja la inclusión de otros que, anclados en la dignidad humana o en otras cláusulas de libertad o autonomía, no puedan protegerse por los jueces constitucionales.” (Páez, 2012)

---

<sup>16</sup> “ARTICULO 15. 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.**” (República de Colombia, Constitución política). Como se observa en la parte final del artículo, se encuentra incipientemente el derecho que tienen las personas frente al manejo de los datos que sobre las mismas reposen en diferentes bases de datos, y a su vez, aunque no expresamente los límites y usos de estos datos por los administradores o terceros.



La referencia a la no existencia de una cláusula general que no permita la introducción de más derechos constituye tal vez el más grande aporte del neo constitucionalismo, permite entonces una flexibilización de la regulación para poder adaptarse a las demandas y requerimientos de las personas ante nuevas realidades políticas, económicas y sociales. Así

“El artículo 94 de la Constitución colombiana establece una cláusula general y abierta de consagración de derechos al establecer que la «enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos». Surgen de este enunciado los llamados derechos fundamentales innominados, cuyos ejemplos paradigmáticos en el ámbito general colombiano son los derechos al mínimo vital, a la dignidad (como derecho), el derecho a la seguridad personal y el derecho a la estabilidad laboral reforzada” (Páez, 2012)

Pero este fenómeno no solamente se presenta en el ámbito nacional, ya que lo podemos encontrar en legislaciones extranjeras “(...); otros ordenamientos, como el peruano, por ejemplo, consagran igualmente derechos que, sin estar a nivel positivo, caen en la categoría de «otros derechos», como pueden ser el derecho al agua, a la objeción de conciencia y el a la verdad.” (Páez, 2012)

Sea como fuera es claro que en la Constitución se reconoce la posibilidad de rectificar, conocer y actualizar la información que sobre las personas reposen en base de datos, por lo que las distintas tesis enfrentadas no parecen conducir a un debate sustancial y se quedan en meras distinciones teóricas y teoréticas.

Diferente situación ocurre con el mecanismo constitucional pertinente para la invocación de la protección de este derecho, la Constitución no previó un mecanismo especial para el mismo, por lo que en un primer momento la protección para casos de información en base de datos pasó por la interposición de acciones de tutela, estas eran solo procedentes si previamente el accionante había presentado ante la entidad correspondiente derecho de petición solicitando la eliminación de la información, en caso de la negativa de la entidad o el silencio de la misma a la petición del ciudadano se hacía operante la acción de tutela. Pero dicha acción no parecía la pertinente para la materialización de este derecho, más teniendo en cuenta que los requisitos y las formas de invocación tan particulares de este acción no son muy aplicables frente a los requisitos formales y sustanciales que supone la interposición de una acción de tutela así que para eventos o situaciones de corrección, rectificación o conocimiento de información en base de datos era necesario la creación de una acción particular e independiente a la acción de tutela.

## **II.     Ámbito de protección del Derecho al olvido**

El ámbito de protección frente al cual actúa el llamado al derecho al olvido se sustenta en la protección de dos derechos, el primero es el derecho al buen nombre y a la honra, y el segundo está vinculado directamente a la protección de datos personales alojados en servidores. Estos serían los dos intereses legítimos que justifican la acción del Estado para que proteja y ampare los derechos de las personas en situaciones que se vean en peligro o se estén afectando.

El punto siguiente es analizar en profundidad los derechos o intereses involucrados cuando se habla de derecho al olvido, para esto se hace remisión al desarrollo jurisprudencial nacional frente a ellos, se opta por esta vía teniendo en cuenta que el contenido de estos derechos está muy marcado con el contexto Constitucional y nacional en el que se desarrollan, y se suma al interés general de esta investigación de observar el derecho al olvido en la normatividad patria. Ya se aclaró que los contenidos de los derechos fundamentales solo pueden ser desarrollados y aclarados a través de las decisiones judiciales, antes esta realidad se hará un recorrido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional referente a estos dos derechos y se hará un breve examen de como ellos hacen parte o complementan el llamado derecho al olvido

### **III. El derecho al buen nombre y a la honra**

La Constitución Política en su artículo 15 dispone el derecho al buen nombre y la honra, para efectos de los que atañen a esta investigación el mismo se refiere en su parte primera, y como se ha reiterado, a la posibilidad de “conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en banco de datos y en archivos de entidades públicas y privadas” (Constitución Política, 1991).

El artículo es generoso en su redacción y se toma la libertad de mencionar varios temas que atañen, de uno u otro modo, al derecho al olvido: por un lado se tiene el derecho a la intimidad, al buen nombre y finalmente el derecho a la rectificación de los datos personales, estos son los puntos que se constituyen en punto de interés y que permitirán dilucidar la relación de estos derechos con el derecho al olvido.

Frente a este particular se encuentra que la jurisprudencia de la corte constitucional se ha pronunciado en los siguientes términos:

“La jurisprudencia de la Corte en este campo ha señalado así mismo que la protección del derecho a la honra, entendida como la estimación o deferencia con la que cada persona debe ser tenida por los demás miembros de la colectividad que le conocen y le tratan, en razón a su dignidad humana, es un derecho que debe ser protegido con el fin de no menoscabar el valor intrínseco de los individuos frente a la sociedad y frente a sí mismos, y garantizar la adecuada

consideración y valoración de las personas dentro de la colectividad.” (Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2002)

Respecto al derecho al buen nombre y a la honra se ha pronunciado en los siguientes términos,

“Esta Corte ha sostenido, que los derechos al buen nombre y a la honra son derechos que se ganan de acuerdo con las acciones realizadas por el individuo, sea que en virtud de ellas pueda gozar del respeto y admiración de la colectividad como consecuencia de su conducta intachable, o sea que, por el contrario, carezca de tal imagen y prestigio, en razón a su indebido comportamiento social.” (Corte Constitucional, Sentencia C-392 de 2002)

En el mismo sentido se localiza este razonamiento clarificador de la Corte Constitucional:

“Mientras que el derecho al buen nombre (artículo 15 Superior) ha sido identificado como la reputación de una persona frente a los demás miembros de la sociedad, a partir de su comportamiento y las acciones protagonizadas por él, el derecho a la honra (artículo 21 Superior) también hace referencia a la estimación que tiene la colectividad de una persona pero, en este caso, derivada de su dignidad humana y de su valor intrínseco como persona. En todo caso, ambos derechos se encuentran estrechamente relacionados con el comportamiento y las actuaciones del individuo y la manera como su imagen es proyectada y asimilada por la comunidad. Sin adoptar una posición acerca de la prevalencia prima facie de alguno de estos derechos, el juez constitucional ha optado por ponderar, frente a cada situación, los derechos fundamentales en tensión, de forma que se armonicen o que se evite el sacrificio desproporcionado de alguno de ellos en función de la preservación de los otros.”(Corte constitucional, sentencia T-1198 de 2004)

Caracterizados estos derechos por la Corte Constitucional en sus decisiones judiciales cabe la pregunta de si el contenido de los mismos se ven lesionados en hipótesis que involucren el almacenamiento de información en páginas web y la posterior indexación de la misma en los motores de búsqueda.

#### **IV. El derecho a la honra y su relación con el derecho al olvido**

El derecho a la honra, como bien lo menciona la corte, es el respeto mínimo que merece una persona por el solo hecho de existir y por estar investida del reconocimiento a su dignidad humana, es decir, independientemente de los actos o actitudes que tenga una persona y que puedan llevar a un reproche social, lo acompaña un derecho de honra que no puede irrespetarse, por lo tanto cuando este mínimo de honra es violado o irrespetado, ya sea en el medio tradicional de afectación a la

dignidad y honra de la persona, por ejemplo por una injuria o calumnia, es claro que el deber frente a este hecho de parte del perpetrador es la rectificación de la información perjudicial. Ahora se debe analizar el mismo evento pero bajo dos circunstancias: la primera es una situación de vulneración del derecho a la honra en el contexto de almacenamiento de datos o información del afecto en servidores o páginas web y la indexación y visualización de la misma en los motores de búsqueda, la segunda circunstancia es cuando la información que se pone a disposición no es inexacta ni falsa, es decir que la misma se corresponde con la realidad y con una conducta del lesionado ocurrida o acaecida en el pasado.

Esta última circunstancia es muy importante al tener en cuenta en el análisis del derecho al olvido, pues el mismo hace relación en estricto sentido al olvido de un hecho que ocurrió y que goza de verosimilitud, es decir, no se está ante escenarios donde la información es errónea, inexacta, incompleta o falsa, por el contrario el derecho al olvido opera en ámbitos donde la información es cierta pero por el respeto a la persona y por la necesidad y el derecho de reconstruir un proyecto de vida que tiene toda persona, por eso es que se alude a este olvido, que en palabras coloquiales lo se podría denominar como un nueva oportunidad, que a pesar de las conductas pasadas y dentro de un sistema que respeta la dignidad humana tiene el derecho a rehacer su vida y que los demás lo respeten como ser humano que es.

Es entonces evidente la relación del derecho al olvido con el derecho a la honra, pues este es el derecho principalmente que se tutela por medio del olvido, a recobrar el mínimo respeto por el ser humano y a permitirle reconstruir su vida.

## **V. El derecho al buen nombre y su relación con el derecho al olvido**

La relación de estos dos derechos se presenta diferente y de cierta manera problemática, a diferencia del derecho a la honra ya analizado, el derecho al buen nombre no es un mínimo ético y de respeto por el otro, el buen nombre es diferente en tanto, y como lo evidencia la Corte, una construcción social en la que participan las conductas de la persona y el valor que le asignan los demás a la misma, es decir, el la imagen que se hacen los demás seres humanos en la interacción social respecto de una persona y su forma de comportarse.

Esta caracterización del buen nombre si puede representar un posible conflicto con el derecho al olvido, pues ya se invade órbitas no estrictamente jurídicas sino más órbitas sociales. Clarificando este punto se puede decir que el derecho no puede obligar a las personas a tener una buena imagen o un buen concepto de determinada persona ya que dicha hipótesis desbordaría la actuación de un Estado dentro de un orden democrático y respetuoso de las libertades de las personas. Frente a lo mismo s considerar dos escenarios, el primero en el cual la información que sobre una persona se

hace difundir es falsa, errónea o inexacta, ante esto si es posible que se afecte el buen nombre, pues la construcción social de su entereza se ve afectada por estas difamaciones, por lo que la primacía de rectificación o eliminación se encuentra perfectamente justificada, el segundo escenario es en el cual la información que se hace difundir de una persona si corresponde a la realidad, a hechos y actuaciones que la misma realizó y que tiene repercusión social o jurídica. Ante este evento el derecho al buen nombre se ve lesionado no en un ámbito jurídico, sino social, es decir el reproche social es uno de los elementos como se hace control social dentro de una comunidad organizada, y por lo tanto escapa a la órbita de regulación jurídica, como ya se ha mencionado, el ordenamiento jurídico no puede obligar a las personas a que se hagan un buen concepto de los demás; se podría argumentar que lo que se pretende es que la información afectante o lesiva sea retirada, pero la información es lo mismo que permite que se construya la imagen de buena reputación o buen nombre, no se puede ocultar lo malo y preservar solo lo bueno, así no se configura la sociedad.

Concretando, es necesario aceptar como fundamento del derecho al olvido la tutela del derecho a la honra, y que en el caso del derecho al buen nombre el mismo se presenta más bien problemático, puesto que la única actividad judicial que se podría prever es el retiro de la información lesiva pero no por eso falsa de la persona afectada, igualmente es necesario aclarar que ante estos eventos es necesario el estudio de casos particulares, ya que se presentan muchos problemas de interpretación y no es posible el edificar sub reglas aplicables para otros caso tan fácilmente, como así lo ha dejado claro las sentencias de la Corte Constitucional antes citadas.

## **VI. El derecho a la protección de datos personales y su relación con el derecho al olvido**

Si se analiza el derecho a la protección de datos personales, como coloquialmente se le conoce Habeas Data: es necesario aclarar que se presenta un problema conceptual el denominar el derecho con el nombre de la acción por la cual se tutela. Para este escrito es claro que el derecho a proteger son los datos personales, el mismo se encuentra parcialmente mencionado y desarrollado en el ya citado artículo 15 de la Constitución política, particularmente en el inciso final del primer párrafo: “(...) 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.”(República de Colombia, Constitución Política).

Si se atiende a la lectura de dicho párrafo se encuentra que el derecho a la protección de datos personales protege, como bien se menciona, los datos de las personas, los mismos tiene diferentes características y contenidos, pero la mayoría entra en la siguiente tipología clarificadora:

- 1) Datos de identificación: tales como nombre, domicilio, teléfono, correo electrónico, firma, fecha de nacimiento, edad, nacionalidad, estado civil, etc.

- 2) Datos laborales: tales como puesto en que se desempeña, domicilio del sitio de trabajo, correo electrónico laboral, teléfono de trabajo.
- 3) Datos patrimoniales: tales como información fiscal, historial crediticio, cuentas bancarias, ingresos y egresos etc.
- 4) Datos Académicos: tales como la trayectoria educativa, los títulos obtenidos, los certificados académicos, distinciones o méritos etc.
- 5) Datos ideológicos: tales como las creencias religiosas, afiliación política, afiliación a organizaciones como partidos políticos, sindicatos u organizaciones no gubernamentales.
- 6) Datos de la salud: tales como la historia clínica, en especial la historia clínica y de lo que allí se puede deducir, como enfermedades, padecimientos físicos o mentales etc.
- 7) Datos personales de identificación: Tales como el ADN, la huella dactilar, el tipo de sangre y demás que sirvan para la individualización de una persona como lo sería el color de pelo, la altura, el peso etc.
- 8) Datos de vida y hábitos: Esta sería la clasificación más amplia, y la más utilizada, pues se utiliza por los administradores de datos y terceros para identificar, hábitos de consumo: sobre qué comida compra preferentemente una persona, qué productos de limpieza, deportivos, tecnológicos y demás datos necesarios para estrategias de mercadotecnia y marketing.

Atendiendo al artículo mencionado se observa que este derecho se compone de tres posibles hipótesis a saber, el conocer qué tipo de información se maneja o se administra sobre una persona, el actualizar la información que reposen en las bases de datos, y por último el derecho a rectificar dicha información, si realiza el análisis correcto se encuentra que no está presente el derecho a borrar o eliminar dicha información, lo que en últimas es el objetivo del llamado derecho al olvido el lograr borrar u ocultar una información que por su contenido lesiona o afecta gravemente a la persona. Pero no solo esta falta de mención constitucional es un gran desafío a la hora de conceptualizar el derecho al olvido, cuando se habla de borrar información en base de datos, así como en páginas web y en motores de búsqueda se evidencia que se puede presenciar una colisión con el derecho a la libertad de expresión, pues por un lado está un derecho que nos permite difundir y dar a conocer información y opiniones y otro que posiblemente nos obligará a borrar u ocultar esta información. Dicho problema será tratado más adelante, por ahora es necesario prestar atención a los contenidos del derecho de protección de datos personales.

Conforme a la jurisprudencia de la Corte Constitucional ésta nos dice:

“(…) El dato es un elemento material susceptible de ser convertido en información cuando se inserta en un modelo que lo relaciona con otros datos y hace posible que dicho dato adquiera sentido. El dato que constituye un elemento de la identidad de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella, y por lo tanto sería susceptible de usarse para coartarla, es de su propiedad, en el sentido de que tendría ciertos derechos sobre su uso.

Consiste la libertad informática en la facultad de disponer de la información, de preservar la propia identidad informática, es decir, de permitir, controlar o rectificar los datos concernientes a la personalidad del titular de los mismos y que, como tales, lo identifican e individualizan ante los demás.”(Corte Constitucional, Sentencia T – 534 de 1992)

Esta anterior cita es la primera referencia al derecho de protección de datos personales desarrollada por la Corte Constitucional, en la cual se encuentra a pesar de la antigüedad, una correcta conceptualización del dato y de la relación del mismo con la persona, es o hace parte de la identidad de la persona y por lo tanto justifica y legitima la protección especial del manejo de los datos, como partes integrantes de la identidad de una persona.

La más reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional al referirse al derecho a protección de datos personales dice:

“En términos generales, el habeas data es un derecho que reviste al titular del dato personal de ciertas atribuciones y facultades en relación con la entidad que tiene bajo su cargo su tratamiento, entre ellas se destacan la posibilidad de solicitar la actualización del dato, la inclusión o rectificación de la información y, en general, todas aquellas medidas que permitan asegurar su adecuada administración. A pesar de ser un derecho autónomo, las expresiones que rodean su ejercicio pueden incidir en el goce de otros derechos, como ocurre respecto de la seguridad social. Por ello, en el entorno en el que se desarrolla resulta relevante resaltar un principio que delimita su ámbito axiológico de aplicación, a saber: el principio de veracidad o calidad del dato que prohíbe que el tratamiento sea parcial, incompleto, fraccionado o que induzca al error.”(Corte Constitucional, Sentencia T-505 de 2015)

Dicha cita anterior muestra como el derecho a la protección de datos personales está íntimamente ligada al ejercicio de otros derechos, esto dada la realidad tecnológica en la que para acceder a un bien o servicio se necesita de todo tipo de procedimientos y de base de datos, como ejemplo el caso tratado en la sentencia referenciada de una información incompleta o errónea que le negó al accionante el acceso a sistema de salud. Demuestra entonces este caso que los datos y su almacenamiento constituyen un requisito para el acceso y disfrute de los derechos, de ahí estriba su importancia.

Por lo tanto el derecho al olvido no sería más que una manifestación o una modalidad del derecho a la protección de datos personales, es decir, la posibilidad de eliminación o de ocultamiento de un dato perjudicial es una de las múltiples opciones de la protección de datos personales, por lo mas es la aplicación de este derecho que más problemas y tensiones general por su naturaleza y su aplicación.

## **VII. El derecho al olvido propiamente dicho**

Después de la aclaración del llamado derecho al olvido frente a otros derechos fundamentales, de observar y describir la tensión que genera este y su aplicación dentro del ordenamiento jurídico, es necesario observar cómo se aplica este derecho propiamente dicho y como, por parte de la Corte Constitucional, y se resuelve de cierta manera la tensión o colisión con otro derecho fundamental, a saber la libertad de información y la libertad de prensa, tema fundamental a la hora de hablar de derecho al olvido.

Reiterando que es la jurisprudencia el medio necesario para el esclarecimiento de los derechos fundamentales, y que la misma es primordial para delimitarlos y determinar su contenido, luego se hará referencia a una sentencia en particular, la cual si bien no es la primera que se refiere a este tema, si es la que mejor desarrolla el derecho al olvido, en el lenguaje del llamado neo constitucionalismo. A esta sentencia se le denominaría hito, en el sentido que se constituye, por su contenido, punto de referencia obligada para los casos que se deban resolver posteriormente, y por qué igualmente la misma determina la reglas hermenéuticas de interpretación al momento de hacer el juicio de ponderación entre el derecho al olvido, la libertad de prensa y libertad de información.

Para dicho propósito se analizará la sentencia T-277 de 2015 la cual versa sobre una información consagrada en un medio masivo de comunicación, la cual se encuentra indexada en el motor de búsqueda Google y que por contener información veraz pero incompleta afecta a la accionante en su derecho a la honra y al buen nombre. La acción que se incoa se justifica en que dicha información que mencionaba su vinculación con la posible realización de acto delictivo, pero no menciona que luego de transcurrir la instancia judicial no fue vencida en juicio la accionada y por lo tanto prevaleció su inocencia.

Anticipando el derrotero argumentativo y los problemas jurídicos tratados por la Corte, la misma resolvió que, a la información inicial de investigación por la comisión de un delito se le debe añadir una nota de aclaración respecto de la accionante mencionando que la misma no fue vencida en juicio, por lo tanto es inocente y no cometió lo hechos por los cuales fue investigada y juzgada, y por otro lado ordena a la dueña del dominio donde fue difundida la noticia, a saber el medio masivo



de comunicación, que a través de medio electrónicos restrinja o neutralice el acceso libre a esta información por parte de las personas.

Dicha conclusión a la que llegó la Corte Constitucional no está exenta de polémicas, dado que en el caso se presenta una clara colisión o tensión entre dos derechos de carácter fundamental, el derecho a la libertad de información y a la libertad de prensa y el derecho a la honra, buen nombre, y protección de datos personales. Así queda claro el escenario en donde la corte discurrirá en sendos argumentos para poder ponderar y lograr un equilibrio entre los derechos que se enfrentan.

### **VIII. Colisión del derecho al olvido y la libertad de prensa e información**

Para resolver este tema de bastante complejidad se seguirá esta metodología, en primera medida se hará referencia a la sentencia T-277 de 2015 de la Corte Constitucional en la que se pretende resolver este conflicto, luego se mencionarán las objeciones y diferentes posiciones que han esgrimido actores y constitucionalistas respecto de este fallo y sus cargas argumentativas, para finalmente argumentar a favor o en contra del ejercicio de ponderación realizado y si la parte resolutive se encuentra satisfecha con la protección de los derechos involucrados.

La constitución política se refiere al derecho a la libertad de información, expresión y de prensa en los siguientes términos:

“ARTICULO 20. Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación.

Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura.” (Constitución política de 1991, Colombia)

El anterior artículo menciona diferentes ámbitos de aplicación y diferentes derechos que tienen, dado un contexto diferentes contenidos, para la parte pertinente a lo que atañe a esta investigación se toman apartes de la sentencia en análisis y que clarifica el contenido de este artículo, la corte al analizar los derechos nos dice:

“La forma en la que los referidos textos normativos, tanto a nivel de legislación interna como en el ámbito del derecho internacional parecen entender la relación entre los derechos a la libertad de expresión y a las libertades de información y opinión podría ser concebida en un sentido amplio o lato y otro estricto. El primero de estos, garantizaría el derecho general a comunicar cualquier tipo de contenido a otras personas, e incluiría no solo la libertad de expresión en sentido estricto, sino también las libertades de opinión, información y prensa. Por

otro lado, en sentido estricto, el mencionado derecho se limitaría a la comunicación de ideas y opiniones, siendo estas personales y estrechamente vinculadas al derecho a la libertad de pensamiento, por oposición a la comunicación de informaciones, entendidas como datos que describen una situación con sustento empírico, no constituyendo una mera opinión. Este último tipo de comunicaciones estaría cobijado por los derechos a la libertad de prensa e información” (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Esta distinción entre sentido lato o estricto resulta clarificadora para el caso que se examina por parte de esta Corporación y finalmente para lograr la ponderación de los derechos enfrentados. Una cosa es la libertad de opinión que resulta de la ideación y del ejercicio del intelecto como a bien se tenga y otra es el derecho de comunicar y dar a conocer datos que remiten a situaciones fácticas o como dice la Corte con sustento empírico, esto ya no es una mera opinión, sino más bien hechos y este último ámbito es el que debe guiar el ejercicio de la libertad de prensa e información.

Aunque esta distinción parece confusa y ambigua, puesto que de que vale expresar una idea o pensamiento si la misma no se puede difundir, también supone que la comunicación y por tanto el conocimiento solo es posible gracias al intercambio de información entre personas, parece que una cosa involucra necesariamente la otra, aun así esa posición de la Corte es útil para los fines que se propone.

Es importante mencionar que la protección de datos ya cuenta con una normatividad legal, pero la misma ley previó que para contenidos e información de carácter periodístico y editorial no se aplicaría, al respecto se puede observar el artículo 2 literal D de la ley 1581 de 2012:

“Artículo 2°. Ámbito de aplicación. Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

La presente ley aplicará al tratamiento de datos personales efectuado en territorio colombiano o cuando al responsable del tratamiento o encargado del tratamiento no establecido en territorio nacional le sea aplicable la legislación colombiana en virtud de normas y tratados internacionales.

El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:

(...)

d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;”(República de Colombia, Ley 1581 de 2012)

La exclusión de estos contenidos con esta naturaleza, afirma la Corte, no quiere decir que en dado caso que los mismos afecten a un tercero en alguno de sus derechos fundamentales los mismos queden en desprotección, y por lo tanto esta norma se convierte en el derrotero hermenéutico para la resolución estos casos. Por lo que el aparente vacío legal es llenado con los contenidos generales o genéricos de la acción de habeas data, desarrollados en gran parte por la jurisprudencia de la misma Corte.

Para resolver el conflicto de derechos en casos en donde se enfrentan los derechos ya mencionados, la corte ha venido desarrollando por medio de sus fallos las siguientes sub reglas que permiten, en el caso en concreto, determinar qué derechos prevalece sobre el otro. Dice la Corte:

“La mencionada decisión señaló que, en aras de determinar si el derecho a la información ha de prevalecer sobre los derechos a la intimidad y la honra, es preciso evaluar de la información: (i) su relevancia desde la perspectiva del interés público; (ii) si la misma es veraz; (iii) si responde a una presentación objetiva; (iv) si aquella es oportuna. De la misma manera, la providencia hizo un desarrollo importante sobre la incidencia del tiempo en relación con la relevancia de la información. En este sentido, se mencionan tres decisiones judiciales extranjeras, en las cuales se consideró que el poner en conocimiento o informar sobre hechos que habían rodeado la vida de las personas años atrás y que no tenían ninguna incidencia en sus vidas actuales lesionaba derechos fundamentales. De acuerdo a la providencia, esa situación se enmarca en el derecho a la identidad, pues se caracteriza a las personas de una forma que no se ajusta a la forma de ser que actualmente tienen.”<sup>17</sup> (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Estas sub reglas o criterios que identifica la Corte son las herramientas que se deben usar al momento de determina si una información publicada en un medio de comunicación puede llegar a afectar los derechos fundamentales de la persona, o por el contrario cuando no y por lo tanto prevalece el derecho a la libertad de información y de prensa. Aun así, en ejercicio hermenéutico y de recapitulación de jurisprudencia, la Corte sienta ciertas reglas o presunciones que deben operar al momento de hacer los respectivos ejercicios de ponderación. Dichas reglas son las siguientes:

- 1) Que en los casos colisión entre el derecho a la libertad de expresión y otros derechos, en principio habrá de prevalecer aquella.
- 2) Que cualquier restricción del derecho a la libertad de expresión debe estar pre-establecida en la ley y ser necesaria para proteger derechos de terceros o la seguridad, el orden, la moral o la salud públicas.

---

<sup>17</sup> Sentencia T-439 de 2009, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- 3) Que existen tipos especiales de discurso, que cuentan con una mayor protección constitucional, dentro de los cuales se incluyen el de interés público y el relacionado con funcionarios públicos
- 4) Que el derecho a la información es un derecho-deber, en tanto quien informa tiene la carga de garantizar que la información suministrada sea veraz e imparcial.
- 5) Que el principio de veracidad no se exige de manera absoluta, sino que se encuentra mediado por un rasero de razonabilidad.
- 6) Que cuando lo que informan los medios de comunicación es un asunto de difícil constatación, no se debe afirmar que lo comunicado es cierto o definitivo;
- 7) Que el derecho a la libertad de información se vulnera cuando se mezclan opiniones y hechos sin que se advierta al receptor del mensaje, pues esto entraña inexactitud al informar
- 8) Que se vulnera derechos fundamentales al informar sobre hechos pasados que rodearon la vida de una persona y que no tienen incidencia sobre la situación actual del sujeto (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Las dos últimas recomendaciones son fundamentales para determinar qué derecho prevalece sobre cual otro, si se mezcla opiniones, propio del ejercicio de la libertad de expresión y si se quiere de conciencia, con hechos, información o datos, propios estos del ejercicio de libertad de información sin la advertencia debida al receptor se estará posiblemente en un escenario de violación de derechos del tercero involucrado. Otro de los criterios importantes a la hora de resolver esta ponderación es el tiempo pasado del hecho informado y la incidencia que el mismo tiene para la actualidad de la persona afectada. Esto quiere decir que si el hecho no es relevante para la situación de la persona no se estarían violando los derechos de la misma.

Dichos argumentos o sub reglas están lejos de ser verdaderos derroteros o herramientas para la solución de estos conflictos, como se verá más adelante ya que son demasiado ambiguas y entran en terrenos de la subjetividad, de la apreciación de la información, y del estado de afectación de la misma a un sujeto que por más siempre alegará que lo afecta y lesiona sus derechos.

Luego del ejercicio argumentativo se resuelve tutelar el derecho a la accionada en el sentido que aunque la información fue veraz y la terminología que se usó en la misma fue correcta, la misma debe actualizarse pues el paso del tiempo hace que le quite veracidad a la información inicial, afirma la Corte, por lo que dicha información deja de estar protegida por la libertad de información.

Resume la Corte:

“El siguiente remedio constitucional que podría intentarse a efectos de garantizar los derechos de la señora Gloria respondería a una orden para que, sin sacrificar la publicación de la noticia

por la Casa Editorial El Tiempo, se garantice el derecho al buen nombre de la demandante. Un remedio en tal sentido consistiría en permitir que la noticia permanezca publicada en la página web de la Casa Editorial El Tiempo, pero limitando su difusión a través de internet.” (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Finalmente la Corte hace la salvedad de que lo dicho en esa providencia es válido para la información que verse sobre conductas delictivas o desarrollo de procesos penales, dada la limitante al derecho a la información que se presenta, ésta solo debe operar en dichos contextos porque considera que la misma atañe y afecta en gran medida a la persona. No es lo mismo un información sobre personalidad o cualquier otra, que una sobre la comisión de un delito.

En conclusión se observa como la Corte, a su manera, resuelve la colisión de derechos fundamentales que se presenta al momento de fallar el caso, es necesario advertir que dicha sentencia no está exenta de polémicas y ha sido acérrimamente criticada desde varios ámbitos, empezando por el salvamento de voto del Magistrado González Cuervo, pasando por los medios de comunicación propiamente dichos y marginalmente por algunos doctrinantes y estudiosos de la materia. Dichas críticas tiene ámbitos disímiles, unas versan estrictamente sobre la técnica jurídica utilizada para llevar a la conclusión, otras sobre la responsabilidad de los motores de búsqueda como intermediarios, y otras finalmente sobre la repercusión que tendrá esta decisión para los medios masivos de comunicación y para la libertad de expresión en internet.

Para su análisis correcto, se toman estas tres grandes objeciones y se desarrollaran parte por parte y una a una, resaltando así las que son injustificadas y re afirmando las que son legítimas y están debidamente argumentadas.

#### **I. Objeciones jurídicas al tratamiento del derecho al olvido en el salvamento de voto.**

Del salvamento de voto a la sentencia referenciada se infiere que la información que se publicó por parte del medio masivo de comunicación cumplió con los requisitos para que la misma sea amparada por el derecho a la información y libertad de prensa, luego por este motivo no habría vulneración alguna del derecho a la honra, intimidad o buen nombre de la accionante, la mayoría de la Sala afirma que dicho amparo dejó de ser funcional cuando por el paso del tiempo la información resultó desactualizada y por lo tanto ya no se refería verazmente a los hechos, lo que lleva a agregar una limitante adicional al derecho a la información y es que la misma debe ser actualizada y reflejar los hechos, si esto es posible y exigible racionalmente al medio de comunicación, para que la misma siga gozando de la protección constitucional.

Esta observación del magistrado que salvó el voto resulta pertinente, pues supone una obligación adicional al medio de comunicación, a saber el seguimiento continuo de todas las informaciones que publica, en busca de mantenerla actualizada según los hechos, y configura una especie de autocensura, pues obliga al mismo a desechar información pasada, que fue veraz, pero que según los mandatos de la Corte ya no resultan actualizados. Dicha afirmación se sustenta en el dicho de la Corte cuando se esté en presencia de hechos o contextos en los cuales:

“(…)de acuerdo con el cual en ocasiones donde se informe de procesos judiciales o hechos delictivos existe un deber para el medio de comunicación de actualizar y presentar de manera completa la información que suministra, ello en situaciones donde se produzcan hechos nuevos [...]”(Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Otra de las objeciones es que por vía de una Sala de revisión de tutelas, y no por medio de la sala plena, se crean deberes y obligaciones a los medios de comunicación, deberes que en opinión del magistrado resulta una carga excesiva y limita injustificadamente el derecho a la información y a la libertad de prensa.

Finalmente resalta el magistrado que no es aplicable al caso en examen la normatividad del habeas data pues menciona la exclusión de la misma para temas periodísticos o editoriales, e igualmente menciona que la controversia gira alrededor de los derechos a la honra, intimidad y buen nombre de la actora, mas no sobre la protección de datos personales.

La conclusión el magistrado que salva el voto encuentra los siguientes hierros que hacen injustificada y contraria a la constitución, ley y jurisprudencia del fallo referenciado, al respecto los sintetiza de la siguiente forma:

“9.6. La sentencia T-277 de 2015 adolece de defectos que la hacen imposible de suscribir: (i) es incongruente al pretender aplicar las soluciones propias de un caso de habeas data a un escenario de análisis propio de las libertades de información y prensa; (ii) prejuzga al partir en la elaboración del problema jurídico de que la información presentada resultaba “incompleta”; y (iii) desde el punto de vista de la jurisprudencia en vigor, no era posible derivar de la situación analizada un conflicto entre las libertades de información y prensa y los derechos a la honra, el buen nombre y la intimidad de la accionante, de modo que no había derecho vulnerado y la tutela resultaba improcedente.” (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

## **II. Objeciones a la falta de responsabilidad de los motores de búsqueda por parte de la Corte Constitucional.**

Otra de las objeciones a la sentencia referenciada, y por tanto a la aplicación del derecho al olvido, se presenta cuando se considera y se enfrenta a un contexto de globalización de las comunicaciones y de acceso a la información por gran parte de la población a la misma por medio de internet. Lo problemático radica en la estructura misma que domina en la mayoría de internet, y es que en el mismo están presente dos actores, por un lado el creador de la información, el mismo que generalmente es dueño del dominio en la que se publica, y los intermediarios, a saber los motores de búsqueda que permiten localizar y tener acceso a dicha información. Para el primer actor es claro que se aplica y que hay cierta responsabilidad respecto a la información que crea, reproduce y pone a disposición del público, pero no es igual de claro para el segundo actor que no tiene injerencia en dicha información, pues no la crea o modifica, solo facilita como intermediario por medio de códigos de búsqueda que la misma se pueda encontrar, a los que se les conoce como motores de búsqueda, siendo el más famoso y el más importante es el servicio de Google, el cual, junto con sus análogos, constituyen una pieza fundamental en internet, pues son los que permiten que las búsquedas de información sea exitosa, y por lo tanto facilita el acceso a ella de forma libre y expedita.

Ante esta realidad y el contexto de lesión en los derechos de la persona, cabe preguntarse si estos intermediarios tiene alguna responsabilidad respecto a la información que en los mismos es indexada, si deben tener un papel activo a la hora de manejar dicha información de terceros, si verdaderamente manejan datos personales o no. Esto tiene implicaciones en dos aspectos, el primero es que si manejan datos personales están obligados a evitar que en sus servicios aparezcan contenidos que lesionen o pongan en peligro los derechos de las personas, y el segundo si ya se ha producido una lesión y por tanto un daño si estos están obligados a indemnizar a la persona afectada.

Dicha problemática fue abordada por el Tribunal Europeo de Justicia en el tan sonado caso de la Agencia Española de Protección de Datos contra Google España y Google inc. La misma decisión constituye un referente obligado a la hora de atender y desarrollar el derecho al olvido, que se ocupa del caso de la responsabilidad de los motores de búsqueda, tópico frente al cual el tribunal adujo que estos motores si manejan datos personales, por lo que son responsables y le son exigibles los deberes al momento de tratar información o datos que puedan lesionar los derechos de las personas.

Esta forma de atribuirle responsabilidad a los motores de búsqueda por la información indexada en los mismos no es compartida por la Corte Constitucional en la decisión mentada, los argumentos son los siguientes:

“9.8.2. Una segunda alternativa que puede considerarse es la solicitada por la tutelante, en cuanto a que se ordene al gestor de búsqueda que des-indexe la página web en que reposa su información, de tal suerte que al realizar una búsqueda con sus datos personales, estos no resulten vinculados a dicha página.” (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)

Esta petición de parte de la accionante demuestra el papel predominante que tienen los motores de búsqueda de información en el internet, pues no solo es considerada como dañina la información que reposa, en este caso en páginas web, sino que también se debe valorar la facilidad con que la misma puede ser encontrada por cualquier persona, lo cual plantea otros problemas que exceden al objetivo de este artículo, pero que aun así es correcto dejar plantados.

La Corte entra a dirimir el papel y la responsabilidad de los motores de búsqueda en los siguientes términos:

“Esta sería una solución similar a la adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la decisión del 13 de mayo de 2014, en el caso Costeja v. AEPD. Sin embargo, la Sala encuentra dos razones que permiten afirmar que esta medida no resulta idónea en el caso concreta. La primera tiene que ver con el hecho de que aun si se utilizan herramientas para evitar que el sitio web resulte indexado por el gestor y sea arrojado como un resultado de búsqueda, el mismo continuará siendo accesible si se conoce la dirección exacta del sitio web, lo que de todas formas expone a la accionante a un riesgo de ver comprometidos sus derechos fundamentales a la honra, buen nombre y vida digna. La segunda razón radica en la necesidad de garantizar el derecho a la libertad de expresión en internet, que se encuentra atado al principio de neutralidad de la red. Como quedó expuesto, este último se orienta a garantizar el acceso a internet en condiciones de igualdad para todas las personas que se valen de este medio para expresar sus ideas y opiniones. Lo anterior demanda evitar situaciones de bloqueo, interferencia o filtración, que puedan llegar a implicar tratamientos diferenciales entre quienes pretenden hacer uso de la red. Esto a su vez, implica la eliminación de controles previos o de cualquier tipo de censura, salvo en aquellos supuestos específicos contemplados en la ley, por ejemplo, para evitar la difusión de pornografía infantil, entre otros.” (Corte Constitucional, Sentencia T-277 de 2015)



De la lectura anterior se desprende dos argumentos para justificar la ausencia de responsabilidad jurídica de los motores de búsqueda: el primero adolece un innecesaria obligación por parte del motor de búsqueda para que se “desindexe” la información, argumentado que al final dicha obligación resulta inútil, el segundo argumento, más importante, supone que imponer esa obligación al motor de búsqueda supone una violación a la neutralidad de internet y una violación a la libertad de expresión. Pues obligar al bloqueo de información que, en principio, responde a información veraz y no resulta violaciones determinadas con anterioridad en una ley, este requisito necesario para limitar el contenido de la información que circula por internet.

Por lo tanto, y como se evidencia en la parte resolutive de la sentencia, el motor de búsqueda, en este caso Google, es exonerado de todo tipo de responsabilidad y obligación, y el encargado de des indexar la información es la página de origen y el creador de la misma. Se puede aseverar que esta decisión de la corte es correcta en el entendido que evita una especie de censura previa, la cual en la práctica resulta imposible dado el volumen de información que manejan los motores de búsqueda y la necesidad de que cotejen información resulta delirante.

Finalmente si hay que resaltar la naturaleza de medio y de herramienta de búsqueda de estos motores, es evidente que los mismos no manejan ni injieren en la información que terceros publican en indexan, es claro que su papel no es ejercer de censores privados, ni es la naturaleza del servicio que presta, en este evento se hace evidente la necesidad de la presunción de prevalencia del derecho a la información y a la libertad de prensa, y solo en eventos en donde se venza esta presunción y se compruebe la violación de derechos fundamentales es que se deben tomar medidas, que en principio deben afectar a los creadores de la información y no los motores por los cuales se encuentra la misma.

### **III. Objeciones a las restricciones de la libertad de información y de comunicación.**

Las objeciones provienen en gran medida de los que se consideran afectados por la decisión de la Corte y el tratamiento que hizo ésta al derecho al olvido, los principales comentarios proviene de los medios masivos de comunicación y particularmente de la Fundación para la Libertad de Prensa como asociación de medios de comunicación; de las lecturas de los artículos publicados por los medios y por esta fundación se puede extraer los siguientes reparos al tratamiento al derecho al olvido.

Las obligaciones que impone la sentencia de la corte a los medios de comunicación resultan excesivas y poco prácticas, en particular el deber de actualizar la información publicada, lo que en opinión de los medios impone un deber de oficio que supone un alto coste en tiempo y dinero, lo que en ultimas dificultaría el ejercicio del periodismo, pues gran parte de su actividad se iría en actualizar lo ya publicado.

Igualmente la sentencia desconoce la naturaleza de los medios de información y de comunicación que se presentan en internet<sup>18</sup>, parece sensato imponerle a un gran medio de comunicación la obligación de actualizar una de sus publicaciones respecto a las novedades que han surgido en la noticia original. Ahora en internet abundan medios de comunicaciones pequeñas, caseras y de bajo presupuesto, a los que aplicarle esta obligación resulta desproporcional e impracticable.

Como segunda gran objeción se presentan los desafíos tecnológicos, en el entendido de aplicar estos mecanismos que des indexan la información de los motores de búsqueda, el tiempo y el dinero que ello supone, dado los grandes volúmenes de información que debe ser primero actualizada y luego des indexada según los parámetros fijados por la Corte en la mentada sentencia.

Por último se encuentra la objeción que más peso tiene para esta investigación, y es que la aplicación del derecho al olvido atenta contra la verdad historia<sup>19</sup>, y es indirectamente un atentado contra la investigación de hechos en todo tipo de desarrollo de actividades académicas o profesionales. Esto quiere decir que dificultad el acceso información atenta con todo tipo de empresas personales e institucionales, una de los ámbitos del desarrollo humano supone el conocimiento y el estudio de la historia, ya sea en hechos macro históricos o en pequeños historias o relatos, mencionan que el derecho al olvido significa que se altere la historia, es ante todo un problema de difícil solución.

---

<sup>18</sup> Esta naturaleza hace referencia al espacio sui generis que da el internet a la hora de realizar cualquier actividad humana, es decir que el mismo brinda un ambiente en donde con pocos recursos se puede realizar actividades que antes demandan esfuerzos y recursos no accesibles para todos, ejemplo de ello son la construcción de medios de comunicación que en ambientes virtuales no demanda más que un ordenados y una conexión a internet, a diferencia de antaño en que se requiera imprentas, estudios, cámaras y demás implementos.

<sup>19</sup> En momentos como los actuales, en los que se presenta coyunturas de búsqueda de fin del conflicto armado interno, el fin de la violencia y la consecución de la paz, los derroteros utilizados para ello son la verdad, justicia y reparación, luego el olvido de un hecho veraz y su ocultamiento o dificultad de acceso parece regir con estas demandas y pueden llegar a afectar a las víctimas y a la consecución de la anhelada paz.

## CAPITULO DOS

### EL DERECHO AL OLVIDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO Y EN EL ÁMBITO EXTRANJERO

#### Introducción

Contrario a los ricos y fecundos desarrollos que ha tenido la jurisprudencia de la mano en especial de la Corte Constitucional, la legislación generalmente tarda en llegar y por lo tanto en amparar los derechos de las personas. Si se observa la normatividad, entendida esta como leyes y decretos que protejan el manejo de datos personales, se encuentra que los adelantos normativos son muy recientes y que responden a un trasplante jurídico de leyes análogas de países considerados más perfeccionados jurídicamente.

Resulta entonces paradigmático el estudio del profesor Diego López Medina en su famosa obra *Teoría Impura del Derecho* en pro de que sirva de herramienta para el análisis de los trasplantes jurídicos y como efectos adversos y positivos que tienen los mismos dentro del ordenamiento nacional. (López, 2004)

Anticipando la tesis central de este capítulo, esto por un ejercicio pedagógico que permita entender y justificar el mismo, se afirma que la normatividad que despliega el derecho de protección de datos personales no ha tenido presente ni se ha preocupado por el desarrollo del llamado derecho al olvido, sabiendo y entendiendo en recta razón que el mismo no es otra cosa que una modalidad del uso y protección de datos personales.

Esta tesis ha implicado un vacío legal para casos en los que se intuye o hay ciertos indicios de afectación de derechos de terceros por publicación de noticias veraces pero que por dadas circunstancias pueden llegar a afectar a la persona involucrada. Dicho vacío legal ha tenido que ser llenado por la hermenéutica de la Corte Constitucional, que en decisión polémica y no exenta de reparos, ha aplicado la normatividad propia del *Habeas Data* para los eventos ya mencionados.

#### I. Recorrido normativo de la protección de datos en Colombia

##### 1. La ley 1266 de 2008

En orden cronológico se encuentra la ley 1266 de 2008 primera que desarrolla de manera integral la protección de datos personales, sobre todo en un campo en específico el cual es el almacenamiento de los mismos de carácter financiero por empresas especializadas en dicha

actividad. No resulta inédito que el primer desarrollo legal verse sobre protección al consumidor financiero, pues uno de los orígenes o antecedentes del derecho al olvido se detecta en los eventos de bases de datos de deudores morosos, estos datos suministrados por los bancos o instituciones financieras a entidades especializadas se constituían en referente y en criterios para que una persona pudiera acceder posteriormente a un crédito o a cualquier otro producto financiero.

Llevaba esta idea a la práctica ocurrió que ésta base de datos negativa cercenaba o negaba el acceso a la banca nacional, banca que en sentido lato es un servicio público, causando un daño a la persona. Si bien estos inconvenientes se han presentado con anterioridad y los mismos fueron resultado por la Corte aplicando el derecho de rectificación y actualización, cuando por ejemplo la información era falsa o inexacta y el daño que se soportaba por tanto era injusto, o en casos en los que si bien se tenía la deuda en mora, la misma ya había sido cancelada, en este último caso es a donde se presentaba la mayor dificultad, pues no se sabía si se debía excluir inmediatamente a la persona que se ponía al día con su obligación, o si se debía dejar en las mismas por un tiempo, o en el peor de los casos indefinidamente.

Esta última cuestión fue la que pretendió zanjar la normatividad ya mencionada, junto con la adición y aclaración que hizo la Corte Constitucional al declarar condicionalmente exequible el siguiente artículo y expresada en la sentencia C-1011 de 2008.

“ARTÍCULO 13. PERMANENCIA DE LA INFORMACIÓN. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> La información de carácter positivo permanecerá de manera indefinida en los bancos de datos de los operadores de información.

Los datos cuyo contenido haga referencia al tiempo de mora, tipo de cobro, estado de la cartera, y en general, aquellos datos referentes a una situación de incumplimiento de obligaciones, se registrarán por un término máximo de permanencia, vencido el cual deberá ser retirada de los bancos de datos por el operador, de forma que los usuarios no puedan acceder o consultar dicha información. El término de permanencia de esta información será de cuatro (4) años contados a partir de la fecha en que sean pagadas las cuotas vencidas o sea pagada la obligación vencida.”(República de Colombia, Ley 1266 de 2008)

Se observa que el término de permanencia de este dato de morosidad puede permanecer un máximo de 4 años en las bases de almacenamiento a partir de la fecha en que sea pagada y extinguida la obligación que generó la mora. Ahora en criterio de la Corte Constitucional esta sanción incurriría en excesiva en caso donde el tiempo de mora fuera ínfimo o muy corto, es decir por un retraso de un día o un par de días en el pago de una cuota, supondría una sanción de 4 años de registro como

moroso en la base de datos, sanción que viola los derechos de las personas y que se presenta excesiva, dada esta situación la corte condicionó el artículo en los siguientes términos.

“(…) Sexto.- Declarar EXEQUIBLE el artículo 13 del Proyecto de Ley objeto de revisión, en el entendido que la caducidad del dato financiero en caso de mora inferior a dos años, no podrá exceder el doble de la mora, y que el término de permanencia de cuatro años también se contará a partir del momento en que se extinga la obligación por cualquier modo.”(Corte Constitucional, Sentencia C-1011 de 2008)

Con dicha moderación o condicionamiento se repara el exabrupto de extender la sanción de 4 años para moratorias de corto e ínfimo tiempo, con la sanción del doble al tiempo de mora se repara esta desproporción, y se le permite de este modo, que el usuario del sistema crediticio no se vea afectado en los ejercicios de sus derechos.

Este se podría denominar como el primer antecedente legal del derecho al olvido. La ley mencionada no toca otros temas sustanciales y conexos al manejo de datos personales, particularmente en su artículo dos se habla del ámbito de aplicación y se encuentra que la misma opera para todo tipo de banco de datos (Tales como datacredito, Cifin, o la de entidades bancarias), ya sea de naturaleza pública o privada. Se entendería entonces que la normatividad está dirigida especialmente a las empresas que se dedican al almacenamiento de datos personales, y más en particular a las que se dedican al almacenamiento de datos que tiene o que versan sobre la morosidad de las personas respecto de las obligaciones contraídas.

Anqué parece que la ley está diseñada específicamente para los eventos antes mencionados es necesario reconocer que los principios que internacionalmente se han desarrollado y que deben servir de derroteros a la hora de efectuar el tratamiento de datos personales, dichos principios están consagrados en el artículo cuatro, por lo que se hará un resumen analítico de los mismos, ya que estos principios se repiten sustancialmente en las demás leyes posteriores que tratar de regular el tratamiento de datos personales, los mismos son:

a) Principio de veracidad o calidad de los registros o datos. La información contenida en los bancos de datos debe ser veraz, completa, exacta, actualizada, comprobable y comprensible. Se prohíbe el registro y divulgación de datos parciales, incompletos, fraccionados o que induzcan a error;

Este principio se constituye en el eje central o razón de ser de la protección de datos de las personas, pues reafirma la obligación de que la misma debe ser veraz y la prohibición de información falsa o que induzca a error, lo que desencadenaría en una lesión a los derechos de las personas.

b) Principio de finalidad. La administración de datos personales debe obedecer a una finalidad legítima de acuerdo con la Constitución y la ley. La finalidad debe informársele al titular de la información previa o concomitantemente con el otorgamiento de la autorización, cuando ella sea necesaria o en general siempre que el titular solicite información al respecto;

El almacenamiento, la administración y la utilización por terceros de la información deben tener un fin permitido por la ley, pero sobre todo se debe informar a la persona que usos se le van a dar a los datos que de ella se obtenga, pues puede que el fin sea legítimo, pero el ciudadano no esté dispuesto a asumir como se van a utilizar los mismo. Ahora bien este escenario plantea otros problemas, y es que estas cláusulas de manejo de datos personales se insertan dentro de contratos generalmente de adhesión por lo que es imposible para la parte débil de la relación contractual el poder disponer libremente del manejo o uso de datos que le plantea la otra parte.

c) Principio de circulación restringida. La administración de datos personales se sujeta a los límites que se derivan de la naturaleza de los datos, de las disposiciones de la presente ley y de los principios de la administración de datos personales especialmente de los principios de temporalidad de la información y la finalidad del banco de datos.

Los datos personales, salvo la información pública, no podrán ser accesibles por Internet o por otros medios de divulgación o comunicación masiva, salvo que el acceso sea técnicamente controlable para brindar un conocimiento restringido sólo a los titulares o los usuarios autorizados conforme a la presente ley;

d) Principio de temporalidad de la información. La información del titular no podrá ser suministrada a usuarios o terceros cuando deje de servir para la finalidad del banco de datos;

Este principio es el de más difícil aplicación, pues solo a instancias judiciales o administrativas se podrá determinar si la información almacenada deja de ser útil o si pierde la finalidad para la cual fue almacenada. Como se ha reiterado esta puede tener usos muy diferentes, desde uso de patrimonial hasta capacidad de perfilar consumidores, por lo que en la práctica se presenta de difícil aplicación.

e) Principio de interpretación integral de derechos constitucionales. La presente ley se interpretará en el sentido de que se amparen adecuadamente los derechos constitucionales, como son el hábeas data, el derecho al buen nombre, el derecho a la honra, el derecho a la intimidad y el derecho a la información. Los derechos de los titulares se interpretarán en armonía y en un plano de equilibrio con el derecho a la información previsto en el artículo 20 de la Constitución y con los demás derechos constitucionales aplicables;

f) Principio de seguridad. La información que conforma los registros individuales constitutivos de los bancos de datos a que se refiere la ley, así como la resultante de las consultas que de ella hagan sus usuarios, se deberá manejar con las medidas técnicas que sean necesarias para garantizar la seguridad de los registros evitando su adulteración, pérdida, consulta o uso no autorizado;

g) Principio de confidencialidad. Todas las personas naturales o jurídicas que intervengan en la administración de datos personales que no tengan la naturaleza de públicos están obligadas en todo tiempo a garantizar la reserva de la información, inclusive después de finalizada su relación con alguna de las labores que comprende la administración de datos, pudiendo sólo realizar suministro o comunicación de datos cuando ello corresponda al desarrollo de las actividades autorizadas en la presente ley y en los términos de la misma. (República de Colombia, ley 1266 de 2008)

Estos principios son los que en definitiva servirán de criterios hermenéuticos tanto ya a los agentes que almacenan los datos, como para las peticiones que eleven los particulares a esta empresa, y en últimas en caso de conflicto judicial para resolver problemas jurídicos.

Se observa que la normatividad de esta ley, por un lado es muy general y ambigua, y por el otro aparece como coyuntural, es decir, su creación y génesis se originó en la necesidad de regular las bases de datos que incluían a deudores morosos, el tiempo de permanencia en la misma, los mecanismos de reclamación por parte de los usuarios y finalmente el régimen de vigilancia y control, junto con las sanciones, que deben tener las empresas dedicadas a estas actividades en caso de incumplimiento de la normatividad. Se observa como el derecho al olvido o un concepto análogo no aparece en la normatividad mencionada.

## **2. Ley 1328 de 2009 régimen de protección al consumidor financiero**

La ley 1328 de 2009 tiene un objeto específico, el cual es “la protección de los consumidores financieros en las relaciones entre estos y las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia” como lo afirma el artículo 1 de dicha ley. Por lo que solo tangencialmente y de manera muy escueta menciona la protección de datos de las personas que acceden a productos financieros.

Muchas de las disposiciones remiten a la ley 1266 de 2008 que es el desarrollo especial para la protección de datos de consumidores de productos financieros, por lo que tanto esta ley -1328 de 2009- como la ley específica 1266 de 2008- vienen a complementarse y son aplicables los principios y las reglas de interpretación de una y otra cuando surjan vacíos o controversias jurídicas.

### **3. La ley estatutaria 1581 de 2012**

Este es el desarrollo más completo del derecho fundamental a la protección de datos personales, dado que se habla de un derecho fundamental reconocido por la carta política y teniendo en cuenta los requisitos que se instauran para desarrollos legales de los mismos se encuentra ante una ley estatutaria. Esto supone unos requisitos de trámite legislativo más estrictos que los que suponen una ley ordinaria<sup>20</sup>.

La génesis de esta ley era el vacío normativo a los operadores jurídicos se abocaban y, en general el tratamiento para todo tipo de actividades que requerían el manejo y almacenamiento de datos, a su vez instaura la autoridad correspondiente, Superintendencia de Industria y Comercio, la cual velará por el cumplimiento de los requisitos de ley, así como elevará investigaciones e impondrá sanciones cuando se confirme una violación de las disposiciones legales.

La ley es prolija al momento de instaurar principios, derechos y deberes de los titulares de la información, de los responsables del tratamiento de datos y de los encargados del tratamiento de los mismos, dicha normatividad se encuentra desarrollada por el decreto 1377 de 2013 el cual desarrolla y asigna los recursos necesarios para que esta ley entre en plena vigencia.

Para el tema que concierne a este escrito es necesario desarrollar las implicaciones, relaciones y aplicabilidad de esta normatividad respecto al llamado derecho al olvido y como ha sido aplicado al momento de resolver casos que atañen a supresión de información considerada por el titular como negativa.

### **4. El derecho al olvido y la ley 1581 de 2012**

El derecho al olvido se encuentra en escenarios que presentan un titular de información respecto o, generalmente enfrentados a información publicada por los medios de comunicación en desarrollos

---

<sup>20</sup> Al respecto el artículo 153 de la constitución política: “La aprobación, modificación o derogación de las leyes estatutarias exigirá la mayoría absoluta de los miembros del Congreso y deberá efectuarse dentro de una sola legislatura.

Dicho trámite comprenderá la revisión previa, por parte de la Corte Constitucional, de la exequibilidad del proyecto. Cualquier ciudadano podrá intervenir para defenderla o impugnarla.”(República de Colombia, Constitución política )



de sus actividades, la cual se encuentra disponible en motores de búsqueda indexados almacenados en las páginas web de estos medios de comunicación.

Dicha realidad complica la aplicación de la ley de protección de datos ya referencia de esto, dado que la ley expresamente estatuye que para eventos de medios de comunicación y contenidos editoriales se excluye la aplicación de dicha ley, al respecto nos dice el articulado de la normatividad:

**“Artículo 2°. Ámbito de aplicación.** Los principios y disposiciones contenidas en la presente ley serán aplicables a los datos personales registrados en cualquier base de datos que los haga susceptibles de tratamiento por entidades de naturaleza pública o privada.

(...)

El régimen de protección de datos personales que se establece en la presente ley no será de aplicación:

(...)

d) A las bases de datos y archivos de información periodística y otros contenidos editoriales;”  
(República de Colombia, Ley 1581 de 2012)

Esto supone que los escenarios donde el derecho al olvido tiene plena aplicación están eximidos de derechos del titular tales como los consagrados por el artículo 15 constitucional, a saber los de rectificar, corregir o suprimir información. Es decir que la ley previó que para el manejo de información que se origina en actividades de medios de comunicación, el archivo de datos y el contenido no sería aplicable la ley de protección de datos.

El fundamento de esta excepción de aplicación no aparece expresada claramente en la exposición de motivos que originó esta ley, pero se observar que dicha excepción trata de proteger otros derechos de rango constitucional, a saber el derecho a la libertad de prensa<sup>21</sup> y el derecho a la divulgación de dicha información. Como se ha referenciado al enfrentar la problemática del derecho al olvido se encuentran tensiones y pugnas entre derechos de iguales rango. Frente a esta

---

<sup>21</sup> Artículo 20°.- Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y recibir información veraz e imparcial, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura. (Constitución política, 1991)

pugnacidad la ley 1581 optó por hacer prevalecer el derecho a la libertad de información y prensa frente al llamado derecho al olvido.

Aun así en el supuesto de ley que exceptúa la aplicación de dicha norma a los contenidos periodísticos y de información, se encuentra que la misma ley no deja desamparado el tratamiento de datos personales que quedaron exceptuados, al respecto el párrafo del artículo 2 de la ley estatuye:

“PARÁGRAFO. Los principios sobre protección de datos serán aplicables a todas las bases de datos, incluidas las exceptuadas en el presente artículo, con los límites dispuestos en la presente ley y sin reñir con los datos que tienen características de estar amparados por la reserva legal. En el evento que la normatividad especial que regule las bases de datos exceptuadas prevea principios que tengan en consideración la naturaleza especial de datos, los mismos aplicarán de manera concurrente a los previstos en la presente ley.” (República de Colombia, Ley 1581)

Ahora bien como se mencionaba, este párrafo del artículo 2 de la ley bajo estudio supone o brinda un marco interpretativo en el que se aplique el derecho al olvido con unas ciertas bases conceptuales. Así se cuenta con fuentes jurídicas, como bien lo admitió la Corte Constitucional en el tan mencionado fallo T-277 de 2015, en el que hace aplicable la normatividad de la ley 1581 a el supuesto de datos periodísticos a pesar que se encuentra excluido, es esta la solución correcta para brindar de claros y prístinos criterios jurídicos a la hora de aplicar el derecho a este tipo de casos.

## **5. Proyecto de ley que pretende legislar sobre el derecho al olvido**

Recientemente se ha intentado el desarrollo de un proyecto de ley que pretende la regulación del el derecho al olvido<sup>22</sup>, este ha tenido como gran impulso el accionar jurídico de las personas que se consideran vulnerados por este tipo de información que circula, y por lo tanto ha sido a través de las decisiones judiciales, y muy especialmente, a través de los precedentes de la Corte Constitucional que se ha venido desarrollando y dándole contenido a este derecho.

El contenido del proyecto (Aním, 2015) pretende una modificación de la ley 1581 de 2012, en particular agregar al articulado cláusulas que permitan que dicha normatividad se aplique en casos de cancelación de datos verídicos pero lesivos del buen nombre y de la dignidad de la persona;

---

<sup>22</sup> El proyecto fue presentado por el senador José Amín de la bancada del Centro Democrático ante la Comisión Primera del Senado, la idea del proyecto es que por medio de la Superintendencia se pueda desarrollar aquel derecho aun en el supuesto que la empresa no está domiciliada en el país. (EL TIEMPO, 2015)

encontramos en el proyecto una adición al artículo 2 de la mencionada ley en los siguientes términos:

“PARÁGRAFO PRIMERO: La presente ley también es aplicable al tratamiento de datos personales efectuado por Responsables o Encargados del Tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia”. (Aním, 2015)

Subsana este proyecto de articulado uno de los inconvenientes que mayormente se presentan a la hora de reclamar y de determinar la ley aplicable a este tipo de situación, es de conocimiento general que la mayoría de empresas tecnológicas, por los menos las más grandes, se encuentran domiciliadas en el extranjero, en especial en los Estados Unidos, lo que supone que las leyes que la rigen son las de dicho país, cosa que dificulta en sobremanera el actuar de personas que se entienden lesionadas por los datos almacenados o indexados por estas compañías. Luego sin importar el domicilio o residencia de la compañía que almacena o indexa le será aplicada la ley Colombia para efectos de personas que residan o estén domiciliados en territorio nacional.

Otro de los puntos importantes que trata de resolver este proyecto de ley es determinar la entidad pública correspondiente para efectuar los tramites que la ciudadanía en general pretende hacer frente al ejercicio de este derecho respecto de entidades que no residan o no estén domiciliadas en el país, al respecto el artículo 3 del proyecto de ley menciona:

“PARÁGRAFO PRIMERO: La Superintendencia de Industria y Comercio también ejercerá las funciones de los literales a), b) y c) respecto de Responsables o Encargados del Tratamiento que no residan ni estén domiciliados en el territorio de la República de Colombia pero que a través de internet o de cualquier medio recolectan, almacenan, usan, circulan y en general realizan cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales de personas que residan, estén domiciliadas o ubicadas en el territorio de la República de Colombia” (Aním, 2015)

Si bien el proyecto mencionado es positivo respecto de ampliar la protección jurídica a los datos personales y su utilización respecto de empresas o compañías no domiciliadas o residenciadas en el país, la misma obvia otros debates o puntos importantes así como polémicos, tal como la responsabilidad de los motores de búsqueda que si bien no almacenan los datos si cumplen una importante función a la hora de permitir que dicha información, y por lo tanto los datos, sea de dominio público y de libre acceso en internet.

Otro de los temas que obvia el proyecto de ley y que también ha resultado muy polémico es el manejo de las sanciones o del tratamiento de datos que se debe adecuar a un manejo correcto de los datos personales, luego no se sabe cómo opera la actividad judicial para ponderar y lograr un equilibrio, si este es posible, entre el derecho a la protección de datos personales y otros derechos como la libertad de prensa o la libertad de información.

Por último queda pendiente el papel de la responsabilidad de cada uno de los intervinientes en este manejo de datos, en el caso que un tratamiento indebido haya llegado a causar un daño antijurídico a alguna persona, no se sabe con certeza quien respondería, si el que indexa la información o el que la almacena, aún más complicado es la representación y efectividad de la condena de una persona no domiciliada o domiciliada en el país.

Estos tres temas son los que principalmente faltan o carecen de desarrollo en el proyecto de ley, puede decirse que es mejor que los mismos sean tratados a través de los fallos judiciales, teniendo en cuenta la complejidad de cada caso y la aplicación de cada uno de estas figuras.

## **6. DESARROLLOS DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL ÁMBITO EXTRANJERO**

En el ámbito extranjero ha sido constante la ocurrencia de vacíos normativos cuando se enfrentan casos en el que el accionante pide la tutela o la aplicación del llamado derecho al olvido. Cabe destacar que si ha sido prolija la legislación sobre protección de datos en general y dada el advenimiento del almacenamiento de los mismo por el uso generalizado de la tecnología, aun así estas diferentes normatividades no contemplan el supuesto de la eliminación o supresión de datos que sean verídicos y que provengan del ejercicio periodístico o que se amparen en el derecho a libertad de circulación de información.

Dada esta realidad en la presente investigación se analizará la normatividad de dos países para entender como ha sido el tratamiento de los datos personales almacenados en servidores y como se ha enfrentado casos de derecho al olvido, este panorama extranjero y la ya mencionada sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hará entender por qué se presenta tan problemática la aplicación de este derecho y como, desde diferentes normatividades, se ha resuelto dichos inconvenientes.

### **I. La ley de protección de datos en España**

España siempre ha sido un referente a la hora de analizar e importar marcos normativos, no en vano su modelo constitucional fue tomado como referencia para la elaboración de la constitución

de 1991, igualmente la normatividad de protección de datos del Reino de España fue uno de los modelos que sirvió como inspiración y de referencia para la expedición de la ley nacional 1581 de 2012.

Este tema está regulado por la ley orgánica 15 de 1999 respecto a los ámbitos de aplicación de la presente normatividad existe un vacío normativo, pues no excluye la información de carácter periodístico como si lo hacen gran parte de las normatividades actuales, aun así tampoco hace mención específica de cómo se deben tratar este tipo de casos, y respecto a la supresión de datos hace referencia específicamente a eventos donde el administrador o el depositante de la información es un ente de carácter público.

Cabe mencionar que gran parte de la ley está destinada a regular el proceso de reclamación del titular respecto a acciones como modificación, rectificación y supresión de datos personales, un proceso que parece muy engorroso y complicado, pero que tiene la ventaja de ser específicamente para este tipo de casos.

Solo hasta la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es que se fijaron los límites y el alcance del derecho al olvido, los mismos que han sido adoptados por los Estados parte y que constituyen en la actualidad el marco normativo e interpretativo para la aplicación del derecho al olvido.

## **II. Ley 25.326 de la república de Argentina**

Dicha normatividad tiene la característica que expresamente excluye la aplicación de las disposiciones a la información periodística, al respecto podemos encontrar en el artículo 1 lo siguiente:

“ARTICULO 1° — (Objeto).

La presente ley tiene por objeto la protección integral de los datos personales asentados en archivos, registros, bancos de datos, u otros medios técnicos de tratamiento de datos, sean éstos públicos, o privados destinados a dar informes, para garantizar el derecho al honor y a la intimidad de las personas, así como también el acceso a la información que sobre las mismas se registre, de conformidad a lo establecido en el artículo 43, párrafo tercero de la Constitución Nacional.

(...)

En ningún caso se podrán afectar la base de datos ni las fuentes de información periodísticas.”

(República de Argentina, Ley 25.326)

Luego, es claro que hay una protección del ejercicio de la actividad periodística y de la información que se deriva de la misma está protegida respecto de derechos de reclamación, modificación o supresión de datos de personas que se presuman violentadas por la misma.

Es claro que el legislador da preponderancia al derecho a la libertad de prensa, así como el derecho a la libre circulación de información, prelación que tiene todo el sentido, mas tratándose de demandas que pretenden la supresión de información correcta y verás, el ejercicio del periodismo y en general de circulación de información es una garantía de acceso imparcial y de fiscalización que tiene la ciudadanía respecto al ejercicio del poder, ya sea auditando o investigando los procederes del poder público, como también de los poderes privados.

## **Conclusión**

Después del estudio de la normatividad nacional que de una u otra forma toca el tema de la protección de datos y el repaso de dos ejemplos de normatividad extranjera se muestra una tendencia a la exclusión de la actividad periodística de la posibilidad de rectificar, modificar o suprimir información que se produzca o que obtenga durante su ejercicio.

Aun así por medio de las decisiones judiciales se ha pretendido atenuar esta prohibición evaluando caso a caso la procedencia de la supresión de información derivada de dicha actividad, así como la determinación de las personas que deben realizar esta y, la aplicación de o procedencia de indemnización en caso de causación de daños antijurídicos.

## CAPITULO TRES

### LA ACCIÓN DE HABEAS DATA COMO MECANISMO DE TUTELA DEL DERECHO AL OLVIDO

Los casos frente a los cuales se ha incoado la protección del derecho al olvido tienen como característica el uso de la acción de tutela, esta acción en el ámbito Colombiano es la que predomina a la hora de proteger los derechos fundamentales; constituye junto con el habeas corpus las acciones principales de carácter individual.

La introducción de una acción con rango constitucional para este tipo de situación de manejo de datos personales ocurrió con la expedición de la ley 1266 de 2008 la cual pretendió su reglamentación, para que de ahora en adelante se usara dicha acción en defensa de los derechos de rectificación, modificación y supresión de que habla la constitución política.

Dicha norma ya fue analizada en la presente investigación, por lo que cabe resaltar que la misma debe ser el mecanismo idóneo a la hora de solicitar la protección del derecho al olvido, a su vez debe ir acopiada junto con los límites establecidos por la Corte Constitucional para la aplicación del derecho al olvido, es decir se enfrenta a la reglas propias de aplicación de la acción de habeas data así como, si eventualmente aplica, la aplicación del derecho al olvido.

Anticipando el objetivo o conclusión de este capítulo se tendrá como mejor mecanismo la acción de habeas data como la que mejor se adapta a las necesidades de la posible aplicación del derecho al olvido, esto frente a la utilización común de la acción de tutela hasta el momento y antes de la expedición de la ley referenciada; la idea de tener una propia acción para estos eventos supone no estar ligado a los engorrosos requisitos que supone la acción de tutela en ciertos casos, lo que facilitará y dará más seguridad para que los ciudadanos ejerzan sus derechos.

Siendo esto así se procederá a hacer un barrido histórico de la acción de habeas data en el ordenamiento jurídico colombiano, desde los primeros requerimientos de la corte constitucional al legislador para la expedición por parte de este la correspondiente ley estatutaria así como los límites y sub reglas establecidos por la corte para la procedencia de esta acción. Por último se recalcará la importancia y la utilidad que supone la misma para la descongestión y materialización del derecho al olvido.

## I. Habeas data

Como ocurre con la acción de tutela esta figura jurídica tiene una doble connotación, por un lado es un mecanismo para iniciar la actuación judicial por parte de una persona y, por el otro es en sí mismo un derecho que se corresponde con el acceso a la justicia, derecho este de carácter fundamental, el mismo resulta así porque supone un medio sumario, expedito y eficaz para la protección de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Política.

Frente a su definición se toma prestado el concepto mencionado por la Superintendencia de Industria y Comercio: “El derecho de hábeas data es aquel que tiene toda persona de conocer, actualizar y rectificar la información que se haya recogido sobre ella en archivos y bancos de datos de naturaleza pública o privada.” (Superintendencia de industria y comercio)

Igualmente los pronunciamientos de la Corte Constitucional han conceptualizado esta acción, entendida como derecho, de la siguiente forma:

“El objetivo principal de establecer el habeas data, fue evitar que el individuo perdiera la posibilidad de controlar su propia información y no saber quién pudiera hacer uso de ella. De esta manera, se encontró que la forma de subsanar esto era otorgarle la posibilidad a la persona natural o jurídica de rectificar, actualizar o corregir los datos que sobre ella existan. Esto a través del habeas data.” (Corte Constitucional, Sentencia C-993 de 2004)

La Corte no parece profundizar en porque es necesario que la protección de datos personales a través de una acción autónoma, ni tampoco justificar porque el habeas data resulta en un instrumento mejor o más eficiente que la acción de tutela, aunque de una análisis de los requisitos de la tutela y sobre el objeto y procedimientos del habeas data si es posible discernir, porque una resulta mejor que la otra, elementos que se analizarán más adelante.

“Se trata de una garantía iusfundamental que no tiene un ámbito restringido, sino que por el contrario, plantea diferentes manifestaciones, dentro de las cuales, pueden incluirse las bases de datos que recaudan información relativa al sector del transporte de carga por vía terrestre, razón por la cual, al tratarse de información personal la que administran estas centrales de riesgo, debe garantizarse el derecho a conocer, actualizar o rectificar los correspondientes datos.” (Corte Constitucional, Sentencia T-847 de 2008)

Como es evidente el origen el concepto es un latinismo y que etimológicamente viene a significar *téngase en posesión* más el término *data* de origen anglosajón que significa información. Y ha sido



un desarrollo que se ha inspirado en la antiquísima acción de habeas corpus, en el sentido de proteger ya no el *cuero* es decir la libertad del individuo, sino la protección de lo que podríamos denominar como su libertad digital o libertad de información, recordemos que en el mundo digital y tecnológico en que vivimos dicha información y su manejo constituye un activo importante, no solo para su titular, sino para múltiples propósitos tales como la publicidad, estudio de mercado, perfil de consumidor etc. Este encasillamiento puede ser o bien beneficioso para una persona como consumidor o bien perjudicial en dado caso que la información recaba resulte perjudicial para su desarrollo personal.

## II. Características de la acción de habeas data

De un análisis de la ley 1266 de 2008 junto con los desarrollos jurisprudenciales de la Corte Constitucional ya mencionados se desprende las siguientes características:

- a. Es una acción: como ya se ha mencionado el derecho que se protege es el derecho a la protección de datos personales y no es en sí misma un derecho salvo que se vea como una garantía de acceso a la justicia.
- b. Tiene carácter de garantía: su principal objetivo es el de garantizar la protección del derecho a la protección de datos personales.
- c. Es autónoma: junto con el habeas corpus y la acción de tutela constituyen los tres mecanismos constitucionales destinados a la protección de los derechos fundamentales. Particularmente está diseñada para un evento o la protección de un derecho en específico lo que le da su característica de autónoma.
- d. Tiene rango constitucional: si bien como se ha explicado no tiene mención expresa en la constitución política de 1991, se está en presencia de un derecho fundamental innominado, aunque ya regulado por medio de una ley, esta se considera como una acción constitucional.
- e. El titular de la acción: “El titular de la información es la persona natural o jurídica a quien se refiere la información que reposa en un banco de datos. Ejemplo: Un usuario que celebró el contrato de prestación de servicio de comunicaciones.” (Superintendencia de Industria y Comercio)
- f. El accionado o titular del manejo de la información: “Se denomina operador de información a la persona, entidad u organización que recibe de la fuente datos personales sobre varios titulares de la información, los administra y los pone en conocimiento de los usuarios bajo

los parámetros de la ley. Ejemplo: Central de Información Financiera CIFIN y Datacrédito.” (Superintendencia de Industria y Comercio)

- g. El usuario o beneficiario de la información: “El usuario es la persona natural o jurídica que puede acceder a información personal de uno o varios titulares de la información suministrada por el operador o por la fuente, o directamente por el titular de la información. Ejemplo: Las entidades bancarias que solicitan la información con el fin de analizar el riesgo crediticio, o los proveedores de servicios de comunicaciones quienes pueden actuar como fuente de información, y asimismo como usuarios de la misma.” (Superintendencia de Industria y Comercio)
- h. Ante quien se reclama en caso de controversia sobre la información: La reclamación que puede conllevar la rectificación, modificación o supresión del dato debe presentar al titular del manejo de la información, si este responde contrario a los intereses del titular o bien se abstiene de dar trámite a la petición es competente la Superintendencia de Industria y Comercio para que ella ordene la supresión, modificación o rectificación de información conforme a un análisis del caso.
- i. Genera una investigación de carácter abreviado: como es de la naturaleza de las acciones constitucionales el proceso que se origina en ellas es sumario y abreviado, con las características de prontitud y eficacia en su trámite y fallo o sanción.
- j. Es de carácter preventivo: en principio se presenta esta acción con el objetivo de evitar que se produzca un daño o que se atente contra un derecho fundamental, para el caso el derecho a la protección de datos personales, pero dada la realidad judicial es posible que en la misma entre la figura de indemnización de perjuicios cuando se haya consumado el daño.

La acción de habeas data tiene la particularidad de que trae o viene inserto que la reclamación sobre el manejo de datos en primera medida se debe realizar a la administradora de la información, obliga o instituye una especie de derecho de petición que debe proceder a interponer el titular que se considera afectado. La idea de esta petición a la administración resulta en un mecanismo que permita que por medios autocompositivos se resuelva una posible controversia en el manejo de los datos, sin que por lo tanto medie la actividad judicial o de la administración. Este requerimiento cumple la función de descongestionar la actividad de la administración y propiciar la solución amistosa de las controversias, sin obviar que si es atendida dicha petición favorablemente por el administrador de la información se evitará un posible daño al titular de la misma.

La Corte Constitucional igualmente ha considerado o ha tenido a la acción de habeas data bajo diferentes prismas interpretativos, los cuales se resumen en la siguiente cita jurisprudencial y que evidencian los diferentes enfoques que se ha tenido frente a este derecho.

“Las sentencias de la Corte Constitucional son prolijas al momento de conceptualizar el habeas data como un derecho fundamental autónomo, separado de derechos conexos como la honra y el buen nombre, al respecto se ha pronunciado la Corte en los siguientes términos:

“En la jurisprudencia constitucional, el derecho al habeas data fue primero interpretado 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. También, desde los primeros años de la nueva Carta, 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. Ya a partir de 1995, surge una tercera línea interpretativa que es la que ha prevalecido desde entonces y que apunta al habeas data como un derecho autónomo, en que el núcleo del derecho al habeas data está compuesto por la autodeterminación informática y la libertad –incluida la libertad económica. Este derecho como fundamental autónomo, requiere para su efectiva protección de mecanismos que lo garanticen, los cuales no sólo deben pender de los jueces, sino de una institucionalidad administrativa que además del control y vigilancia tanto para los sujetos de derecho público como privado, aseguren la observancia efectiva de la protección de datos y, en razón de su carácter técnico, tenga la capacidad de fijar política pública en la materia, sin injerencias políticas para el cumplimiento de esas decisiones.” (Corte Constitucional, sentencia, C-748 de 2011)

Para zanjar estos vacíos y cumplir con los requerimientos de la Corte es que se expidió la ley ya referenciada, complementada con los más recientes desarrollos legislativos tales como la ley de protección de datos personales 1581 de 2012, es pertinente para la resolución de la mayoría de casos que se presentan frente al manejo de datos, especialmente los llamados datos financieros. Pero cuando es analizada dicha normatividad frente a los casos que se han llamado como derecho al olvido se presentan varios inconvenientes y vacíos que hace polémico y problemática la aplicación de esta acción y por lo tanto la tutela del derecho.

### III. Problemáticas de la acción de habeas data en aplicación del derecho al olvido

La primera problemática que se presenta es que para casos del derecho al olvido, es decir eventos en que se solicita una supresión de un dato negativo para una persona, pero que tiene la característica de ser cierto y veraz, la normatividad no es aplicable, porque generalmente dicha información reposa en actividades que se amparan en el derecho a la libre circulación de la información y en el derecho a la libertad de prensa. Para estos derechos no aplica la ley de protección de datos personales y por lo tanto es improcedente solicitar supresión, modificación o rectificación, mucho más hacerlo por medio de una acción de tutela.

En la práctica judicial se han interpuesto por parte de ciudadanos reclamaciones solicitando la aplicación del derecho al olvido, lo que como no es claro o se niega tajantemente que la acción de habeas data sea procedente para estos casos, los ciudadanos en pro de garantizar sus derechos han interpuesto acciones de tutela, estas al momento de llegar a instancias de revisión por parte de la Corte Constitucional son objeto de revisión y se fijan criterios jurisprudenciales respecto a esta aplicación de la acción de tutela para estos casos y respecto de la operación del derecho al olvido. Ejemplo de esta labor es la sentencia T-277 de 2015 ya referenciada ampliamente en este trabajo.

Respecto de la naturaleza de la acción de tutela y su procedencia cabe mencionar la siguiente disposición de la Corte Constitucional:

“Según lo establece la disposición constitucional, esta acción tiene un carácter subsidiario y residual, por lo que ella solo procede cuando quiera que el afectado no tenga a su alcance otro medio de defensa judicial o cuando, existiendo ese otro medio, la tutela se ejerce como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio de carácter irremediable. Adicionalmente, y a partir de lo previsto en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que ella también resulta procedente –esta vez, como mecanismo de protección definitivo– en aquellos casos en los que la herramienta judicial que prevé el ordenamiento se muestra como ineficaz para garantizar los derechos fundamentales del afectado. La jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional ha señalado que es presupuesto fundamental para el ejercicio de la acción de tutela que el afectado haya solicitado la aclaración, corrección, rectificación o actualización del dato o de la información que considera errónea, de manera previa a la interposición del mecanismo de amparo constitucional: Esta solicitud, según también lo ha precisado la jurisprudencia constitucional, debe haber sido formulada ante la entidad fuente de la información, es decir, frente a quien efectúa el reporte del dato negativo, con el fin de que se le brinde a ella la oportunidad de verificar directamente la situación y, de ser lo indicado, de adoptar las medidas que correspondan.” (Corte Constitucional, sentencia T -883 de 2013)

Como se desprende del anterior pronunciamiento de la Corte, así como las reglas propias de la tutela se observa que esta tiene criterios de aplicación más restrictivos lo que haría más dificultoso la aplicación o la tutela del derecho al olvido, en particular el elemento de perjuicio irremediable sería difícil adecuarlo a eventos en el de tratamiento de datos personales, y para el caso del derecho al olvido el requisito de la irremediabilidad no parece aplicar.

El espíritu de la ley de habeas data o mejor el objeto de la misma es que en caso de controversia el que decida de fondo sobre el asunto sea una entidad de carácter administrativo, a saber la superintendencia de industria y comercio, pero dada la exclusión del derecho al olvido y la imposibilidad de ejercer esta acción fue la tutela el mecanismo por el que se llevó al poder judicial los primeros casos que versan sobre este tema.

Otro de los inconvenientes ya mencionados es que cuando se trata de temas de derecho al olvido se habla de operadores o administradores de la información que no tiene representación jurídica alguna en el país, más aun se presenta que no solo se habla de administrador de la información sino de personas que se encargan de indexar dicha información en motores de búsqueda, motores que a su vez carecen de representación jurídica en el país y que están domiciliados en otros países y bajo otras normatividades.

Dicha problemática ha sido solucionada de una parte por la Corte Constitucional por medio de sus sentencias y por otra se pretende solucionar con el proyecto de ley presentado al senado por parte del senador Amín y que, como ya se dijo, pretende que para estos casos sea competente la superintendencia de industria y comercio cuando los derechos de un nacional se vean afectados y sin importar el domicilio o residencia del operador de la información o de los motores de búsqueda que indexan la información.

#### **IV. La necesidad de aplicar la acción de habeas data para casos de derecho al olvido**

Tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional como el proyecto de ley referencia se encamina a que le sea aplicable a eventos de derecho al olvido la ley de habeas data 1266 de 2009 y eventualmente la ley de protección de datos personales 1581 de 2012, aplicación esta no exenta de polémica como se puede evidenciar en el salvamento de voto efectuado en la sentencia T-277 de 2015, pero como se vio y en virtud del párrafo del artículo 2 de dicha ley es aplicable a toda situación de manejo de datos personales los principios que allí se establecen.

Desde una parte propositiva es urgente que se fijen reglas claras para la aplicación del derecho al olvido en Colombia, es especial el de abrirle la puerta para que al momento de la reclamación por

parte del ciudadano sea a través de la acción de habeas data y de la eventual intervención de la autoridad administrativa, el legislador se debe encargar de verificar o facilitar el acceso a la reclamación por parte del ciudadano cuando el administrador de la información no se encuentra domiciliado en Colombia así como respecto de los motores de búsqueda. Otro de los temas en que urge una claridad, en la medida que sea posible, respecto a la información periodística y la supresión de este tipo de datos, si bien en la sentencia T-277 de 2015 la Corte Constitucional ordena la modificación de la información con el propósito de aclarar la situación jurídica de la accionante y su declaratoria de inocencia, incurre en otra medida polémica al ordenar que dicha información sea bloqueada de los motores de búsqueda, lo que atentaría de cierta forma el derecho a la libertad de información.

Es imposible buscar o hallar una solución que satisfaga todas las demandas de protección de los derechos que se ven involucrados y, siguiendo la tendencia del constitucionalismo moderno, es por medio de la jurisprudencia y de los precedentes constitucionales que se le da contenido y límites a los derechos, por lo que la tarea está en manos del poder judicial y los jueces, como garantes de la constitución y derechos de las personas.

## CONCLUSIONES

El advenimiento de una era digital y dominada por la tecnología trae nuevos desafíos y nuevos escenarios de conflictos de derechos, por lo que es labor de los poderes públicos el velar por los derechos de los ciudadanos y actuar en la defensa de los mismos.

El derecho al olvido hace parte o es una modalidad del derecho a la protección de datos personales, el cual tiene el carácter de ser un derecho fundamental de carácter innominado que en un principio fue desarrollado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional hasta que dicha labor fue ejercida por el poder legislativo y sus desarrollos legales.

El derecho al olvido y su aplicación supone la colisión de los derechos a la protección de datos personales y los derechos de libertad de información y de libertad de prensa, dicha colisión deben resolverse según las reglas de ponderación de derechos fundamentales que inspiran el quehacer de la Corte Constitucional.

Los poderes públicos, en función de los mandatos que le asignan la constitución y la ley, deben procurar permitir el ejercicio del derecho al olvido en escenarios donde las personas involucradas estén domiciliados en otros países.

El mecanismo idóneo para el ejercicio del derecho al olvido es la acción de habeas data en razón a que opera en general para todas las controversias que versen sobre datos y personales y, en su especial diseño sumario y eficaz para que dicho derecho o dicha reclamación se realice con la prontitud del caso.

## BIBLIOGRAFÍA

Alexy, R. (1993). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

Bobbio, N. (1991). *El Tiempo de los Derechos*, Madrid: Editorial Sistema.

CUBIDES, Jorge. (2007) *Obligaciones*, Editorial: Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá D.C., Colombia.

Carnelutti, Francesco. (2015) *Como nace un Derecho*, Editorial: Temis, Bogotá D.C., Colombia.

Fernández, Tomás. (1998) *Estado de Bienestar: perspectivas y límites*. Editorial: Ediciones universidad Castilla La Mancha. España.

Ferrajoli, Luigi. (2011) *Pincipia Iuris*, tomo II: *Teoría del Derecho y de la Democracia*. Editorial: Trotta, Madrid, España.

Galindo, A.; Pascual, P. (1978). *Mecánica Cuántica*. Editorial: Alhambra. Madrid, España.

George Ritzer, (2011) *Teoría Sociológica Clásica*, Mc Graw Hill, México.

Gil Rendón, R (2011). *Revista Quid Iuris No. 12. El neo constitucionalismo y los derechos fundamentales*. Editorial: Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, Chihuahua, México.

Hume, David (2012). José Luis Tasset, ed. *Obra completa*. Biblioteca de Grandes Pensadores. Madrid: Editorial Gredos. Madrid, España.

Kaufmann, Arthur (1999) *Filosofía del derecho*. Editorial: Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia.

López Medina, Diego. (2009) *Teoría impura del Derecho*. Editorial LEGIS. Bogotá D.C., Colombia.

Páez, Cecilia. (2012) *Derechos fundamentales innominados como parte de las garantías del derecho a la salud. El caso colombiano*. *Gaceta Médica de México*. COLOMBIA, Superintendencia de industria y comercio (2015) página de información al usuario. Recuperado el 24 de noviembre de 2015 en: <http://www.sic.gov.co/drupal/manejo-de-informacion-personal>



Rodríguez, Julio. (2014) Metodología de la investigación. Editorial LEYER. Bogotá D.C. Colombia.

Valle, Alex, En neo constitucionalismo en América Latina. Recuperado el 4 de agosto de 2015 en <http://www.criticaconstitucional.com/el-neoconstitucionalismo-en-latinoamerica/>

## **CONSTITUCIONES POLÍTICAS**

Constitución política de Colombia de 1991.

Constitución Federal de la republica de Alemania de 1949.

Constitución política del Reino de España de 1978.

## **LEYES DE LA REPÚBLICA**

Ley 57 de 1887 Código Civil de la República de Colombia.

Ley 1266 de 2008 República de Colombia.

Ley 1328 de 2009 República de Colombia.

Ley 1581 de 2012 República de Colombia.

## **LEYES EXTRANJERAS**

Reino de España Ley orgánica 15 de 1991.

República de Argentina Ley 25.326 de 2000.

## **PROYECTOS DE LEY**

Amín, Jaime. (2015) Proyecto de ley, Por medio de la cual se modifica el ámbito de aplicación de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 y se facultad a la Autoridad de Protección de Datos para que proteja los derechos de las colombianas y de los colombianos frente a la recolección y el tratamiento internacional de datos personales. Recuperado el 24 de Noviembre de 2015 en: <http://habeasdatacolombia.uniandes.edu.co/wp-content/uploads/PL-106-15-habeas-data-mundo.pdf>

## **SENTENCIAS JUDICIALES NACIONALES**

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-534 de 1992. M.P: CIRO ANGARITA BARÓN

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-225 de 1995. M.P: ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO.

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-392 de 2002. M.P: ÁLVARO TAFUR GALVIS.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-1198 de 2004 M.P: EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-993 de 2004. M.P: JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-1011 de 2008 M.P: JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-947 de 2008 M.P: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-748 de 2011 M.P: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-883 de 2013 M.P: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-505 de 2015 M.P: LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ.

Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-277 de 2015 M.P: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA.

## **SENTENCIA INTERNACIONALES**

Sentencia del Tribunal de Justicia Europeo (Gran Sala) del 13 de mayo de 2014 en el asunto referenciado C-131 de 2012. Recuperado el 16 de Septiembre de 2015 en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=152065&doclang=ES>

## **ARTÍCULOS DE PRENSA**

JUSTICIA. (15 de octubre de 2015) Presentan proyecto de ley para 'derecho al olvido' en internet. Periódico EL TIEMPO. Recuperado el 14 de Noviembre de 2015 en:

<http://www.eltiempo.com/politica/justicia/proyecto-de-ley-para-modificar-ley-de-habeas-data-en-internet/16404925>

La Rotta, Santiago. (4 de Julio de 2015) Derecho al olvido a la colombiana. Periódico El Espectador. Recuperado el 16 de Septiembre de 2015 en : <http://www.elespectador.com/tecnologia/derecho-al-olvido-colombiana-articulo-570227>

Peñarredonda, José. (6 de Julio de 2015) Colombia: corte constitucional se pronuncia sobre el derecho al olvido. Revista Enter. Recuperado el 16 de Septiembre de 2015 en: <http://www.enter.co/cultura-digital/colombia-digital/colombia-corte-constitucional-se-pronuncia-sobre-el-derecho-al-olvido/>

Fundación para la libertad de presa. (6 de Julio de 2015) Corte Constitucional colombiana decide sobre caso de derecho al olvido en internet. Página Web de la fundación referenciada. Recuperado el 16 de Septiembre de 2015 en : <http://flip.org.co/es/content/corte-constitucional-colombiana-decide-sobre-caso-de-derecho-al-olvido-en-internet>